

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

**Março 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 Luniére 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 Hormann

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

Aline Simões Goular – estagiária

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Luciana Fernandes Menezes

### Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

### Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Maria Benáurea Santos

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) 3321-6693 e 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)

# Plenário

**Presidente:**

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

**Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

**Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

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 *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

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:**

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

## **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

## **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

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 *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

### **1ª Seção**

Desembargador Federal Carlos Olavo – 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 Betti

### **2ª Seção**

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente  
Desembargador Federal Tourinho Neto  
Desembargador Federal Olindo Menezes  
Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Desembargador Federal Cândido Ribeiro  
Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

### **3ª Seção**

Desembargador Federal Carlos Olavo – 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 Carlos Olavo – Presidente  
Desembargador Federal Catão Alves  
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias  
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva  
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**

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

### **3ª Turma**

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente  
Desembargador Federal Tourinho Neto  
Desembargador Federal Olindo Menezes

### **4ª Turma**

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

### **5ª Turma**

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

### **6ª Turma**

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

### **7ª Turma**

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva –  
Presidente  
Desembargador Federal Catão Alves  
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

### **8ª Turma**

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

### **Conselho de Administração**

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente  
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente  
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian –  
Corregedor-Geral  
Desembargador Federal Cândido Ribeiro  
Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes  
Desembargador Federal José Amílcar Machado  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

### **Comissão de Jurisprudência**

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

### **Comissão de Promoção**

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente  
Desembargador Federal José Amilcar Machado  
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
Desembargador Federal Cândido Ribeiro  
Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Desembargador Federal Fagundes de Deus  
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva  
Desembargador Federal Leomar Amorim

### **Revista do Tribunal**

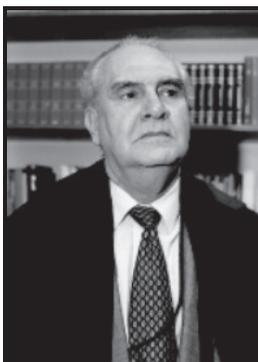
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

### **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



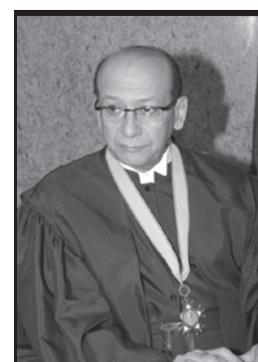
Desembargador Federal  
Osmar Tognolo  
maio/97 – maio/99



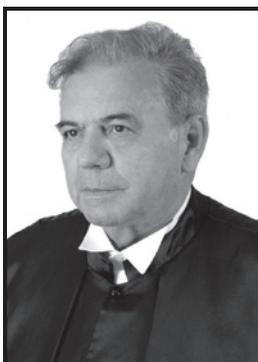
Desembargador Federal  
Aloísio Palmeira Lima  
maio/99 – julho/2001



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, 13

---

## Juramento dos acadêmicos em Direito, 15

---

## Em Foco, 17

---

Minas Gerais também se faz representar no TRF 1ª Região  
Catão Alves

## Atualidades: ponto de vista, 21

---

Por uma reforma tributária estrutural  
Paulo Adyr Dias do Amaral

## Gastando o Latim, 29

---

## Habeas Verbum: Língua do Direito, 31

---

## Variedades, 35

---

*Illusions perdues — Les souffrances de l'inventeur*  
Honoré de Balzac

## Artigos Doutrinários

---

O Estado do Bem-Estar Social além do regime geral e dos regimes próprios de previdência: benefícios especiais ou benefícios de legislação especial, 43

Roberto Luis Luchi Demo

A Cofins das instituições financeiras, 66

Luís Carlos Martins Alves Jr.

Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante, 91

Pierpaolo Cruz Bottini

## Tópico Jurídico

---

A Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (Cosip): um imposto travestido de contribuição, 105

Flávio da Silva Andrade

## Acórdãos — Inteiros Teores

---

Corte Especial – Mandado de segurança contra ato de relator. Situação excepcional que justifica a admissibilidade do *writ*. Introdução de mercadorias estrangeiras no país. Apreensão determinada por juízo criminal. Liberação, mediante caução, em ação civil pública ajuizada posteriormente. Ausência de prevenção. Liminar concedida para suspender o ato liberatório mantida, 107

Rel.: Des. Federal Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

Mandado de Segurança 2003.01.00.011628-4/DF

1ª Seção – Expedição de alvará para pagamento de resíduos de benefício previdenciário. Jurisdição

**voluntária. Pretensão resistida. Falta de adequação processual, 117**

Rel.: Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (convocado)

Mandado de Segurança 2000.01.00.021045-6/MG

**2ª Seção – Crime ambiental. Pessoa jurídica. Mandado de Segurança. Ato judicial. Habeas corpus.**

**Impropriedade, 120**

Rel.: Juiz Federal Evaldo Fernandes, filho (convocado)

Mandado de Segurança 2007.01.00.048547-2/PA

**3ª Seção – Concurso público para papiloscopista da polícia federal. Exigência de teste de barra fixa, modalidade dinâmica, para mulheres. Desproporção e falta de razoabilidade. Igualdade substancial entre os sexos. Princípio da isonomia, 123**

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

Embargos Infringentes em Apelação Cível 2004.34.00.026992-4/DF

**4ª Seção – Conflito negativo de competência. Execução fiscal e ação anulatória. Justiça Federal e Justiça Estadual. Conexão, 129**

Rel.: Des. Federal Carlos Fernando Mathias

Conflito de Competência 2007.01.00.018528-3/MG

**1ª Turma – Servidor público. Desconto em folha de pagamento a título de responsabilidade civil. Lei 8.112/1990. Art. 46. Necessidade de anuência prévia. Impossibilidade de privação dos bens do devedor sem o devido processo legal. Art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal/88, 134**

Rel.: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)

Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.004860-0/DF

**2ª Turma – Previdenciário e Processual Civil. Revisão de proventos. Sentença *extra petita*, 139**

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

Apelação Cível 2002.38.00.054822-3/MG

**3ª Turma – Civil. Servidão de passagem. Turbação. Perda de objeto. Indenização. Dano material e moral, 141**

Rel.: Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado)

Apelação Cível 2005.35.00.014213-1/GO

**4ª Turma – Improbidade administrativa (Lei 8.429/1992). Inépcia do pedido. Indisponibilidade. Possibilidade de atingir bens anteriores ao ato ímprobo. Bloqueio das contas correntes. Quebra do sigilo bancário e fiscal, 147**

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

Agravo de Instrumento 2007.01.00.039418-8/PA

**5ª Turma – Competência para apreciar atos de concentração de instituições financeiras. Atribuições jurídicas conferidas ao Bacen e ao Cade, respectivamente, pelas Leis 4.595/1964 e 8.884/1994, que não de ser exercidas com fundamento no princípio da complementaridade. Parecer da AGU. Força vinculante. Inexistência, 157**

Rel.p/ acórdão: Des. Federal Fagundes de Deus

Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF

**6ª Turma – Concurso público. Candidato aprovado em primeiro lugar. Não-convocação para a posse dentro do prazo de validade do certame. Direito líquido e certo. Existência, 187**

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação em Mandado de Segurança 2003.34.00.027398-2/DF

**7ª Turma – O ICMS (Receita Tributária Estadual) não integra a base de cálculo da Cofins (e/ou do PIS), escapando ao conceito de faturamento: STF (RE 240.785/MG), 196**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral  
Apelação em Mandado de Segurança 2006.38.09.004659-8/MG

**8ª Turma – IPI. Produto final isento, não-tributado, imune ou com alíquota zero. Princípio da não-cumulatividade. Matéria-prima e insumos tributados. Aproveitamento. Compensação deferida, 204**

Rel.: Juiz Federal Roberto Veloso (convocado)  
Apelação Cível 2001.38.00.038731-5/MG

## Decisões Monocráticas

---

**Suspensão de segurança. MP 415/2008. Venda de bebidas alcoólicas em rodovias federais. Lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas, 209**

Desembargadora Federal Assusete Magalhães  
SS 2008.01.00.005164-4/DF

**Agravo de instrumento. Serviço telefônico fixo comutado. Lei Geral de Telecomunicações. Interconexão. Valor de uso de rede móvel (VU-M). Depósito em juízo da diferença entre o valor fixado e valor atualmente cobrado, 211**

Desembargador Federal Fagundes de Deus  
AG 2007.01.00.055051-0/DF

**Agravo de instrumento. Antecipação dos efeitos da tutela. Concorrência pública. Inabilitação de consórcio. Similitude entre as obras realizadas pelos concorrentes e as que são objeto da licitação, 215**

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
AG 2008.01.00.000831-3/DF

## JEFs em Revista

---

**Administrativo e Civil. Art. 37, X, da Constituição Federal (redação da EC 19/1998). Adin por omissão 2.061-7/DF. Omissão legislativa. Inexistência do direito à indenização. Reconhecimento do não cabimento da mora legislativa, 219**

Rel.: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu  
Processo 2005.36.00.900252-1/MT

**FGTS. Expurgos inflacionários. Termo de adesão previsto na LC 110/2001. Ausência de vícios. Ato jurídico perfeito, 222**

Rel.: Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho  
Processo 2005.36.00.901480-0/MT

**Ação de indenização. Dano moral. Conta inativa. Inscrição no Serasa. Relação de consumo regida pelo CDC. Ausência de provas, 224**

Rel.: Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho  
Processo 2005.36.00.901766-2/MT

**Tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Súmula 96 do TCU. Possibilidade de averbação de tempo de serviço. Retificação de certidão de tempo de serviço, 226**

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha  
Recurso Cível 2005.36.00.909305-2/MT

**Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Sentença anulada. Caso fortuito, 228**

Rel.: Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho  
Processo 2007.36.00.703790-1/MT

**Auxílio-doença. Incapacidade total e definitiva para o trabalho anterior à inscrição no RGPS. Evolutividade, progressividade ou agravamento da doença. Benefício devido, 229**

Rel.: Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho

Processo 2007.36.00.703795-0/MT

**Salário-maternidade. Segurada especial. Requisitos legais. Início de prova material. Certidão de nascimento, 232**

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2005.36.00.703796-3/MT

## **Breviário, 235**

---

**Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)),**

Mandado de segurança. Ato emanado de Juizado Especial Estadual no exercício de jurisdição federal delegada. Competência da Turma Recursal Federal com jurisdição sobre a comarca.

Mandado de segurança. Tráfico internacional de entorpecentes. Art. 62, § 4º, da Lei 11.343/2006. Determinação de alienação dos bens apreendidos após a prolação da sentença penal condenatória. Nulidade da decisão.

Pensão por morte. Óbito do segurado após a edição da MP 1.523/1996. Menor sob guarda. Indeferimento do benefício.

Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social. Recomposição de estipêndios. Ilegitimidade *ad causam*.

Crime de descaminho. Substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade. Eficácia das penas.

Controle de constitucionalidade. Ação civil pública. Cabimento. Limites.

Tribunal do Júri. Homicídio doloso. Juntada de documentos. Cerceamento de defesa. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Dosimetria da pena. Primariedade e bons antecedentes. Fixação acima do mínimo legal.

Desapropriação. Emissão de TDA complementares. Prescrição do valor real. Inclusão de juros. Afastamento da aplicação de multa pecuniária.

Conab. Quebra de produto depositado, no limite máximo, independentemente de comprovação das respectivas causas. Desconto. Interesse público. Razoabilidade.

Responsabilidade civil. Roubo e homicídio cometidos em agência franqueada da EBCT. Responsabilidade do franqueado pela segurança da agência. Previsão em cláusula contratual. Ausência de nexo causal entre qualquer conduta da EBCT e o dano ocorrido.

Direito autoral. Estilo artístico. Proteção legal inexistente. Indenização indevida.

Responsabilidade civil. Concessão de lavra de ouro. Revogação parcial. Invasão das áreas por garimpeiros. Indenização.

## **Estatística, 239**

---

## **Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 259**

---

## **Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 261**

---

Programa de mandato do atual Presidente da República, Luiz Inácio da Silva, as reformas tributária e política ocupam atualmente a agenda da vida pública nacional. Urge que Sua Excelência aproveite as favoráveis circunstâncias que vivencia o País, a fim de realmente efetivá-las, pois, como divulga, é este seu firme propósito. Tal propósito, se concretizado, assegurar-lhe-á posição incontestável entre os Chefes de Estado que se vêm sucedendo na direção do Brasil.

Com efeito, as aludidas reformas são fundamentais para o aprimoramento das nossas instituições republicanas.

A reforma política, abrindo caminho para a racionalização do exercício do Poder, sobretudo com o fortalecimento da atividade parlamentar, na expressão que lhe é própria, de fazer as leis.

A reforma tributária, dividindo, proporcionalmente, entre o universo dos contribuintes, os encargos para o custeio dos serviços públicos, sem excessos que estorvem o desenvolvimento social e a expansão das atividades econômicas, em benefício da coletividade.

Espera-se que, no encaminhamento dessas reformas, se priorize o valor da liberdade na reorganização do aparelho estatal, pois assim o anseia a sociedade civil.

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”.

# Minas Gerais também se faz representar no TRF 1ª Região

Catão Alves\*

Por Martha Hormann



Dando continuidade à apresentação dos magistrados da Corte ao leitor, a Revista entrevistou, este mês, o Desembargador Federal Catão Alves, egresso do Estado de Minas Gerais. Aqui ele fala da sua experiência como advogado, Procurador da República, Promotor da Justiça Militar e, finalmente, como juiz. Analisa, também, questões referentes à reforma e à autonomia do Poder Judiciário. Veja a seguir.

**Revista:** O senhor poderia contar um pouco sobre a sua vida pessoal e sua trajetória de trabalho?

**Catão Alves:** Sou natural de Belo Horizonte. Fiz os cursos primário, secundário o superior em Belo Horizonte, e o doutorado também. Defendi a tese em 1985, perante uma banca examinadora de nível nacional, e o tema era “O Conceito do Direito”. Procuo trabalhar, mas, também, o lazer para evitar estresse. Durante muitos anos toquei acordeão; gosto muito de ler livros não-jurídicos, mas o que mais gosto de fazer é dançar. Danço quando não estou viajando, ainda que de férias, geralmente, duas vezes por semana. E gosto de escrever poemas, mas só para minha mulher, Francisca. Escrevo para ela nas datas importantes da nossa vida, e sempre utilizo seu nome, Francisca, para fazer o tema do poema. No dia do seu aniversário, escrevo um; no dia dos namorados, outro; no Natal ou em qualquer outra data, outros. Gosto muito de escrever, pensar,

de Filosofia. A minha tese é sobre Filosofia do Direito; estudo muito Filosofia e, também, Filosofia do Direito. A Filosofia permite uma visão mais ampla da vida. Entendo a Filosofia como a ciência de todas as coisas, uma ciência maior, à luz natural da razão. A Filosofia nos ajuda a raciocinar, a pensar, a melhor agir na vida, a tolerar e a julgar.

**Revista:** A escolha da carreira jurídica tem relação com a afinidade do Direito com a Filosofia?

**Catão Alves:** No início, as minhas sentenças eram quase filosóficas; por isso, um pouco longas. Em razão da necessidade do serviço e da premência do volume de processos, encurtei-as. Não há, porém, muita ligação. Tornei-me juiz por mero acaso. Sempre gostei de advogar. Fui advogado e Procurador da República também. Um dia, a Associação Nacional dos Procuradores da República, da qual sou um dos fundadores, para pressionar o governo a dar reajuste aos procuradores, naquela época não havia paridade entre juízes e procuradores, pelo menos, semelhante ao que havia

\* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

concedido aos juízes, recomendou a todos os Procuradores da República que se inscrevessem no concurso de Juiz Federal; então, me inscrevi. Não que pretendesse, realmente, ser juiz; fiz o concurso, sem muito compromisso. Na época, estava com muitos problemas de saúde de familiares, mas fui fazendo, e acabei passando. Depois veio o drama e o problema para saber se assumiria ou não. Contudo, sempre gostei de desafios. Muitas vezes, ficava revoltado com determinadas sentenças nas quais via injustiça; fui, durante muito tempo, Promotor da Justiça Militar, e vi réus, para os quais, como promotor, pedia absolvição — naquela época a lei proibia esse procedimento — e, ainda assim, eles eram condenados. Resolvi enfrentar o desafio. Já havia sido advogado por longos anos. Como Procurador da República, advogava também. Pensei: vou experimentar o terceiro ângulo da carreira jurídica; se não gostar, se não me sentir com vocação e em condições de prestar um bom trabalho ao jurisdicionado e ao Poder Público como juiz, pedirei exoneração e voltarei à advocacia. Se entender que deva ser Procurador da República, novamente, farei outro concurso. Entretanto, tive uma grata surpresa. A magistratura me realizou, profissionalmente, não no sentido de ser mais, ou menos, importante do que a função na Procuradoria da República, mas porque me permitia, independentemente de qualquer outra condição, poder fazer justiça como eu a entendia. Condenar o réu que deveria ser apenado porque tinha culpa e deveria pagar por seus atos ilícitos, e absolver aquele que, não obstante as provas contrárias, merecia absolvição. E não só em questões criminais, mas, também, em cíveis. O problema social sempre me preocupou. Às vezes, um segurado do INSS chegava carregado à sala de audiência, e o procurador negava-se a fazer acordo, dizendo que ele estava bem de saúde. Procurava fazer justiça como Procurador da República, como Promotor da Justiça Militar e como advogado. Todavia, como juiz, tinha condições de fazê-la com melhor proveito porque podia levar a conhecimento da instância revisora todos os fundamentos que lhe permitissem manter a sentença. O sentimento de fazer justiça, de poder ser útil à sociedade de maneira mais efetiva, foi o que me fez permanecer na magistratura. Fez-me abandonar a idéia de voltar à Procuradoria da República ou à advocacia. Hoje, continuo tentando, e nunca perdi isso de vista — fazer justiça. O nome da parte, se é o Poder Público ou um particular, afigura-se-me irrelevante; verifico, apenas, se tem o direito ou não, se a postulação é justa ou injusta. Inúmeras vezes, deci-

di, por ser a forma de dar a cada um o que é seu, dando interpretação muito liberal à lei. É um sentimento que me deixa realizado: o de poder fazer justiça e, em grande parte, com que o Tribunal confirme o que decidi.

**Revista:** O senhor falou sobre os três ângulos: o do magistrado, o do Procurador da República e o do advogado...

**Catão Alves:** Entendo que todo magistrado deveria ter sido, antes, advogado e promotor para ter condição de melhor exercer a magistratura. Vemos juízes estabelecendo honorários de advogado de R\$ 1,00 (um real), o que avilta a profissão do advogado; coloca-o em dificuldade com o cliente: “O seu serviço valeu apenas R\$ 1,00 (um real) para o juiz?” Mas, geralmente, são juízes que nunca passaram pelo *forum* para ver como o trabalho do advogado é importante, e como ele sofre em um balcão de cartório judicial. Da mesma forma, como promotor, ele tem outra visão, principalmente, se for juiz criminal. Todo juiz deveria ter sido primeiro advogado e, depois, promotor, pelo menos, por quinze anos.

**Revista:** O senhor tem algum filho seguindo a carreira jurídica?

**Catão Alves:** Tenho dois filhos: o filho é médico; a filha, advogada.

**Revista:** Como o senhor vê a recente reforma que foi feita no Judiciário?

**Catão Alves:** Estamos vendo os resultados. Não resolveu, absolutamente, nada porque não atacaram os pontos centrais. Criaram o chamado controle externo do Judiciário, mas sempre insistiu: quem vai controlar o controlador? Temos visto, diariamente, o Supremo Tribunal Federal, *que é órgão do Judiciário*, anular decisões do Conselho Nacional de Justiça. Então, a questão é: quem vai controlar o controlador? Entendo que não é dessa forma que se vai resolver o problema do Judiciário. O próprio Executivo, que é, como se diz, quem tem “a chave do cofre”, não tem o menor interesse em que o Judiciário funcione, satisfatoriamente, porque o utiliza como meio de moratória. Se o Judiciário estiver funcionando, celeremente, mais depressa deverá desembolsar os valores a que for condenado. Logo, não tem o menor interesse em dotar de estrutura os tribunais, os juízes. Veja: os juizados especiais, que surgiram como a Justiça do Futuro. Sou entusiasta dos juizados especiais; chegamos a fazer audiências em pleno Rio

Amazonas, dentro de um barco, em juizado itinerante, mas vi que o próprio Governo se assustou com o número de Requisições de Pequeno Valor para fazer pagamento porque, no juizado, não existe precatório, o pagamento é direto, “na boca do cofre”. O que ele está fazendo? Simplesmente, deixou os juzizados entregues à própria sorte. Em Minas Gerais, cada vara de juizado tem, aproximadamente, quarenta, cinqüenta mil processos. Como se trabalha assim? O Piauí, que é um Estado pequeno, tem nas varas de juizado sessenta mil processos. Quer dizer, o juizado está inviabilizado. E o Governo não se interessa por isso, não se preocupa porque, também a Requisição de Pequeno Valor vai demorar a ser feita e o desembolso demorará mais tempo. É problema de estrutura. Podemos nomear mil, dois mil juizes, mas, se não começarmos uma modificação, principalmente pelas leis processuais, não funcionará porque são recursos demais. Criaram, agora, uma nova instância: o Superior Tribunal de Justiça é a terceira instância. Temos quatro instâncias: a primeira, o Tribunal de Apelação, o Superior Tribunal de Justiça e, finalmente, o Supremo Tribunal Federal. Temos recursos e mais recursos, como os Embargos Infringentes. As pessoas que fizeram a reforma do Código de Processo Civil perderam a oportunidade de acabar com os Embargos Infringentes, que foram herdados de Portugal. Já não mais existem Embargos Infringentes na lei processual portuguesa; nós, porém, continuamos com eles. Apenas os restringiram, quando deveriam tê-los extinto porque, na ocasião da interposição, a causa já fora julgada várias vezes: pelo juiz, em primeira instância, e por três juizes, em segunda; já são, pelo menos, quatro que a julgaram. Se os quatro erraram, não serão mais seis, sete, oito que a irão consertar. Nosso problema é estrutural; temos que ter uma boa estrutura, um bom número de juizes e, sobretudo, uma lei processual que permita o trâmite célere do processo. A Súmula Vinculante surgiu como uma solução para o problema. Ledo engano; não o resolverá. Por quê? Porque a Constituição Federal assegura o acesso ao Judiciário, o que, como dizem os doutrinadores, seria uma forma de cidadania, não podendo tal Súmula impedi-lo. Uns dizem que “engessa” os juizes; penso de forma diferente. Se o Supremo Tribunal Federal é quem diz a última palavra, e já decidiu a causa, para mim, não há necessidade de Súmula Vinculante. Se o Supremo é o órgão maior; se é quem profere a última decisão, se já decidiu, independentemente de Súmula Vinculante, siga-o, como tenho feito sempre. Tenho reconsidera-

do meus julgamentos, ressalvando meu entendimento, para acompanhar aquela Corte. Assim, a Súmula Vinculante, que veio como solução, não vai resolver nada. Hoje, ninguém mais fala em Súmula Vinculante, e o Supremo Tribunal Federal não se preocupou, ainda, em fazê-la. Por quê? Porque não vai resolver o problema do Judiciário. Essa reforma veio, tão-somente, “engessar” mais o juiz; transformou-se em mais um Código Penal para ele porque, o que o Conselho Nacional de Justiça faz é vigiá-lo, simplesmente: se está decidindo dessa ou daquela forma, se não está fazendo isso ou aquilo, quando deveria preocupar-se em orientá-lo para que a prestação jurisdicional se torne mais célere. Às vezes, o processo é distribuído hoje, e, amanhã, a parte está no Conselho Nacional de Justiça reclamando que ele não foi julgado. Em seguida, o juiz recebe pedido de informação, *tem que parar todo o serviço para prestá-la*, dizendo que o processo não foi julgado, ainda, porque foi recebido no Tribunal no dia anterior. São ocorrências que impedem a prestação jurisdicional a contento. Isso me angustia porque também estou na mesma situação. Tenho uma ação judicial em Belo Horizonte, da qual sou autor, e há mais de um ano ela está na fase de contestação, apesar de pedir, diariamente, à Juíza *Joelisa Souto Lúcio de Oliveira*, titular da 12ª Vara de Família daquela Capital, para dar andamento ao processo; desembargadores, amigos e conhecidos seus pedem-lhe, insistentemente, a tramitação do processo; ele está parado. O que vou ter que fazer? Uma representação perante o Conselho Nacional de Justiça, que, entendo, também não vai resolver; mas, pelo menos, é uma tentativa para que o meu processo volte a tramitar. Não quero o julgamento a meu favor; somente que seja julgado, permitindo-me, se improcedente o pedido, recorrer ao Tribunal. Ficar sem julgamento é que não é possível. Por quê? Porque, simplesmente, a juíza não julga a causa; está na fase de contestação; porém esta e a impugnação já foram feitas, mas o processo não tem curso, há mais de ano. E, quando alguém pede demais, ela profere um despacho qualquer, determinando uma ou outra diligência, que não tem pertinência com a causa e não vai influir no mérito da questão. Estou nessa situação, e fico pensando nos jurisdicionados que estão na angústia de esperar a solução dos seus processos. A situação do Judiciário angustia-me muito. Achavam que o Conselho Nacional de Justiça e a Súmula Vinculante resolveriam o problema do Judiciário; eu disse, insistentemente, que não resolveriam, que o problema era estrutural, ou seja, temos poucos juizes, poucas con-

dições de trabalho e leis processuais que “seguram” o andamento do processo e favorecem a protelação; não é, sem dúvida, a melhor forma de se trabalhar. Então, a única reforma que vai acelerar o Judiciário é esta: mais juízes e menos “engessamento” pelas leis processuais. Na Alemanha, não sei se a proporção já diminuiu, há, aproximadamente, quatro ou cinco anos, havia uma média de três mil pessoas por juiz; aqui, no País, tínhamos uma média de trinta mil pessoas por juiz. Esse número deve ter crescido porque as causas têm aumentado. Veja a desproporção. Talvez, já tenhamos sessenta mil pessoas, ou mais, por juiz. Exemplo melhor não existe: nosso Tribunal: quando foi instalado, em 1989, tínhamos uma média de setenta milhões de jurisdicionados; atualmente, uma média de cento e vinte a cento e trinta milhões. E o que o Tribunal aumentou? Em mais nove juízes. Não resolveu, absolutamente, nada. São essas as circunstâncias. Apesar de tudo, sou otimista; acredito que haverá solução; que irá aparecer, ainda, alguém que entenda da estrutura do Poder Judiciário; que um Presidente da República olhará para esse Poder porque reconhecerá que um Judiciário forte e operante é a garantia maior da democracia. E já começamos. Temos, na Câmara dos Deputados, um jovem brilhante, que está atento aos problemas do Poder Judiciário, o Deputado Flávio Dino, do Estado do Maranhão. Ele tem lutado pelo Judiciário, embora alguns deputados e senadores, que desconhecem o assunto, apresentem projetos que não o ajudam, mas, unicamente, o prejudicam. Ele tem demonstrado o erro de determinados projetos. Já é um “fio de esperança”. Sem esperança ninguém vive, e a tenho.

**Revista:** Para encerrar: existe um projeto de lei tramitando no Poder Legislativo de autoria do Poder Executivo, com a intenção de inibir os magistrados a autorizarem reabertura de casas de bingo. Como o senhor vê isso?

**Catão Alves:** Acredito que seja mais uma tentativa de tolher o livre convencimento do juiz. Cada caso deve ser examinado isoladamente. Pode-se dizer que é, *genericamente*, proibido deferir liminar para casas de bingo? Não, depende das circunstâncias de cada caso. Penso que qualquer medida que vise tolher a liberdade do juiz na apreciação de uma causa é interferência indevida no Poder Judiciário, e o Deputado Flávio Dino já viu isso, e está lutando contra o projeto.

# Por uma reforma tributária estrutural

Paulo Adyr Dias do Amaral\*

Por Martha Hormann



Muito se tem discutido nos últimos tempos sobre a necessidade de reforma no sistema tributário brasileiro. A alta carga tributária contrasta com um retorno inexpressivo, oferecido pela Administração. Mas esse não é o único problema que o contribuinte enfrenta. Leis tributárias complexas, desordenadas e, às vezes, até contraditórias são originadas dos três níveis do Estado — União, Estados e Municípios; a distribuição injusta da carga tributária recai sobre o trabalho e o setor produtivo; empresas vão à falência diariamente, sob o peso dos encargos que devem suportar.

Some-se a tudo isso que, com a globalização dos intercâmbios comerciais, as economias que pretendam desempenhar papel próspero e competitivo vêm-se obrigadas a fazer uso de um sistema tributário racional, equilibrado e dotado de regras claras e seguras. Por tudo isso é que se discute a possibilidade de promover alterações estruturais na vida tributária do País.

Para discorrer sobre o assunto, a Revista traz, este mês, o Professor Paulo Adyr Dias do Amaral, que tece comentários sobre os atuais problemas de nossa realidade fiscal, além de definir um panorama do quadro enfrentado pelas empresas que, obrigatoriamente, se submetem à legislação tributária, e, ainda, fala de possíveis soluções para o problema.

**Revista:** Que é Justiça fiscal e como pode ser promovida?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** Conceituar *justiça* é uma das tarefas mais difíceis do Direito, precisamente porque se trata de um *valor* (não é limite objetivo nem tampouco mera regra técnica). E os valores se prestam a múltiplas manobras de argumentação e ao desenvol-

vimento do recurso retórico. Paulo de Barros Carvalho exemplifica: o advogado propõe sua ação, enumerando, digamos, doze itens sobre os quais fundamenta seu pedido — e pede justiça. O réu contesta os doze argumentos — e pleiteia justiça. O Juiz decide em nome da Justiça. A parte vencida recorre — clamando por Justiça. E o Tribunal reforma a sentença, em nome da Justiça. Nós nos perguntaremos: onde estava a Justiça afinal? A Justiça é um *valor* — e, como tal, é construído na conformidade da ideologia do intérprete.

Nesse sentido, a Justiça é um dos princípios mais “democráticos” construídos pelo homem, pois todos se sentem portadores dela. Todos crêem fortemente que estão construindo Justiça. Assim, Fidel Castro afirma (e está fortemente convencido disso) que agiu com Justiça ao fuzilar dezoito mil pessoas no *paredón*. Hitler acreditava fazer Justiça à raça ariana ao eliminar os “ímpuros”, aplicando-lhes a “solução final”. Geisel esta-

\*Doutorando em Direito Público – UFMG. Mestre em Direito Tributário – UFMG. Diretor de Cursos da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. Membro do Grupo de Estudos da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF/Minas. Membro da Associação Latino-Americana de Direito Comparado. Professor nos Cursos de Pós-graduação em Direito Tributário: da PUC/Minas; do Centro de Estudos da Área Jurídica Federal – Ceajufe; da Escola Superior da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – ESPGFN (em convênio com a Fundação Getúlio Vargas); do Centro de Atualização em Direito – CAD. Professor Assistente de Direito Tributário na Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte).

va convicto de que fazia Justiça ao fechar o Congresso Nacional. Enfim, há Justiça para todos os gostos.

Luigi Vittorio Berliri escreveu um clássico: *La Giusta Imposta*. Nele trabalhou por toda a vida. Estudou e reformulou suas idéias, por diversas vezes. Pouco antes de morrer, confessou a seu irmão (Antonio Berliri) que não estava convicto de ter encontrado a fórmula ideal de construção do chamado “imposto justo”.

Por isso, causa perplexidade a qualquer estudioso a segurança com que nosso Presidente da República, sem jamais ter lido uma obra sequer de Direito Tributário, afirmou (no final do ano passado), com absoluta convicção, que “a CPMF é um imposto justo.” Essa é a segurança que todo intelectual gostaria de ter. Por isso, às vezes sentimos inveja de quem não estuda. Os ignorantes têm certeza de tudo... Enquanto isso, o estudioso, quanto mais estuda, só vê aumentar a percepção de sua própria ignorância... Quando escutei aquela afirmação do Presidente da República, dei graças aos céus por ela ter sido dita no Brasil. Se tivesse sido proferida na Itália, Berliri teria se levantado do túmulo, com inveja de tanta segurança...

Mas a Justiça na tributação comporta diversos ângulos de análise. Um deles é o da *igualdade*. Na verdade, desde Aristóteles, a *igualdade* se confunde com a própria *Justiça*. Onde não há tratamento igualitário, logo avulta o sentimento de injustiça. Essa noção não é jurídica. Ao contrário, é instintiva. Desde a mais tenra infância, toda vez que receber tratamento desigual, o homem se sentirá injustiçado. Berliri exemplificava: “Dê a um menino um chocolate e o fareis rir de alegria; mas, para fazê-lo chorar, bastará dar simultaneamente dois a seu irmão. Esse menino, que não entende de códigos, nem de justiça distributiva, nem de ato normativo, gritará, entre lágrimas, que *não é justo* que ele tenha um só chocolate e seu irmão dois. E a dor da injustiça, em definitivo, terá superado e dominado o prazer do obséquio.”

Cito como ilustração a sistemática do Imposto de Renda na vigência da Constituição passada (art. 21, inciso IV). Estavam imunes ao tributo as diárias e ajudas de custo pagas pelos cofres públicos. Como era a composição da remuneração das autoridades da República nessa época? Exemplifico: “Vencimentos – R\$ 1.000,00 (dentro da faixa de isenção). Ajuda de custo – R\$ 15.000,00”. Com uma remuneração global de R\$ 16.000,00, *vg.*, essa autoridade pública estava

immune a qualquer tributação sobre seus rendimentos. Já o empregado da iniciativa privada, auferindo ganhos no mesmo patamar, sofria todo o peso do Imposto de Renda brasileiro. O cidadão comum se sentia injustiçado, em face do tratamento desigual. E isso só fazia acentuar o descrédito dos agentes públicos. Dessa forma, a observância dos princípios da *capacidade contributiva* e *progressividade*, como instrumentos a serviço do valor *igualdade*, são alguns pilares do sistema tributário justo.

Outro ângulo de análise da *Justiça fiscal* é o *desempenho administrativo*. Quando há efetivo *retorno social*, o contribuinte considera *justo* o Sistema Tributário e presta toda sua colaboração ao Estado e à fiscalização, ainda que a carga tributária seja elevadíssima. É o caso, *vg.*, dos países nórdicos. Na Noruega, a tributação indireta é tão elevada sobre produtos considerados “supérfluos” que um *chopp* custa sete dólares. Certa vez perguntei a noruegueses se eles não se sentiam extorquidos pelo Estado ao pagar preço tão elevado para tomar um simples *chopp* com os amigos. A resposta foi imediata e contundente: “*We love our King!*”

Que brasileiro diria isso do fundo de seu coração?

Consideremos o perfil da tributação hoje praticada no Brasil, no qual o aspecto expropriatório é exacerbado, restando esquecida e afastada qualquer idéia de redistribuição de riqueza ou justiça fiscal. A suposta retribuição estatal (sob a forma de serviços públicos) não ocorre (ou sucede em mínima medida) — o que agrava a tensão já naturalmente existente na relação jurídica tributária. Nos tempos que correm, no nosso país, as receitas derivadas (advindas da tributação) se destinam, em sua maior parte, ao pagamento do serviço da dívida<sup>1</sup>. Quase nada retorna ao cidadão-pagador.

<sup>1</sup> Sacha Calmon Navarro COELHO, em sua coluna semanal no jornal *Estado de Minas*, anotou, em 23/04/2006: “Em 2005, as receitas administradas pela Receita Federal somaram 346,955 bilhões de reais. (...) De acordo com Gilberto Luiz do AMARAL, Presidente do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, ‘se adicionarmos aos R\$364 bilhões as receitas da Previdência, do FGTS, tributos municipais e estaduais, a arrecadação do ano passado deve ter chegado a R\$732 bilhões. Pode-se afirmar que a carga tributária total brasileira ficou em torno de 42,19% do PIB, ou seja, de cada R\$100,00 produzidos no Brasil, R\$42,19 foram transferidos aos diversos níveis de governo, a título de pagamento de tributos. A maior parte dessa dinheirama não foi para investir na saúde e na educação do povo, nem para obras de infra-estrutura. Foi para pagar juros. Em 2005, a conta

A experiência dos países desenvolvidos, ao contrário, revela que o bom gasto, efetivado com honestidade e eficiência, e traduzido em retorno à sociedade, provoca satisfação no contribuinte, desenvolvendo ambiente mais amistoso entre Fazenda Pública e cidadão. Cabe ao Estado ser bom Fisco e bom provedor.

Quem paga tributos espera a eficiência do Estado. Espera retorno em serviços públicos. Espera o funcionamento das instituições democráticas. Como pode o cidadão comum confiar nas instituições democráticas — que ele custeia (pagando tributos), na medida em que por elas se sente traído? Como pode esse cidadão aceitar passivamente a obrigação tributária, na medida em que vê malas de dinheiro circulando por todo canto, a alimentar o sistema de corrupção? Ele se perguntará: é para isso que estou pagando impostos? Para abastecer essas malas? Como fica a identidade constitucional do cidadão que não vê a contraprestação, em serviços públicos, do montante em tributos que despende a todo momento?

E por que o exemplo deve partir do Estado?

Porque ele é o “grande pai”, ou, noutras palavras, o responsável pela formação da “identidade constitucional”.

O pai que aconselha seu filho a não fumar será ouvido?

Depende. Se o pai nunca fumou, é provável que o conselho seja seguido. Se, no entanto, o mesmo conselho é solenemente pronunciado, tendo o pai um cigarro entre os dedos, tais palavras serão inúteis, pois o exemplo será muito mais forte que o discurso. O filho, muito provavelmente, se tornará fumante — pois essa é sua referência.

Assim é a relação do Estado com seus súditos.

O Estado diz: “— Cidadão: pague seus tributos”. Antes de atender a esse comando, o administrado se

---

de juros — porque a dívida pública só vem crescendo em razão da predominância dos técnicos monetaristas do período FHC-Lula, com a Selic sempre nas alturas — ficou assim: cerca de 13,095 bilhões de reais por mês ou 3,022 bilhões por semana ou 430,534 milhões por dia ou 17,939 milhões por hora ou 298,967 mil reais por minuto ou 4.982,78 reais por segundo. Viva a Selic, dizem os rentistas a mamar nas tetas da vaca chamada Brasil. Bianor acha mesquinho criticar os 22 milhões gastos com o nosso astronauta. Não foi nada. É pouco mais do que pagamos de juros por hora.

perguntará: “O Estado é bom pagador? Quita seus débitos para com o particular espontaneamente? Ou o obriga a submeter-se a longas pendengas judiciais e às intermináveis filas dos precatórios?”. Que atitude terá, *v.g.*, aquele funcionário público, que, após longos anos de batalha processual, buscando receber seus créditos de natureza alimentícia, espera *ad aeternum* pelo cumprimento do precatório? Quitará suas obrigações tributárias com presteza? Ou resistirá?

Não hesitamos em afirmar: a semente da resistência à tributação é plantada no cidadão pelo próprio Estado. Esse é o exemplo recebido pelo administrado. Essa é a sua referência.

Por fim, a idéia de *justiça fiscal* é comumente apresentada em estudos de direito material. É necessário, no entanto, inseri-la também no campo processual. Aliás, não há, no Direito, recanto onde a presença da justiça não seja impositiva. E uma das formas de sua efetivação, indubitavelmente, é a garantia do contraditório<sup>2</sup>. Não haverá justiça onde a lide, já exteriorizada na relação jurídica de direito material, for insuscetível de discussão no campo processual. Noutras palavras: onde houver lide (o conflito de interesses a que se refere Carnelutti) necessariamente tem que haver processo.

Assim, *que é o contraditório senão a transposição, para o campo processual, do princípio da igualdade?* E que é a igualdade senão o maior valor plantado em nossa Constituição, identificado por muitos com a própria Justiça?<sup>3</sup> Já disse José Souto Maior Borges, numa memorável conferência em São Paulo: “O princípio da igualdade não está na Constituição; o princípio da igualdade é a Constituição! Todas as regras, postulados, preceitos e definições inseridos no Texto Supremo se

---

<sup>2</sup>Sobre a íntima conexão entre contraditório e justiça, ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO são enfáticos: “O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo”.

(CINTRA, Antônio Carlos Araujo e *alii*. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p.55).

<sup>3</sup>Cf. BERLIRI, Luigi Vittorio. *El Impuesto Justo*. Trad. Fernando Vicente-Arche Domingo. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986.9

articulam e se organizam em busca desse valor maior que é a igualdade...”

Embora a desigualdade seja inerente às relações jurídicas de Direito Público (uma vez que o Direito Administrativo brasileiro se funda em dois princípios básicos: supremacia do interesse público ao do particular; indisponibilidade, pela Administração, do interesse público), ela só prevalece no campo do direito material. *Concessa venia* dos autores que entendem em sentido contrário, não faz sentido algum transplantar essa desigualdade para o campo processual. O processo, em qualquer de seus ramos (processo civil, trabalhista, penal, tributário — administrativo e judicial), é norteado pelo princípio do contraditório, o que significa dizer que ele deve conferir às partes igual oportunidade de alegar e provar.

Por isso mesmo, em qualquer hipótese, deve haver a formalização e notificação do lançamento — art. 142/CTN. Ou, como se diz na França, o *avis d'imposition*. A falta dessa notificação é ofensiva ao princípio do contraditório. Embora o lançamento por homologação (ou autolancamento) seja comum em países avançados (como a *autoliquidación* na Espanha), o Brasil parece-me o único que adota a estranha figura genérica do *crédito tributário não contencioso*.

E que dizer das *sanções políticas* como instrumentos de cobrança do crédito tributário? Protesto de Certidão de Dívida Ativa, “listas negras” (Cadin, Sersa e SCPC), apreensão de mercadorias etc. estão a nos causar perplexidades. Não se pode vislumbrar Justiça num país que, desde a era Vargas (e mais agora do que naquele tempo) é pródigo em criar e desenvolver tais “mecanismos de perseguição”... Vivemos período de verdadeira “inquisição tributária”.

Pode-se perceber, portanto, que a Justiça comporta múltiplos ângulos de análise.

**Revista:** Quais são os principais problemas do sistema tributário brasileiro?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** São tantos que não caberiam no espaço de uma entrevista. Temos o Sistema Tributário mais complexo do mundo, com 62 tributos. Conforme os dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, entre leis, medidas provisórias, decretos, portarias e instruções, a “organização” desse sistema resultou em 3.200 normas tributárias, com a criação de 56 normas tributárias a cada dia útil.

Acompanhar a evolução da legislação tributária brasileira é tarefa extremamente difícil para os estudiosos da área e impossível para o empresário e o cidadão comum.

A carga tributária brasileira, que era de 13,5% do PIB em 1947, hoje resvala em 40%. Esse intervalo de tempo — sessenta anos — é, historicamente, curtíssimo para uma elevação tão brutal. É um sinal claro de que a carga jamais caiu e nem tampouco cairá.

A comparação internacional mostra que temos a 12ª maior carga tributária do mundo, atrás apenas de: Suécia, Dinamarca, França, Holanda, Itália, Israel, Hungria, Canadá, Alemanha, Polônia e Reino Unido. Estes são os países comparáveis a nós no que tange ao montante da carga. E com que países poderíamos nos comparar quanto ao desempenho administrativo? A esses mesmos? É óbvio que não. Portanto, a conclusão é clara: nossa carga tributária, embora não seja a mais alta, é, seguramente, a mais *desfavorável* do mundo. Ou seja: nenhum país paga tanto por tão pouco.

Tudo isso fica mais claro quando nos comparamos com os países “comparáveis” a nós: Argentina (carga tributária: 21% do PIB), México (18,5%/PIB), Chile (18%/PIB), Índia, China e Rússia (16%/PIB). Nossa carga é a mais alta entre os países emergentes. Precisamente, o dobro.

Cargas elevadas são bem suportadas por países de economia forte. Porém, num país miserável como o Brasil, tendo em vista nossa capacidade de produzir riquezas, o limite suportável estaria situado em aproximadamente 25%. A tributação que ultrapassa o marco da nossa realidade econômica deságua na informalidade, na ilegalidade, na sonegação e na inibição do crescimento. É precisamente o que está a ocorrer.

Ademais, é gravíssima a ofensa à nossa capacidade contributiva. A grande marca de nosso sistema tributário atual é a regressividade. Num país em que não há renda (precisamente porque a tributação excessiva inibe sua produção), a tributação tende a se concentrar sobre o consumo. Na Federação Americana, 49% da arrecadação global é oriunda da Renda. No Brasil, 45% da arrecadação global é incidente sobre Bens e Serviços. Renda e Lucros respondem, aqui, por apenas 19% (e esse patamar somente é atingido porque o imposto de renda brasileiro é nitidamente confiscatório). Intensifica-se, dessa forma, a tributação indireta, que incide

mais pesadamente sobre o pobre. A carga tributária suportada pelas famílias brasileiras que ganham até dois salários mínimos é de 48%. Para as famílias que ganham trinta salários mínimos, a carga cai para 26%. Ou seja: quanto mais pobre é o contribuinte brasileiro, maior é o impacto da tributação que sobre ele recai.

Enfim, problemas é o que não nos falta.

**Revista:** Que dificuldades enfrentam as empresas brasileiras frente à realidade tributária do País?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** A própria carga tributária, evidentemente, é um entrave ao setor produtivo. Mas o tamanho da carga é apenas metade do problema.

É da essência do *fato gerador* que ele tenha conteúdo econômico. Deve traduzir uma manifestação de riqueza. Caso contrário torna-se impossível a quantificação do tributo.

Nessa ordem de idéias, questão gravíssima é a ofensa à *capacidade contributiva* das pessoas jurídicas — o que se dá por diversas formas. Exemplo claro é a adoção da *produção* como parâmetro de tributação — um dos pontos menos inteligentes na organização de nosso sistema. *Receita e faturamento*, divorciados da *lucratividade*, não são manifestações de riqueza. As empresas operam com custos de produção diferenciados. Muitas delas estão a exibir *faturamento* que, embora expressivo, é superado pela *despesa*. Nessa situação de prejuízo, não há capacidade contributiva alguma. A manifestação não é de riqueza, mas de endividamento. Todavia, PIS e Cofins incidem impiedosamente, empurrando a empresa de vez para o precipício.

*Produção* como parâmetro de tributação é uma aberração que remonta aos tempos da Revolução Industrial. Verdadeiro anacronismo. Desconheço outro país que adote essa perversa modalidade de incidência na atualidade.

Outra forma de agressão à *capacidade contributiva* reside na cobrança do tributo anteriormente à ocorrência do verdadeiro fato econômico manifestador de riqueza. Nesse sentido, tem havido incessante redução dos prazos de pagamento. O prazo para o IPI, *vg.*, outrora fixado em 120 dias, foi reduzido para 10 dias. O imposto de renda é pago muito antes de se saber qual será o lucro efetivo. A contribuição previdenciária é paga no segundo dia do mês, ocasião em que o fato

correspondente (despesa com a folha de pagamento) ainda não ocorreu. E com o mecanismo da “substituição tributária para frente”, presume-se que ocorrerá, no futuro, o fato imponible, com sua base de cálculo fixada também por presunção — freqüentemente superior ao montante da operação real. A incidência tributária anterior ao fato econômico implica endividamento da empresa para pagamento do tributo (pois o ingresso correspondente ainda não ocorreu). Endividamento este que atinge diretamente o *capital de giro* — imprescindível à própria sobrevivência empresarial. Nada mais desastroso.

Enfim, ora a incidência tributária ocorre anteriormente ao fato econômico, ora na absoluta inexistência desse fato.

Mas não é só. Subsiste a *cumulatividade* na tributação sobre o consumo, a despeito da existência de um princípio constitucional que a proíba. A adoção do sistema de *créditos físicos*, as restrições do crédito de PIS e Cofins no recente regime não-cumulativo, as contínuas restrições de crédito de ICMS, a cumulatividade econômica remanescente na tributação sobre o consumo agridem frontalmente a *neutralidade de mercado*. O tributo que deveria ser suportado tão-somente pelo consumidor final (pois esse é o mecanismo próprio da tributação sobre o consumo) passa a onerar todas as etapas da cadeia de circulação. Tudo estimula o indesejável fenômeno da verticalização das empresas — exatamente a contramão da modernização empresarial, num mundo que prega a contínua especialização. Com isso, perdemos competitividade e mergulhamos profundamente no nosso próprio atraso.

Estou me atendo apenas aos aspectos tributários. Se fosse abordar também os “custos burocráticos”, a matéria não teria fim.

Além disso, as relações entre Fisco e contribuinte, cada vez mais difíceis, têm sido marcadas, frequentemente, pela truculência. Prova disso é o emprego crescente das *sanções políticas*.

**Revista:** A que sanções políticas o senhor se refere?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** A expressão sanções políticas, em Direito Tributário, nomeia as diversas restrições, proibições, constrangimentos e vexames impostos aos contribuintes, como meio de pressioná-los, por via oblíqua, ao pagamento do tributo ou como represália pela circunstância de o administrado ter de-

cidido discutir judicialmente o conflito. São medidas antigas, que remontam à ditadura Vargas (Decreto-lei 5, de 13/11/1937, alterado pelo Decreto-lei 42, de 06/12/1937). De Vargas para cá, a truculência se intensificou, pois tais medidas são cada vez mais arbitrárias e numerosas, a despeito de sua flagrante inconstitucionalidade. Os exemplos são inúmeros: interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, regime especial de fiscalização, recusa de autorização para imprimir notas fiscais, inscrição em cadastro de inadimplentes (as chamadas “listas negras”: Cadin, Serasa e SBPC — com as conseqüências daí decorrentes), recusa de certidão negativa de débito, protesto de certidão de dívida ativa, “terceirização” (delegação aos Bancos, para cobrança da dívida ativa — Resolução do Senado Federal 33, de 13/06/2006), entre vários outros.

*Sanções* dessa natureza ofendem, a um só tempo, a Constituição da República, a Lei de Execução Fiscal, o Código Penal e a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

A violação à Carta Maior se dá quanto aos arts. 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, que garantem a liberdade de exercício de atividade econômica. Além disso, trata-se de cobrança sem observância da garantia do *devido processo legal*. Note-se que a autoridade pública que impõe tal *sanção* não detém competência para julgar a legalidade da respectiva exigência tributária.

É clara também a ofensa à Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), segundo a qual a cobrança do crédito tributário somente é possível por meio da execução — o que afasta a adoção de quaisquer outras “medidas paralelas”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Art. 38 LEF — A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

A propósito, assinala Humberto THEODORO JÚNIOR: “O art. 38 da Lei 6.830 procurou transformar a execução fiscal no único local adequado para a discussão judicial da Dívida Ativa, ressaltando apenas as hipóteses de mandado de segurança, da ação de repetição do indébito e da ação anulatória do ato declarativo da dívida”.

(*Lei de Execução Fiscal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.137)

A ofensa ao Código Penal é igualmente nítida. Uma das modalidades do crime de *excesso de exação* (art. 316, § 1º) é o emprego, na cobrança tributária, de meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza. E se o agente público se desvia do caminho jurídico próprio para a cobrança tributária, incide no tipo previsto no art. 345 do Código Penal — exercício arbitrário das próprias razões.

Por outro lado, medidas desse jaez sempre foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa tendência dão-nos exemplo Súmulas diversas<sup>5</sup>. Ora, não é necessário muito esforço mental para concluir que a Corte já firmou linha de orientação acerca desse fenômeno. Noutras palavras, não é necessário que o Tribunal venha a editar uma Súmula para cada espécie de medida abusiva perpetrada pelo Estado. Ao dizer que é inadmissível a interdição de estabelecimento (Súmula 70), a apreensão de mercadorias (Súmula 323), bem como a proibição de aquisição de estampilhas, despacho de mercadorias nas alfândegas e exercício de atividades profissionais (Súmula 547), a mensagem final do Tribunal é clara: *sanções políticas são inadmissíveis*. Bastaria uma única Súmula, com estes exatos dizeres, para transmitir aquilo que o Tribunal, de há muito, vem dizendo de forma fragmentada, em Enunciados pulverizados.

**Revista:** De que tipo de reforma tributária o País necessita?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** Curiosamente, há consenso geral acerca dos princípios a serem adotados para a reforma tributária. Todos acham que se deve: manter descentralização de competências e receitas; preservar o ajuste fiscal do setor público; desonerar exportações, investimentos e emprego; minimizar danos sobre eficiência e competitividade; harmonizar mercado interno e abrir a economia; promover justiça fiscal; simplificar o sistema tributário etc. São estes, basicamente, os pontos pregados em todos os discursos.

<sup>5</sup> Súmula 70 [aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963] — É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323 [aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963] — É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo.

Súmula 547 [aprovada na Sessão Plenária de 03/12/1969] — Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

A divergência ocorre quanto aos caminhos a serem tomados para atingir tais objetivos.

A meu ver, é ilusório e fantasioso qualquer programa de reforma tributária que não ataque diretamente o cerne do problema: a crescente *despesa pública*. Quem prega *redução de carga tributária* divorciada de *redução da despesa* provavelmente acredita também em fadas, duendes e gnomos...

É um problema bem mais econômico que jurídico. O Direito pode regular relações obrigacionais, mas não tem como alterar o curso das leis naturais que regem as ciências especulativas, seja na física, seja na economia.

Por isso mesmo, economistas têm sustentado que lutar pela redução da carga tributária é uma causa perdida. Não estão destituídos de razão. Sob diversos aspectos, o Estado brasileiro realmente não tem como reduzir a despesa pública. Recentemente, o Prof. Stephen Kanitz exibiu os dados: o número de aposentados dobrará em trinta anos, aumentando em 100% nossa maior despesa pública; com o aumento da longevidade, o gasto com saúde pública poderá triplicar etc<sup>6</sup>.

Não obstante, claro é que algumas medidas podem (e devem) ser tomadas nesse sentido. Uma delas (quicá a mais importante) talvez seja o combate à corrupção e moralização nas contas públicas. O problema é que os sucessivos escândalos financeiros envolvendo malversação do dinheiro público não têm sensibilizado devidamente a opinião pública, nem tampouco o eleitor brasileiro.

**Revista:** Como funciona, hoje, a repartição tributária entre os entes da Federação?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** Há basicamente duas modalidades, situadas em ramos distintos da Ciência Jurídica: *repartição de competências tributárias* (matéria do Direito Constitucional Tributário) e *repartição de receitas tributárias* (capítulo do Direito Financeiro). Ambas, contudo, têm como ponto de partida os arts. 1º

<sup>6</sup> Quem acha que os atuais 36% do PIB são o limite máximo de impostos está redondamente enganado. Minha estimativa é a de que nos próximos vinte anos os impostos subirão inexoravelmente para 48% do PIB, e há estimativas muito piores do que a minha por aí. E não é apenas no Brasil, isto é um fenômeno mundial. (KANITZ, Stephen. *Os Impostos vão aumentar*. Disponível em: <www.kanitz.com.br>).

e 18 da Constituição da República, que proclamam o Regime Federativo. Foi assim estruturada a Federação em três pessoas políticas autônomas e independentes entre si (União, Estados e Municípios) que se relacionam em termos de coordenação (e não de subordinação), devendo respeito apenas à Carta Maior.

O problema é que, no terreno prático, temos assistido ao processo de crescente vilipêndio à autonomia de Estados e Municípios. Nossa histórica vocação para o Estado Unitário (do qual, aliás, nos originamos) é cada vez mais nítida.

A concentração de competências e receitas tributárias já deformou sobremaneira o pacto federativo. 69,2% da arrecadação tributária global brasileira está concentrada na União, 26,4% nos Estados e apenas 4,4% nos Municípios. Após as transferências constitucionais de receita, os números são: União (58,4%), Estados (25,2%) e Municípios (16,4%). Não pode haver autonomia política de nenhuma esfera de governo sem autonomia financeira.

Esse é mais um aspecto no qual o Brasil se situa na contramão da história. Em todo o mundo prega-se o fortalecimento de Estados e Municípios — que são as pessoas políticas mais próximas do cidadão (princípio da subsidiariedade).

**Revista:** Quais são as conseqüências desse sistema de repartição?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** O resultado tem sido infernal para o contribuinte, na medida em que, em razão do mesmo fato, da mesma atividade econômica, pessoas políticas distintas se apresentam como credoras da obrigação tributária.

No que tange à tributação sobre o consumo, por exemplo, penso que, ao menos sob a ótica da racionalização e simplificação, ideal seria que o tributo fosse único. Por conseguinte, haveria apenas uma pessoa política competente para sua instituição. No Brasil, temos 5.700 municípios competentes para o ISS, 27 Estados (incluindo o Distrito Federal) competentes para o ICMS e a União Federal competente para o IPI. Além disso, temos as malfadadas “contribuições” da União, incidentes sobre a receita bruta oriunda da venda de mercadorias e serviços: PIS e Cofins. Como se vê, logo de imediato, são cinco tributos incidentes sobre a mesma materialidade, ou seja: as vendas, o consumo.

Cabe observar que nenhuma dessas pessoas políticas pretende abrir mão de nada (seja de suas competências tributárias, seja de suas receitas tributárias). É por esse motivo que, desde 1988, fala-se na necessidade de uma reforma sistemática estrutural — que não foi feita. E não será feita. Para entes federativos que apresentam realidades sociais e econômicas tão diversificadas, equacionar politicamente esses interesses tão antagônicos é virtualmente impossível.

**Revista:** Que sistema seria melhor e por quê?

**Paulo Adyr Dias do Amaral:** Sistema melhor seria o inverso de tudo que temos tido. Desde 1988, estamos a discutir questiúnculas e filigranas. No entanto, precisamos de racionalidade do gasto, de incentivo à produção, de descentralização das empresas, de “fatos geradores” que traduzam efetiva manifestação de riqueza e que antecedam cronologicamente a incidência tributária. Precisamos que o *capital de giro* das empresas financie efetivamente a produção (e não o Estado). Precisamos de uma simplificação e racionalização que encontram obstáculos intransponíveis no atual sistema de repartição de competências.

E por que motivo? Porque somente uma reforma ampla, profunda e estrutural, que enfrente diretamente o problema da despesa, poderá nos tirar da condição colonial na qual estamos mergulhados há quinhentos anos. A não ser assim, passaremos os próximos séculos a discutir a *reforma da reforma*, sucessivamente, até o fim dos tempos... Se sobrevivermos até lá...

- *Causa turpis*

Causa torpe, isto é, causa obrigacional ilícita ou desonesta.

- *Citra petita*

Aquém do solicitado. Expressão forense. O mesmo que *infra petita*. Antônimo: *ultra petita*.

- *Desideratum*

O que se deseja

“Não acompanho o *desideratum* daqueles que querem uma lei regulamentar da aposentadoria forçada dos magistrados.” Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, Livro III, 1.

- *Dies ad quem*

Dia até o qual. Termo forense que se refere ao termo final do prazo.

- *Dies a quo*

Dia a partir do qual. Termo forense, refere-se ao termo inicial do prazo.

- *Errare humanum est*

Errar é humano. Conceito extraído de uma frase de Sêneca, o Filósofo (Questões Naturais, Livro IV, 2) ou, segundo outros, de São Jerônimo (Epístolas, LVII, 22). Às vezes citado com esta cláusula, atribuída a S. Bernardo: *perseverare autem diabolicum*, “mas perseverar é diabólico”.

Teófilo: — Se estiver errado, me corrijam. Quando erro sou o primeiro a reconhecer.

Lídia: — “Teófilo, se você vier com *errare humanum est*, eu solto uma bomba atômica, aqui, agora mesmo. Ou um palavrão.” Pedro Bloch, *Amor a Oito Mãos*, Ato II.

- *Exempli gratia*

Por exemplo. Abreviatura: e.g.

- *Ex officio*

Em função do cargo

“ele via mais garantia para o escravo no recurso *ex officio* ao Poder Moderador de que num segundo júri.” Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, Livro II, 5.

- *Habeas corpus*

Que tenhas o teu corpo. A expressão completa é *habeas corpus ad subjiciendum*, “que tenhas o teu corpo para submetê-lo (à corte de justiça)”, e refere-se à garantia constitucional outorgada em favor de quem sofre ou está na iminência de sofrer coação ou violência.

“La dorme João no chão sem lâ./ Estou sentido: a poucos passos / da cadeira bem ali em frente / e dormirá tempo e luas, / se ruístas alvoroçados / não soltarem pelas quebradas / o latino grito: *habeas corpus*.” Carlos Drummond de Andrade, Aniversário de João Pupini, *Esquecer para Viver*.

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

## INFINITIVO NÃO-FLEXIONADO

Usa-se o infinitivo não-flexionado nos seguintes casos:

- ▶ Quando é impessoal, isto é, quando exprime um fato de modo geral, sem referi-lo a sujeito:

*Morrer* pela pátria é glorioso.

Importa a todos *colaborar* pela causa do bem.

“*Morrer*, se necessário for; *matar*, nunca.” (Cândido Rondon)

- ▶ Se equivaler a um imperativo:

“*Caminhar!* *Caminhar!*... O deserto primeiro, o mar depois...” (Olavo Bilac)

- ▶ Em geral, quando o infinitivo forma oração que complementa substantivos e adjetivos:

Temos a obrigação de *ajudar* nossos pais.

Eles sentiam prazer em *prestar* estes serviços.

Estão dispostos a *tentar* a vida em outro país.

Estão propensos a *concordar*.

“Eles estavam fartos de *ver* aviões cruzar o céu.” (Edi Lima)

“Nós estamos imundamente morrendo do mal de não *ser* portugueses.” (Eça de Queiros)

Flexiona-se, no entanto, o infinitivo da voz reflexiva:

Jogador e técnico estão dispostos a *se reconciliarem*.

Eles são incapazes de *se ajudarem*.

As duas meninas estavam ansiosas de *se conhecerem*.

Na voz passiva, a flexão, neste caso, é opcional:

Não falam ao telefone, como medo de *ser* (ou *serem*) ouvidos.

- ▶ Quando o infinitivo forma locução verbal, ou, em regra, quando tem o mesmo sujeito que o verbo da oração principal:

*Costumamos levantar* cedo desde crianças.

---

\* Retirado da *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa* de Domingos Paschoal Cegalla, 46ª Edição, São Paulo – 2005, Companhia Editora Nacional – págs. 596 a 598.

*Devemos* pelas nossas obras *dar* glória a Deus.

*Podemos*, depois disso, *convidar* amigos e *festejar*.

*Evita prometer* o que não *podes cumprir*.

Não *ousaste sequer encarar* teu ofensor!

Tomaram a resolução de *resistir* até o fim.

*Pretendemos*, se tudo correr bem, *chegar* lá ainda hoje.

“*Queremos*, em nossos reveses, *passar* por infelizes e não por inábeis.” (Aníbal Machado)

“Vidas que *têm* forçosamente de *se entrechocar*.” (Fernando Namora)

► Quando o infinitivo, regido das preposições *a* ou *de*, forma locução com os verbos *estar*, *começar*, *entrar*, *continuar*, *acabar*, *tornar*, *ficar* e outros análogos:

Continuas *a levantar* cedo?

Elas começaram *a rir* de nós.

Eles acabam *de sair*.

Estavam *a preparar* banquete.

Tornastes *a errar*.

Ficamos os dois *a olhar* o mar.

Observação:

O infinitivo sendo reflexivo e vindo distante do verbo auxiliar, é possível a forma flexionada: “Talvez por isso *entraram* os objetos *a trocarem-se*.” (Machado de Assis)

► Se o infinitivo tiver como sujeito um pronome oblíquo com o qual constitua o objeto direto dos verbos *deixar*, *fazer*, *mandar*, *ver*, *ouvir* e *sentir*:

Faça-os *entrar*.

Mande-as *esperar* um pouco.

Vejo-os *sair* de casa.

Ouço-as *falar* e *discutir*.

Senti-os *aproximar-se*.

Observações:

O infinitivo, sendo reflexivo, revestirá, de preferência, a forma flexionada:

“Vi-os *alongarem-se* para mim, cheios de contrição.” (Machado de Assis)

O sujeito do infinitivo sendo um substantivo, é facultativa a flexão para verbos ativos e obrigatória ou pelo menos recomendável, segundo os casos, com os verbos reflexivos:

Impostos elevados fazem os preços *subirem*.

“O vento fazia *ramalhar* as árvores do jardim.” (Alexandre Herculano)

“Viu *desfilarem* uma a uma todas as mulheres fatais.” (Camilo Castelo Branco)

- “E eu vi, assombrado, *aparecerem* soldados romanos...” (Eça de Queirós)
- “Apetece deixar as ervas *crecerem* à nossa volta.” (Fernando Namora)
- “Vilares via os anos *passarem* inalteráveis.” (Amadeu de Queirós)
- “As damas antigamente mandavam os cavaleiros *correr* aventuras.” (Rebello da Silva)
- “Faziam, num átimo, os grãos *saltarem* da espiga.” (Ciro dos Anjos)
- “Chuchu enterrado de manhã bem cedo faz *caírem* verrugas.” (Clarice Lispector)
- “Vi os bustos *inclinarem-se* ainda mais.” (Machado de Assis)
- “Sentia os torrões *se esfarelarem* sob as solas dos sapatos.” (Graciliano Ramos)

# Illusions perdues\*

## Les souffrances de l'inventeur

Honoré de Balzac\*\*

(...)

“Le lendemain de cette conférence, le 30 avril, les frères Cointet firent présenter le premier des trois billets fabriqués par Lucien. Par malheur, l'effet fut remis à la pauvre Mme Séchard qui, en reconnaissant l'imitation de la signature de son mari par Lucien, appela David et lui dit à brûle-pourpoint : — Tu n'as pas signé ce billet ?...”

— Non! lui dit-il. Ton frère était si pressé, qu'il a signé pour moi...

Ève rendit le billet au garçon de caisse de la maison Cointet frères en lui disant : — Nous ne sommes pas en mesure. Puis, en se sentant défaillir, elle monta dans sa chambre, où David la suivit.

Mon ami, dit Ève à Séchard d'une voix mourante, cours chez MM. Cointet, ils auront des égards pour toi ; prie-les d'attendre ; et d'ailleurs fais-leur observer qu'au renouvellement du bail de Cérizet ils te devront mille francs.

David alla sur-le-champ chez ses ennemis. Un prote peut toujours devenir imprimeur, mais il n'y a pas toujours un négociant chez un habile typographe ; aussi David, qui connaissait peu les affaires, resta-t-il court devant le grand Cointet lorsque, après lui avoir, la gorge serrée et le coeur palpitant, assez mal débité ses excuses et formulé sa requête, il en reçut cette réponse : — Ceci ne nous regarde en rien, nous tenons le billet de Métivier, Métivier nous payera. Adressez-vous à M. Métivier.

— Oh ! dit Ève en apprenant cette réponse, du moment où le billet retourne à M. Métivier, nous pouvons être tranquilles.

\*Texto retirado do livro *Illusions perdues*, Editions Gallimard, 1972.

\*\*Escritor Francês, 1799-1850.

# Curso público e gratuito das contas de recâmbio para os que não estão em condições de pagar as suas promissórias\*

“No dia seguinte ao dessa conferência, 30 de abril, os irmãos Cointet mandaram apresentar a primeira das três letras falsificadas por Luciano. Por desgraça, foi o documento entregue à pobre Sra. Séchard que, reconhecendo a imitação da assinatura de seu marido por Luciano, chamou David e disse-lhe à queima-roupa:

— Não assinaste esta letra...

— Não. Teu irmão tinha tanta pressa que assinou por mim...

Eva devolveu a letra ao cobrador da casa Cointet Irmãos, dizendo-lhe:

— Não estamos prevenidos.

Depois, sentindo-se desfalecer, subiu para o quarto, aonde David a seguiu.

— Meu amigo — disse Eva em voz moribunda —, corre à casa dos Srs. Cointet, eles terão consideração contigo; pede-lhes que esperem; de resto, observa-lhes que, na renovação do arrendamento de Cérizet, te deverão mil francos.

David dirigiu-se imediatamente à casa de seus inimigos. Um tipógrafo pode sempre tornar-se impressor, mas nem sempre existe um negociante num hábil tipógrafo: assim, David pouco conhecendo de negócios, ficou confuso perante o Cointet grande, quando depois de lhe apresentar atrapalhadamente as desculpas e formular o pedido, com a garganta apertada e o coração palpitante, recebeu esta resposta:

— Isto não é conosco, foi Métivier quem nos reteu a letra, e Métivier nos pagará. Dirija-se ao Sr. Métivier.

\*Texto retirado do livro *As ilusões perdidas*, traduzido do original em francês *Illusions perdues*, por Mário Quintana, copyright, Editora Abril S.A., Cultural e Industrial, São Paulo, 1978.

Le lendemain, Victor-Ange-Ilermenégilde Doublon, huissier de MM. Cointet, fit le protêt à deux heures, heure où la place du Mûrier est pleine de monde ; et, malgré le soin qu'il eut de causer sur la porte de l'allée avec Marion et Kolb, le protêt n'en fut pas moins connu de tout le commerce d'Angoulême dans la soirée. D'ailleurs, les formes hypocrites de maître Doublon, à qui le grand Cointet avait recommandé les plus grands égards, pouvaient-elles sauver Ève et David de l'ignominie commerciale qui résulte d'une suspension de paiement ? qu'on en juge ! Ici, les longueurs vont paraître trop courtes. Quatre-vingt-dix lecteurs sur cent seront affriolés par les détails suivants comme par la nouveauté la plus piquante. Ainsi sera prouvée encore une fois la vérité de cet axiome :

Il n'y a rien de moins connu que ce que tout le monde doit savoir, LA LOI !

Certes, à l'immense majorité des Français, le mécanisme d'un des rouages de la Banque, bien décrit, offrira l'intérêt d'un chapitre de voyage dans un pays étranger. Lorsqu'un négociant envoie de la ville où il a son établissement un de ses billets à une personne demeurant dans une autre ville, comme David était censé l'avoir fait pour obliger Lucien, il change l'opération si simple, d'un effet souscrit entre négociants de la même ville pour affaires de commerce, en quelque chose qui ressemble à la lettre de change tirée d'une place sur une autre. Ainsi, en prenant les trois effets à Lucien, Métivier était obligé, pour en toucher le montant, de les envoyer à MM. Cointet frères, ses correspondants. De là une première perte pour Lucien, désignée sous le nom de *commissions pour change de place*, et qui s'était traduite par un tant pour cent rabattu sur chaque effet, outre l'escompte. Les effets Séchard avaient donc passé dans la catégorie des affaires de Banque. Vous ne sauriez croire à quel point la qualité de banquier, jointe au titre auguste de créancier, change la condition du débiteur. Ainsi, *en Banque* (saisissez bien cette expression !), dès qu'un effet transmis de la place de Paris à la place d'Angoulême est impayé, les banquiers se doivent à eux-mêmes de s'adresser ce que la loi nomme un *Compte de retour*. Calambour à part, jamais les romanciers n'ont inventé de conte plus invraisemblable que celui-là ; car voici les ingénieuses plaisanteries à la Mascarille qu'un certain article du Code de Commerce autorise, et dont l'explication vous démontrera combien d'atrocités se cachent sous ce mot terrible : *la Légalité* !

— Oh! — disse Eva ao saber dessa resposta —, uma vez que a letra volta ao Sr. Métivier, podemos ficar descansados.

No dia seguinte, Vitor Ângelo Hermenegildo Doublon, oficial de diligências dos Srs. Cointet, fez o protesto às duas horas, no momento em que a praça da Amoreira está cheia de gente, e apesar do cuidado que teve de conversar à porta de entrada com Marion e Kolb, o protesto não era menos sabido por todo o comércio de Angoulême nessa mesma noite. E acaso poderiam as maneiras hipócritas de Doublon, a quem Cointet grande recomendara as maiores considerações, salvar Eva e David da ignomínia comercial que resulta de uma suspensão de pagamento? Imaginem! Aqui as proximidades vão parecer demasiado breves. Noventa por cento dos leitores serão atraídos pelos seguintes pormenores como pela novidade mais picante. Ficará assim mais uma vez provada a verdade deste axioma. Não há nada menos conhecido do que aquilo que todo mundo deve saber, A Lei!

Por certo, para a imensa maioria dos franceses, o mecanismo de uma das engrenagens bancárias, bem descrito, oferecerá o interesse de um capítulo de viagem por um país estrangeiro. Quando um negociante envia da cidade onde tem seu estabelecimento uma das suas letras a uma pessoa residente noutra cidade, como se presumia que fizera David para obsequiar a Luciano, transforma a operação tão simples, de uma letra passada entre negociantes da mesma terra para fins comerciais, em algo parecido com a letra de câmbio sacada de uma praça para outra. Assim, tomando a Luciano as três letras, Métivier era obrigado, para receber-lhes a importância, a remetê-las aos Srs. Cointet Irmãos, seus correspondentes. Daí, uma primeira perda para Luciano, designada sob o nome de *comissão por câmbio de praça* e que se traduzira nuns tantos por cento abatidos em cada letra, fora o desconto. As letras Séchard tinham portanto passado para a categoria dos negócios bancários. Não poderiam imaginar até que ponto a qualidade de banqueiro, a par do título auguste de credor, transforma a condição do devedor! Assim, em *transações bancárias* (notem bem essa expressão) logo que uma letra transmitida da praça de Paris para a praça de Angoulême fica insolúvel, aos banqueiros colocam-se na obrigação de trocar o que a lei denomina um *conta de recâmbio*. Não é por falar em conta, mas na verdade nunca os romancistas inventaram um conto mais inverossímil do que esse; pois eis aqui as engenhosas

Dès que maître Doublon eut fait enregistrer son protêt, il l'apporta lui-même à MM. Cointet frères. L'huissier était en compte avec ces Loups-Cerviers d'Angoulême, et leur faisait un crédit de six mois que le grand Cointet menait à un an par la manière dont il le soldait, tout en disant de mois en mois, à ce sous-Loup-Cervier : — Doublon, vous faut-il de l'argent ? Ce n'est pas tout encore ! Doublon favorisait d'une remise cette puissante maison qui gagnait ainsi quelque chose sur chaque acte, un rien, une misère, un franc cinquante centimes sur un protêt !... Le grand Cointet se mit à son bureau tranquillement, y prit un petit carré de papier timbré de trente-cinq centimes tout en causant avec Doublon de manière à savoir de lui des renseignements sur l'état vrai des commerçants.

— Eh ! bien, êtes-vous content du petit Gannerac ?...

— Il ne va pas mal. Dam ! un roulage...

— Ah ! le fait est qu'il a du tirage ! On m'a dit que sa femme lui causait beaucoup de dépenses...

— A lui ?... s'écria Doublon d'un air narquois.

Et le Loup-Cervier, qui venait d'achever de régler son papier, écrivit en ronde le sinistre intitulé sous lequel il dressa le compte suivant. (*Sic* !)  
**COMPTE DE RETOUR ET FRAIS**

*A un effet de MILLE FRANCS, daté d'Angoulême le dix février mil huit cent vingt-deux, souscrit par SÉCHARD FILS, à l'ordre de LUCIEN CHARDON dit DE RUBEMPRÉ, passé à l'ordre de METIVIER, et à notre ordre, échu le trente avril dernier, protesté par DOUBLON, huissier, le premier mai mil huit cent vingt-deux.*

Principal.....	1,000 00
Protêt.....	12 35
Commission à un demi pour cent.....	5 00
Comission de courtage d'un quart pour cent.....	2 50
Timbre de notre retraite et du présent.....	1 35
Intérêts et ports de lettres.....	3 00
	1,024 20
Change de place à un et un quart cent	
Sur 1,024 20.....	13 25
	1,037 45

Mille trente-sept francs quarante-cinq centimes,

manigâncias à moda de Mascarilho<sup>1</sup> que certo artigo do código comercial autoriza e cuja elucidação lhes demonstrará o que de atrocidades não se oculta sob esta palavra terrível: a *Legalidade*!

Logo que Doublon mandou registrar seu protesto, foi pessoalmente levá-lo aos Srs. Cointet Irmãos. O oficial tinha conta corrente com esses lince de Angoulême, e concedia-lhes um crédito de seis meses que o Cointet grande elevava para uma ano pela sua maneira como saldava, apenas dizendo de mês em mês àquele sub-lince: “Doublon, não precisas de dinheiro?” E ainda não é tudo! Doublon favorecia com desconto aquela poderosa casa, que ganhava assim alguma coisa em cada diligência, um nada, uma miséria, um franco e cinquenta cêntimos por protesto. Cointet sentou-se tranquilamente à secretária, apanhou um papel selado de 35 cêntimos, enquanto conversava com Doublon de modo a informar-se da verdadeira situação dos comerciantes.

— E então, está satisfeito com o Gannerac?

— Ele não vai mal. Pudera! Uma empresa de transportes...

— O fato é que ele tem fôlego! Disseram-me que a mulher lhe dava muitas despesas...

— A ele? — exclamou Doublon com um ar finório.

E o lince, que acabava de ajustar o papel, escreveu em *ronde* o sinistro título sob o qual laçou a conta seguinte (*sic*):

**CONTA DE RECÂMBIO E CUSTAS**

De uma letra de 1.000 francos, datada de Angoulême a 10 de fevereiro de 1822, aceite por Séchard Filho, à ordem de Luciano Chardon, chamado de Rubempré, passada à ordem de Métivier, e à nossa ordem, vencida a 30 de abril p.p., protestada por Doublon, oficial de diligências, a 1° de maio de 1822.

Principal.....	1.000
Protesto.....	12,35
Comissão de meio %.....	5
Comissão do corretor, de um quarto %.....	2,50

<sup>1</sup> Mascarilho: tipo de criado malandro, intrigante e impudico, nas comédias dos séculos XVII e XVIII.

de laquelle somme nous nous remboursions en notre traite à vue sur M. Métivier, rue Serpente, à Paris, à l'ordre de M. Gannerac de l'Houmeau.

Angoulême, le deux mai mil huit cent vingt-deux.

COINTET frères.

Au bas de ce petit mémoire, fait avec toute l'habitude d'un praticien, car il causait toujours avec Doublon, le grand Cointet écrivit la déclaration suivante:

«*Nous soussignés, Postel, maître pharmacien à l'Houmeau, et Gannerac, commissionnaire en roulage, négociants en cette ville, certifions que le change de notre place sur Paris est de un et un quart pour cent.*

»*Angoulême, le trois mai mil huit cent vingt-deux.*»

— Tenez, Doublon, faites-moi le plaisir d'aller chez Postel et chez Gannerac, les prier de me signer cette déclaration, et rapportez-la-moi demain matin.

Et Doublon, au fait de ces instruments de torture, s'en alla, comme s'il se fût agi de la chose la plus simple. Évidemment le protêt aurait été remis, comme à Paris, sous enveloppe, tout Angoulême devait être instruit de l'état malheureux dans lequel étaient les affaires de ce pauvre Séchard. Et de combien d'accusations son apathie ne fut-elle pas l'objet ? les uns le disaient perdu par l'amour excessif qu'il portait à sa femme ; les autres l'accusaient de trop d'affection pour son beau-frère. Et quelles atroces conclusions chacun ne tirait-il pas de ces prémisses ? on ne devait jamais épouser les intérêts de ses proches ! On approuvait la dureté du père Séchard envers son fils, on l'admirait !

Maintenant, vous tous qui, par des raisons quelconques, oubliez de *faire honneur à vos engagements*, examinez bien les procédés parfaitement légaux, par lesquels, en dix minutes, on fait, en Banque, rapporter vingt-huit francs d'intérêt à un capital de mille francs:

Le premier article de ce *Compte de Retour* en est la seule chose incontestable.

Le deuxième article contient la part du Fisc et de l'huissier. Les six francs que perçoit le Domaine en enregistrant le chagrin du débiteur et fournissant le papier timbré, feront vivre l'abus encore pendant longtemps ! Vous savez, d'ailleurs, que cet article donne

Selo do nosso retorno e do presente .....1,35  
Juros e porte de cartas .....3  

---

1.024,20

Câmbio de praça a um e um quarto % sobre o total acima .....13,25  

---

Total .....1.037,45

Mil e trinta e sete francos e quarenta e cinco cêntimos, soma da qual nos reembolsamos em nossa letra à vista contra o Sr. Métivier, rua Serpente, Paris, à ordem do Sr. Gannerac, do Houmeau.

Angoulême, 2 de maio de 1822.

COINTET, Irmãos.

Abaixo dessa pequena conta, extraída com toda a facilidade de um profissional, pois não deixara de falar com Doublon, Cointet escreveu a seguinte declaração:

*Nós abaixo-assinados, Postel, farmacêutico no Houmeau, e Gannerac, comissário de transportes, negociantes nesta cidade, certificamos que o câmbio de nossa praça sobre Paris é de um e um quarto por cento.*

*Angoulême, 3 de maio de 1822.*

— Olha, Doublon, faça-me o favor de ir ao Postel e ao Gannerac, pedir-lhes que assinem esta declaração, e traga-ma amanhã de manhã.

E Doublon, a par daqueles instrumentos de tortura, lá se foi, como se se tratasse da coisa mais simples do mundo. Evidentemente, ainda que o protesto fosse entregue em envelope fechado, como se faz em Paris, toda Angoulême devia estar ciente da infeliz condição em que encontravam os negócios do pobre Séchard. E de quantas acusações não foi alvo a sua apatia ! Uns diziam-no perdido pelo excessivo amor que tinha à mulher; acusavam-no outros de demasiada afeição ao cunhado. E que atrozes conclusões tirava cada qual de tais premissas ! Jamais se devia perfilhar os interesses do próximo ! Aprovavam a dureza do velho Séchard para com o filho, admiravam-no !

Agora, vós todos que, por quaisquer motivos, esqueceis de *honrar os vossos compromissos*, examinai bem os processos, perfeitamente legais, por meio dos quais, em dez minutos, se faz um capital de mil francos render 28 francos de juros:

O primeiro artigo dessa conta de recâmbio é a única coisa incontestável.

un bénéfice d'un franc cinquante centimes au Banquier à cause de la remise faite par Doublon.

La commission d'un demi pour cent, objet du troisième article, est prise sous ce prétexte ingénieux, que ne pas recevoir son paiement équivaut, en Banque, à escompter un effet. Quoique ce soit absolument le contraire, rien de plus semblable que de donner mille francs ou de ne pas les encaisser. Quiconque a présenté des effets à l'escompte, sait, qu'outre les six pour cent dus légalement, l'escompteur prélève, sous l'humble nom de commission, un tant pour cent qui représente les intérêts que lui donne, audessus du taux légal, le génie avec lequel il fait valoir ses fonds. Plus il peut gagner d'argent, plus il vous en demande. Aussi faut-il escompter chez les sots, c'est moins cher. Mais en Banque y a-t-il des sots ?...

La loi oblige le banquier à faire certifier par un Agent de change le taux du change. Dans les Places assez malheureuses pour ne pas avoir de Bourse, l'Agent de change est suppléé par deux négociants. La commission dite de courtage due à l'Agent est fixée à un quart pour cent de la somme exprimée dans l'effet protesté. L'usage s'est introduit de compter cette commission comme donnée aux négociants qui remplacent l'Agent, et le banquier la met tout simplement dans sa caisse. De là le troisième article de ce charmant compte.

Le quatrième article comprend le coût du carré de papier timbré sur lequel est rédigé le *Compte de Retour* et celui du timbre de ce qu'on appelle si ingénieusement la retraite, c'est-à-dire la nouvelle traite tirée par le banquier sur son confrère, pour se rembourser.

Le cinquième article comprend le prix des ports de lettres et les intérêts légaux de la somme pendant tout le temps qu'elle peut manquer dans la caisse du banquier.

Enfin le change de place, l'objet même de la Banque, est ce qu'il en coûte pour se faire payer d'une place à l'autre.

Maintenant épluchez ce compte, où, selon la manière de supputer du Polichinelle de la chanson napolitaine si bien jouée par Lablache, quinze et cinq font vingt-deux! Évidemment la signature de MM. Postel et Gannerac était une affaire de complaisance : les Cointet certifiaient au besoin pour Gannerac ce que Gannerac certifiait pour les Cointet. C'est la mise en

O segundo artigo contém o quinhão do fisco e do oficial de diligências. Os seis francos que o Tesouro percebe, registrando o pesar devedor e fornecendo o papel selado, farão persistir o abuso, ainda por muito tempo. Como aliás já sabeis, esse artigo dá um lucro de um franco e cinquenta cêntimos ao banqueiro, em consequência do desconto feito por Doublon.

A comissão de meio por cento, objeto da terceira verba, é baseada no engenhoso pretexto de que não receber um pagamento equivale, em assuntos bancários, a descontar uma letra. Embora seja absolutamente o contrário, nada é tão semelhante a dar mil francos como não os receber. Quem quer que haja apresentado letras a desconto, sabe que, além dos seis por cento legalmente devidos, o banqueiro percebe, sob o modesto nome de comissão, uns tantos por cento que representam os juros que lhe dá, acima da taxa legal, o gênio com que valoriza os seus fundos. Quanto mais dinheiro pode ganhar, mais exige de vós. Por isso é preciso escolher banqueiro não muito esperto, pois sai mais barato. Mas será que há banqueiros pouco espertos?

A lei obriga o banqueiro a mandar certificar por um agente de câmbio a respectiva taxa. Nas praças assaz desgraçadas para não terem bolsa, é o agente de câmbio substituído por dois negociantes. A comissão chamada de corretagem devida ao agente é fixada em um quarto por cento da soma constante da letra protestada. Estatuiu-se o costume de considerar tal comissão entregue aos comerciantes que substituem o agente, e o banqueiro a guarda sem mais nem menos na sua caixa. Dai o terceiro artigo dessa indizível conta.

O quarto artigo compreende o custo do papel selado em que é redigida a conta de recâmbio e o do selo daquilo que é tão engenhosamente chamado letra *de retorno*, isto é, a nova letra sacada pelo banqueiro contra o seu colega para se reembolsar.

O quinto artigo compreende o preço do porte de cartas e os juros legais durante todo o tempo em que possa faltar na caixa do banqueiro.

Enfim, o câmbio de praça, que constitui o próprio objeto dos negócios bancários, vem a ser o que custa para obter pagamento de uma praça para outra.

Agora, destrinchem essa conta, em que, conforme a maneira de calcular do Polichinelo da canção

pratique de ce proverbe connu, *Passez-moi la rhubarbe, je vous passerai le séné*. MM. Cointet frères, se trouvant en compte courant avec Métivier, n'avaient pas besoin de faire traite. Entre eux, un effet retourné ne produisait qu'une ligne de plus au *crédit* ou au *débit*.

Ce compte fantastique se réduisait donc en réalité à mille francs dus, au protêt de treize francs, et à un demi pour cent d'intérêt pour un mois de retard, en tout peut-être mille dix-huit francs.

Si une grande maison de banque a tous les jours, en moyenne, un *Compte de Retour* sur une valeur de mille francs, elle touche tous les jours vingt-huit francs par la grâce de Dieu et les constitutions de la Banque, royauté formidable inventée par les juifs au XII<sup>e</sup> siècle, et qui domine aujourd'hui les trônes et les peuples. En d'autres termes, mille francs rapportent alors à cette maison vingt-huit francs par jour ou dix mille deux cent vingt francs par an. Triplez la moyenne des *Comptes de Retour*, et vous apercevrez un revenu de trente mille francs, donné par ces capitaux fictifs. Aussi rien de plus amoureusement cultivé que les *Comptes de Retour*. David Séchard serait venu payer son effet, le trois mai, ou le lendemain même du protêt, MM. Cointet frères lui eussent dit : «Nous avons retourné votre effet à M. Métivier !» quand même l'effet se fût encore trouvé sur leur bureau. Le *Compte de Retour* est acquis le soir même du protêt. Ceci, dans le langage de la banque de province, s'appelle : *faire suer les écus*. Les seuls ports de lettres produisent quelque vingt mille francs à la maison Keller qui correspond avec le monde entier, et les *Comptes de Retour* payent la loge aux Italiens, la voiture et la toilette de M<sup>me</sup> la baronne de Nucingen. Le *port de lettre* est un abus d'autant plus effroyable que les banquiers s'occupent de dix affaires semblables en dix lignes d'une lettre. Chose étrange ! le Fisc a sa part dans cette prime arrachée au malheur, et le Trésor Public s'enfle ainsi des infortunes commerciales. Quant à la Banque, elle jette au débiteur, du haut de ses comptoirs cette parole pleine de raison : — Pourquoi n'êtes-vous pas en mesure ? à laquelle malheureusement on ne peut rien répondre. Ainsi le *Compte de Retour* est un conte plein de fictions terribles pour lequel les débiteurs, qui réfléchiront sur cette page instructive, éprouveront désormais un effroi salutaire.

napolitana tão bem interpretada por Lablache,<sup>2</sup> 15 e 5 são 22! Evidentemente, a assinatura dos Srs. Postel e Gannerac era uma questão de complacência: quando necessário, os Cointet certificavam para Gannerac o que Gannerac certificava para os Cointet. Era a realização prática do conhecido provérbio: Uma mão lava a outra. Tendo os Cointet Irmãos conta corrente com Métivier, uma letra devolvida não tinha outro efeito senão uma linha a mais no *deve* ou no *haver*.

Essa conta fantástica reduzia-se pois na verdade aos mil francos devidos, ao protesto de treze francos e a meio por cento de juros por um mês de atraso, talvez uns mil e dezoito francos ao todo.

Se um banco tem todos os dias em média, uma conta de recâmbio sobre o valor de mil francos, percebe diariamente 28 francos por graça de Deus e da constituição bancária, formidável realeza inventada pelos judeus no século XII e que hoje domina os tronos e os povos.

Em outros termos, mil francos rendem então nesse estabelecimento 28 francos por dia ou 10.220 francos por ano. Triplicai a média da contas de recâmbio e encontrareis um rendimento de 30.000 francos, produzido por esses capitais fictícios. Assim, nada mais amorosamente cultivado do que as contas de recâmbio.

Se David Séchard fosse pagar sua letra a 3 de maio, ou mesmo no dia seguinte ao do protesto, os Srs. Cointet Irmãos lhe diriam: “Devolvemos sua letra ao Sr. Métivier”, mesmo que esta se encontra-se sobre a sua secretária. A conta de recâmbio é válida na própria tarde do protesto.

Isto, em linguagem de banco de província, se chama *fazer suar os escudos*. Só o porte de cartas produz uns 20.000 francos à casa Keller,<sup>3</sup> que corresponde com o mundo inteiro; e as contas de recâmbio pagam o camarote da Ópera, a carruagem e a *toilette* da Sra. Baronesa de Nucingen<sup>4</sup>. O porte de cartas é um abuso tanto mais terrível visto que os banqueiros se ocupam de dez negócios semelhantes em dez linhas de uma mesma carta.

<sup>2</sup> *Lablache* (1794-1858): célebre cantor italiano, contratado sucessivamente pelo Teatro San Carlo, de Nápoles, o dos Italianos, de Paris, e a ópera de São Petersburgo.

<sup>3</sup> *A casa keller*: ver a nota 265 da 2ª Parte.

<sup>4</sup> *A Sra. Baronesa de Nucingen*: ver a nota 17 da 2ª Parte.

Le quatre mai, Métivier reçut de MM. Cointet frères le *Compte de Retour* avec un ordre de poursuivre à outrance à Paris M. Lucien Chardon dit de Rubempré.”

(...)

Coisa estranha! O fisco tem o seu nessa taxa arrancada à desgraça, e o Tesouro Público assim se locupleta com infortúnios comerciais. Quanto ao banco, lança ao devedor, do alto do seu balcão, esta frase cheia de bom-senso: “Por que não se achava prevenido?” e à qual o desgraçado nada pode retrucar. Destarte, a conta de recâmbio é um conto cheio de terríveis peripécias, pelo qual os devedores que refletirem sobre esta instrutiva página sentirão doravante um salutar terror.

A 4 de maio, Métivier recebeu dos Srs. Cointet Irmãos a conta de recâmbio, com ordem de perseguir sem trégua em Paris o Sr. Luciano Chardon, conhecido por de Rubempré.”

# O Estado do Bem-Estar Social além do regime geral e dos regimes próprios de previdência: benefícios especiais ou benefícios de legislação especial

Roberto Luis Luchi Demo\*

## 1. Prolegômenos

No Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State* (aqui compreendido como mobilização do aparelho de Estado a fim de viabilizar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população) brasileiro, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, a fim de garantir os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194, *caput*, da CF/1988), podendo ser considerada, em última análise, uma das estruturas que permite a concretização dos objetivos fundamentais da República positivados no art. 3º da CF/1988, entre os quais construir uma sociedade justa e solidária e promover o bem de todos.

A previdência social, enquanto subsistema da seguridade social que viabiliza meios de manutenção diante de algumas contingências da vida, é composta pelo regime geral de previdência social – RGPS (Lei 8.213/1991) e pelos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos civis (Lei 8.112/1990) e dos militares (Lei 6.880/1980). Há, entretanto, os benefícios especiais a esses regimes de previdência (na legislação previdenciária do RGPS são denominados “benefícios de legislação especial” – vide, ilustrativamente, o art. 189 do Decreto 3.048/1999 - RPS), que foram criados para conceder prerrogativas a algumas categorias profissionais (ex: jornalista profissional, jogador de futebol, aeronauta, juiz classista e ferroviário), bem como para atender a demandas sociais ou individuais de projeção social geradas por fatos extraordinários de repercussão nacional (ex: a ditadura militar, a Segunda Guerra Mundial, o isolamento sistemático dos portadores de hanseníase, o acidente com césio 137 em Goiânia e as deficiências físicas provocadas pelo uso do medicamento conhecido como Talidomida).

Esses benefícios especiais, que transitam entre o direito previdenciário e o direito administrativo, representam pouco na pletera de ações judiciais que pululam nos tribunais, especialmente da Justiça Federal e particularmente dos Juizados Especiais Federais. Nem por isso vamos deixá-los passar em brancas nuvens. Pelo contrário: vamos abordá-los aqui, sob a perspectiva legislativa e jurisprudencial, a fim de permitir uma visão panorâmica desses benefícios, com as linhas gerais de algumas teses e interpretações relacionadas a eles, até porque não se pode olvidar a importância histórica de muitos (ex: a pensão especial concedida pela Lei 11.520/2007 aos portadores de hanseníase e a sucessiva ampliação da anistia política), polêmicas antigas (ex: sobre a lei que rege a reversão da pensão especial de ex-combatente e sobre o direito do beneficiário que possuiu complementação de aposentadoria pleitear a revisão de seu benefício previdenciário) e, finalmente, polêmicas recentes (ex: a concessão de anistia política *post mortem* a Carlos Lamarca em julho de 2007).

## 2. O art. 148 da Lei 8.213/1991

O art. 148 da Lei 8.213/1991 tinha a seguinte redação originária: “Reger-se-á pela respectiva legislação específica a aposentadoria do aeronauta, do jornalista profissional, do ex-combatente e do jogador profissional de futebol, até que sejam revistas pelo Congresso Nacional”. A MP 1.523/1996, convertida na Lei 9.528/1997, revogou o mencionado artigo e as legislações específicas (art. 15), de modo que estes benefícios previdenciários especiais deixaram de existir, submetendo-se, a partir da referida medida provisória, às regras da Lei 8.213/1991, vale dizer, foram incluídos no regime geral de previdência social – RGPS, exceto aqueles referentes ao ex-combatente, os quais continuam ressaltados no art. 149 da Lei 8.213/1991 e serão analisados no tópico seguinte.

\*Juiz Federal Substituto em Brasília-DF.

De se registrar, outrossim, a garantia do direito adquirido em relação aos benefícios revogados. Desse modo, convém seu estudo, seja porque, ainda hoje, poderá ser requerido um desses benefícios especiais ou a conversão de benefícios comuns do RGPS em um desses benefícios especiais, bem assim porque há benefícios desta natureza em manutenção no INSS.

## 2.1. Aeronauta

---

Aeronauta é o profissional que, habilitado pelo Ministério da Aeronáutica, exerce função remunerada a bordo de aeronave civil nacional, por exemplo: comandante, co-piloto, mecânico de voo, navegador, radioperador de voo e comissário. Também é considerado aeronauta quem exerce as referidas atividades a bordo de aeronave estrangeira em virtude de contrato de trabalho regido pelas leis brasileiras.

A aposentadoria especial de aeronauta regisse, num primeiro momento, exclusivamente pela Lei 3.501/1958, que previa duas espécies no seu art. 4º: [i] por invalidez, à razão de 1/30 por ano de serviço, com o mínimo de 70% de salário de benefício, satisfeito o período de carência de 12 meses consecutivos de contribuições; e [ii] por tempo de serviço, com mais de 25 anos de serviço e desde que haja o segurado completado 45 anos de idade, com remuneração equivalente a tantas trigésimas quintas partes do salário, até 35, quantos forem os anos de serviço, valendo salientar que o requisito da idade mínima foi revogado tacitamente pela Lei 4.263/1963<sup>1</sup>. O cálculo do salário de benefício estava previsto no art. 5º.

Num segundo momento, o Decreto-lei 158/1967, revogando a legislação anterior (art. 7º), dispôs diversamente sobre a matéria, limitando a aposentadoria especial do aeronauta, a ser concedida somente por tempo de serviço ao segurado que, contando no mínimo 45 (quarenta e cinco) anos de idade, tenha completado 25 (vinte e cinco) anos de serviço (art. 3º), de modo que, a partir da sua vigência, a aposentadoria por invalidez do aeronauta passou para o RGPS. O referido decreto-lei inovou também ao tratar do auxílio-doença para o aeronauta (art. 4º). Aqui, quatro considerações. Primeira: em ambos os benefícios se aplicam subsidiariamente as

regras gerais do RGPS (art. 1º) vigentes à época da aquisição do direito, inclusive no tocante ao cálculo do salário-de-benefício e carência. Segunda: o art. 148 da Lei 8.213/1991 somente ressalvou a aposentadoria especial de aeronauta, de modo que a partir de sua vigência, o auxílio-doença do aeronauta também passou para o RGPS. Terceira: ocorre a perda do direito aos benefícios deste decreto-lei àqueles que, voluntariamente, afastarem-se do voo por período superior a 2 anos consecutivos (art. 6º). Quarta: a partir da MP 1.523/1996, convertida na Lei 9.528/1997, que revogou o art. 148 da Lei 8.213/1991, a aposentadoria do aeronauta finalmente passou para o RGPS, muito embora o art. 190, parágrafo único, do Decreto 3.048/1999, disponha, de maneira mais favorável ao segurado, no sentido de que a aposentadoria especial do aeronauta nos moldes do Decreto-lei 158/1967 somente foi extinta a partir de 16 de dezembro de 1998, por força da EC 20/1998.

Cumpra referir que somente conta como tempo de serviço para efeito de aposentadoria especial de aeronauta: [i] o tempo de efetivo exercício em atividades de voo prestado contínua ou descontinuamente; e [ii] o tempo de percepção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, desde que concedidos como consequência da atividade de aeronauta, incluindo o acidente de trabalho e equiparados. Portanto, o tempo de serviço em atividades estranhas ao serviço de voo, mesmo que enquadradas como atividade especial (insalubres, penosas ou perigosas), não entram na referida contagem. Outrossim, o aeronauta podia requerer, ao invés da aposentadoria especial de aeronauta prevista na legislação específica, a aposentadoria especial prevista no RGPS (atualmente, art. 57 da Lei 8.213/1991). Finalmente, o aeronauta podia e pode somar o tempo de serviço prestado como aeronauta, mediante contagem ponderada — pois se tratava de atividade especial (v.g.: código 2.4.3 do Anexo II ao Decreto 83.080/1979) —, a outros tempos de serviço para efeito da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição do RGPS (art. 52 da Lei 8.213/1991).

## 2.2. Jornalista profissional

---

A aposentadoria especial de jornalista profissional regisse pela Lei 3.529/1959, limitando-se à aposentadoria por tempo de serviço, concedida com remuneração integral àqueles que completassem 30 anos de exercício em atividades de jornalista profissio-

<sup>1</sup> TRF 4ª Região, AC 9604548549, Luiz Carlos de Castro Lugon, 6ª T, DJ 31/05/2000.

nal (art. 1º), com prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho, quando provisionados (leia-se: que exerciam a profissão mediante relação de emprego antes da regulamentação da profissão ou em cidades onde não existisse curso de jornalismo), ou no órgão de classe, quando autônomo (art. 3º; vide também art. 4º do Decreto-lei 972/1969). Outrossim, não pode servir de termo inicial do cômputo do prazo previsto no art. 1º da Lei 3.529/1959, o registro a que alude o seu art. 3º, bastando sua efetivação a qualquer tempo para contar o tempo de serviço desde o seu efetivo início para fins de aposentadoria especial de jornalista<sup>2</sup>.

As atividades de jornalista são as seguintes: busca ou documentação de informações inclusive fotograficamente; redação de matéria a ser publicada, contenha ou não comentários; revisão de matéria quando já composta tipograficamente; ilustração por desenho ou por outro meio de que for publicado; recepção radiotelegráfica e telefônica de noticiário nas redações de empresas jornalísticas; organização e conservação cultural e técnica do arquivo redatorial; e organização, orientação e direção de todos esses trabalhos e serviços<sup>3</sup> (art. 2º; vide também arts. 2º e 6º do Decreto-lei 972/1969).

A partir da MP 1.523/1996, convertida na Lei 9.528/1997, que revogou o art. 148 da Lei 8.213/1991 e a Lei 3.529/1959, a aposentadoria do jornalista profissional finalmente passou para o RGPS, o que é corroborado pelo art. 190, *caput*, do Decreto 3.048/1999. Desse modo, se o jornalista iniciou seu trabalho antes da referida medida provisória, mas não preencheu os requisitos necessários para a aposentadoria especial nos termos da legislação específica, esse tempo de serviço é contado sem qualquer índice de conversão (leia-se: sem contagem ponderada) para efeito da aposentadoria regida pela Lei 8.213/1991<sup>4</sup>. De outra parte, considerando que o estatuto legal da aposentação é o vigente ao tempo da aquisição do direito subjetivo ao benefício, na hipótese de o jornalista ter preenchido todos os requisitos necessários à aposentadoria especial

antes da MP 1.523/1996 e eventualmente o INSS ter concedido aposentadoria comum nos termos da Lei 8.213/1991, ele tem direito à conversão da aposentadoria comum em especial, com recálculo da renda mensal inicial, mercê do direito adquirido<sup>5</sup>.

## 2.3. Jogador profissional de futebol

Considera-se jogador profissional de futebol aquele que pratica essa modalidade de esporte com remuneração e vínculo empregatício, em associação desportiva integrada no Sistema Desportivo Nacional, o que pode ser comprovado mediante anotação na CTPS de atleta profissional de futebol ou registro do contrato nas entidades desportivas (vide Lei 6.354/1976). Impende salientar que muito embora os jogadores de futebol tenham sido enquadrados como celetistas somente a partir da Lei 6.354/1976, já detinham a condição de segurado obrigatório da Previdência Social na vigência da LOPS (Lei 3.807/1960), em razão do exercício de atividade remunerada, podendo contar o referido tempo para fins de obtenção de benefícios previdenciários<sup>6</sup>.

Este segurado tinha os benefícios previdenciários disciplinados pelas normas do RGPS, inclusive no tocante ao salário-de-benefício, salvo nos casos em que, em virtude do desempenho posterior de atividades de menor remuneração, resultasse salário-de-benefício desvantajoso em relação ao período de atividade como jogador profissional de futebol, quando passava a ser calculado nos termos do art. 1º da Lei 5.939/1973 (média ponderada entre o salário-de-contribuição apurado na época do evento, conforme as normas do RGPS, e o salário-de-contribuição correspondente ao período de exercício da atividade de jogador profissional de futebol).

Portanto, os benefícios previdenciários do jogador profissional de futebol diferem dos demais do RGPS tão-somente em relação ao cálculo do salário-de-benefício (base de cálculo da RMI). A partir da MP 1.523/1996, convertida na Lei 9.528/1997, que revogou o art. 148 da Lei 8.213/1991 e a Lei 5.939/1973, a apo-

<sup>2</sup> TRF 1ª Região, AC 199933000115358, Jirair Aram Meguerian, 2ª T, DJ 31/03/2004 e TRF 4ª Região, AC 200304010089616, João Batista Pinto Silveira, 6ª T, DJ 06/07/2007

<sup>3</sup> "O diretor comercial de empresa jornalística pode ser considerado jornalista profissional, para fins de aposentadoria previdenciária" (TRF 4ª Região, AC 9004105166, Silvio Dobrowolski, 3ª T, DJ 30/10/1991)

<sup>4</sup> TRF 4ª Região, AC 199904010121956, Ana Paula de Bortoli, 5ª T, DJ 29/05/2002

<sup>5</sup> TRF 1ª Região, AC 199901000841948, Antonio Claudio Macedo da Silva, 1ª T Suplementar, DJ 25/03/2004

<sup>6</sup> TRF 1ª Região, AC 199701000043177, Tourinho Neto, 2ª T, DJ 01/08/2003

sentadoria do jogador profissional de futebol finalmente passou para o RGPS, o que é corroborado pelo art. 190, *caput*, do Decreto 3.048/1999, valendo aqui também o que se disse acima, para o jornalista profissional, a propósito do direito adquirido.

### 3. O art. 149 da Lei 8.213/1991

O art. 149 da Lei 8.213/1991, cuja redação original ainda se encontra em vigor, determina que os benefícios previdenciários de ex-combatente e de ferroviário servidor público continuam sendo objeto de legislação específica. Desse modo, as regras a seguir estudadas referentes a estes benefícios especiais são ainda válidas.

#### 3.1. Ex-combatente

Da participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial surgiram dois benefícios especiais: ao ex-combatente, ora analisado, e ao seringueiro ou “soldado da borracha”, a ser analisado posteriormente. O art. 149 da Lei 8.213/1991 estabelece que os benefícios de ex-combatente continuam sendo regidos pela legislação específica. Nesse passo, impende ressaltar que a maioria dos países que entraram em guerra externa ofereceram benefícios especiais aos seus ex-combatentes e respectivos dependentes. Assim, o Brasil editou uma série de leis criando benefícios especiais de variadas ordens aos ex-combatentes, tais como prioridade de matrícula dos filhos, facilitação de aquisição de imóvel, acesso a cargos públicos independente de concurso público, prerrogativas no regime de previdência social e pensão especial. Desse modo, convém fazer um apanhado histórico-normativo sobre o tema, limitado ao aspecto previdenciário e à pensão especial.

Inicialmente, foi editada a Lei 288/1948, definindo como ex-combatente os servidores públicos civis e militares que tenham servido no teatro de operações da Itália ou cumprido missões de patrulhamento de guerra em qualquer outro teatro de operações definidas pelo Ministério respectivo. Esta lei concedia aos ex-combatentes aposentadoria integral com proventos idênticos aos vencimentos do posto/categoria imediatamente acima, para qual seriam promovidos no momento da aposentação (arts. 1º e 5º). Interessante anotar que esta lei estendeu esse mesmo regime jurídico-previdenciário especial para quem participou da

Primeira Guerra Mundial, na Missão Médica que o Brasil enviou à França, em caráter militar, com direito a receber os vencimentos correspondentes ao posto da promoção (art. 6º).

Sobreveio a Lei 1.756/1952, que estendia o conceito de ex-combatente ao pessoal da Marinha Mercante Nacional que, a partir de 22 de março de 1941, durante a Segunda Guerra Mundial, tenha participado ao menos de duas viagens na zona de ataques submarinos, bem assim determinava que sua aposentadoria seria calculada com base nos vencimentos do posto ou categoria superior ao do momento (art. 1º)<sup>7</sup>.

Depois, foi editada a Lei 2.579/1955, concedendo amparo (na forma de aposentadoria ou reforma, nos termos da Lei 288/1948) ao ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira – FEB, julgado inválido ou incapaz definitivamente para o serviço militar. A razão determinante desse benefício foi amparar aqueles brasileiros que, durante a Segunda Guerra Mundial, integraram a FEB e que, mesmo não mais vinculados à respectiva Força Armada, mereceram especial tratamento na hipótese de serem portadores de doença incapacitante e sem condição de suprir a própria subsistência<sup>8</sup>. O benefício instituído pela Lei 2.579/1955 não poderia ser cumulado com qualquer outro provento de reforma ou aposentadoria, cabendo, porém, ao beneficiado pelo art. 5º da Lei 288/1948, o direito de opção (art. 3º).

Posteriormente, o art. 30 da Lei 4.242/1963 concedeu aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, da FEB, da FAB e da Marinha, que participaram ativamente das operações de guerra e se encontravam incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência e não percebessem qualquer importância dos cofres públicos, bem como a seus herdeiros, pensão igual à estipulada no art. 26 da Lei 3.765/1960, ou seja, pensão correspondente a deixada por segundo-sargento. Esta foi a primeira lei que estabeleceu uma pensão especial ao ex-combatente da Segunda Guerra

<sup>7</sup> *Previdenciário. Revisão de proventos de aposentadoria. Ex-combatente da Marinha mercante.* Provado que o autor, marítimo e ex-combatente, ocupava o posto de primeiro condutor-motorista à época de sua aposentadoria, tem direito à revisão dos seus proventos, no nível de terceiro maquinista. Apelação improvida.” (ex-TFR, AC 0118640, 3ª T, Assis Toledo, DJ 26/11/1987)

<sup>8</sup> “A Lei 2.579/1955, somente ampara o ex-combatente que tenha servido no teatro de operações bélicas da Itália” (Súmula 104/ex-TFR)

Mundial, sendo que esse benefício não podia ser cumulado com qualquer benefício previdenciário.

Em seguida, foi editada a Lei 4.297/1963, definindo ex-combatente como aquele que tenha servido no teatro de operações da Itália, no período de 1944 - 1945, ou que tenha integrado a Força Aérea Brasileira ou a Marinha de Guerra ou a Marinha Mercante e tendo nestas últimas participado de comboios e patrulhamento. Esta lei concedia ao ex-combatente segurado, após 25 anos de serviço, aposentadoria igual à média dos 12 últimos salários percebidos, desde que haja pelo menos 36 meses de contribuições sobre o salário integral (art. 1º), bem assim ao ex-combatente aposentado reajuste dos seus proventos igual ao salário integral que teria, se permanecesse em atividade (art. 2º).

Por sua vez, a CF/1967 tratou da questão no seu art. 178, prevendo aposentadoria integral, aos 25 anos de serviço, para o ex-combatente servidor público e para o ex-combatente vinculado ao RGPS (alíneas “c” e “d”, respectivamente, posteriormente deslocadas para o art. 197, alínea “c”, por força da EC 1/1969), no que foi regulamentada pela Lei 5.315/1967 e pela Lei 5.698/1971. A definição de ex-combatente foi ampliada, passando então a abranger: [i] todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente (art. 1º, *caput*, Lei 5.315/1967); [ii] o integrante da Marinha Mercante Nacional que, entre 22 de março de 1941 e 8 de maio de 1945, tenha participado de pelo menos duas viagens em zona de ataques submarinos (art. 2º, *caput*, da Lei 5.698/1971); e [iii] os pilotos civis que, no mesmo período, tenham comprovadamente participado, por solicitação de autoridade militar, de patrulhamento, busca, vigilância, localização de navios torpedeados e assistência aos naufragos (art. 2º, parágrafo único, da Lei 5.698/1971).

Em relação ao ex-combatente servidor público, a Lei 5.315/1967, que se aplica exclusivamente aos servidores públicos civis (e não aos militares, já que estes não se enquadram no conceito de ex-combatentes), excepciona a aplicação do regime previdenciário próprio, somente no que pertine à aposentadoria com pro-

ventos integrais aos 25 anos de tempo de serviço (art. 7º).

Para o ex-combatente vinculado ao RGPS, a Lei 5.698/1971 determina a aplicação das regras do RGPS, salvo a redução do tempo para aquisição do direito à aposentadoria por tempo de serviço ou ao abono de permanência em serviço, que passa então a ser de 25 anos, bem assim a RMI do auxílio-doença e da aposentadoria de qualquer espécie, que será igual a 100% do salário-de-benefício (art. 1º). Para aqueles que já estão em benefício, é assegurada a revisão da RMI nestes termos (art. 3º). A propósito do reajuste dos benefícios concedidos a ex-combatentes vinculados ao RGPS, há de se fazer duas distinções. Se o benefício foi concedido após a Lei 5.698/1971, é fora de dúvida, considerado o seu art. 1º, que o reajuste observará os índices aplicáveis aos benefícios de prestação continuada da previdência social. Já para os benefícios concedidos na vigência da Lei 1.756/1952 ou da Lei 4.297/1963, por expressa determinação do art. 2º desta última, o reajuste deve observar a alteração do salário que o segurado estaria recebendo se permanecesse em atividade, até o teto estabelecido no art. 5º da Lei 5.698/1971 (10 salários mínimos), inclusive após a edição do Decreto 2.172/1997 que em seu art. 263, §2º, determinou ilegitimamente a aplicação dos índices da previdência social (ilegitimidade que se repetiu no art. 189 do Decreto 3.048/1999), até porque decreto não tem virtude jurídica bastante para revogar o art. 2º da Lei 4.297/1963 c/c art. 5º da Lei 5.698/1971<sup>9</sup>.

A Lei 6.592/1978 concedeu outra pensão especial ao ex-combatente, em moldes diversos daquela estabelecida pelo art. 30 da Lei 4.242/1963: era devida

<sup>9</sup>Nesse sentido: “Na hipótese da pensão de ex-combatente ser concedida sob a égide da Lei 4.297/1963, que previa o reajuste do benefício com base no salário integral, os proventos devem ser reajustados de acordo com tal norma, em virtude da situação jurídica já consolidada.” (STJ, REsp 621387, Felix Fischer, 5ª T, DJ 18/06/2007) e “Esta Corte já firmou o entendimento de que o ex-combatente que preencheu os requisitos na vigência da Lei 4.297/1963, deve ter seus proventos iniciais calculados em valor correspondente ao de sua remuneração à época da inativação e reajustados conforme preceitua a referida lei, com a ressalva de que os posteriores reajustamentos, ocorridos a partir da Lei 5.698/1971, não incidam sobre parcela superior a dez vezes o maior salário mínimo mensal vigente (art. 6º)” (STJ, REsp 577067, Paulo Gallotti, 6ª T, DJ 19/12/2005). No mesmo sentido: TRF 1ª Região, AC 200101000391520, Aloisio Palmeira Lima, 1ª T, DJ 10/05/2002 e TRF 4ª Região, REO 200071010027663, Décio José da Silva, 6ª T, DJ 03/08/2005.

no valor de dois e meio salários mínimos e ampliava o conceito de ex-combatente, aplicando o disposto na Lei 5.315/1967 que enquadrava como ex-combatente também o pessoal da Marinha Mercante e outros que, embora não tenham ido ao teatro de guerra, participaram de missões de vigilância, segurança e patrulha — o art. 30 da Lei 4.242/1963 considerava ex-combatente somente os que participaram ativamente das operações de guerra. Mantinha, porém, o requisito de miserabilidade para a concessão da pensão especial (art. 1º) e a condição de não ser cumulada com quaisquer rendimentos obtidos dos cofres públicos, inclusive benefício previdenciário (art. 2º).

Finalmente, veio a lume o art. 53 do ADCT/1988, assegurando ao ex-combatente que efetivamente tenha participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei 5.315/1967, os seguintes direitos, no que importa ao presente trabalho: pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção (inc. II)<sup>10</sup>; em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior (inc. III); e aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico previdenciário (inc. V). O parágrafo único enfatiza que a concessão da pensão especial do inciso II substitui, para todos os efeitos legais, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente. A referida pensão especial foi regulada pela Lei 8.059/1990.

Nesse passo, faço cinco observações.

Primeira. Sobre o conceito de ex-combatente, impende salientar que o STJ possuía entendimento firmado no sentido de que, nos termos do art. 1º da Lei 5.315/1967, esse conceito somente abrangia aqueles que efetivamente tiveram participação em operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, ou seja, aqueles

que tenham integrado a Força Expedicionária Brasileira – FEB, servindo no teatro de operações de guerra na Itália, os quais totalizavam pouco mais de 23 mil brasileiros consagrados pelo nome carinhoso de “pracinhas”. Posteriormente, o STJ alargou o conceito para abranger também aqueles que tenham efetivamente participado de missões de vigilância e segurança no litoral brasileiro, como integrantes da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento dessas missões<sup>11</sup>. Porém, se o ex-militar não participou efetivamente da Segunda Guerra Mundial no teatro de operações da Itália, tampouco cumpriu missões de vigilância e segurança no litoral brasileiro, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento dessas missões, estando apenas nas fileiras das Forças Armadas quando o Brasil entrou na Segunda Guerra Mundial, ainda que o serviço militar tenha sido prestado em Zona de Guerra, ele não se enquadra no conceito de ex-combatente<sup>12</sup>.

Segunda. A aposentadoria com proventos integrais aos 25 anos de serviço, prevista em nosso ordenamento jurídico desde a Lei 4.297/1963 e atualmente disposta no art. 53, V, do ADCT/1988, se dá em qualquer regime previdenciário (leia-se: RGPS e regimes próprios de servidores públicos), sendo que os proventos integrais são calculados nos termos da legislação previdenciária vigente à época da aquisição do direito à aposentadoria, não guardando necessária correspondência com o valor integral da última remuneração do aposentado na ativa, especialmente no RGPS<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> *Pensão especial. Ex-combatente.* Ex-combatente para efeito de concessão da pensão especial é também aquele militar que à época (16 de setembro de 1942 a 8 de maio de 1945) foi deslocado de sua unidade para fazer o patrulhamento da costa em defesa do litoral brasileiro. Embargos rejeitados. (STJ, EREsp 255376, Fontes de Alencar, Terceira Seção, DJ 12/05/2003). No mesmo sentido: STJ, AR 1.073, Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 06/08/2007

<sup>12</sup> Nesse sentido: “Considera-se ex-combatente da Aeronáutica, aquele que participou de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, ou seja, possuidor do diploma da Medalha de Campanha da Itália ou, ainda, do diploma da Cruz de Aviação, para os tripulantes de aeronaves engajados em missões de patrulha. Neste contexto, para os integrantes da Aeronáutica, a certidão de serviço militar em participação em zona de guerra não autoriza a concessão da pensão especial.” (STJ, AgRg no REsp 798.063, Gilson Dipp, 5ª T, DJ 08/05/2006)

<sup>13</sup> Nesse sentido: “A aposentadoria assegurada no art. 197, letra “c”, da Constituição Federal, aos ex-combatentes, submete-se, quanto ao cálculo dos proventos, aos critérios da legislação previdenciária, ressalvada a situação daqueles que, na vigência da Lei 4.297, de

<sup>10</sup> Para os integrantes da Marinha Mercante enquadrarem-se no conceito de ex-combatente previsto no art. 53 do ADCT/1988 e na Lei 5.315/1967, exige-se tenham participado de, no mínimo, duas viagens em zonas de ataques submarinos, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei 5.698/1971. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 668328, Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, DJ 21/05/2007 e STJ, AgRg no REsp 853041, Gilson Dipp, 5ª T, DJ 16/10/2006

Terceira. Existem três pensões especiais de ex-combatente: uma disposta no art. 30 da Lei 4.242/1963, que remete à Lei 3.765/1960; outra estabelecida na Lei 6.592/1978; e a terceira estatuida pelo art. 53, incs. II e III, do ADCT/1988, regulada pela Lei 8.059/1990. O âmbito de incidência de cada uma delas é *a priori* diverso mas com pontos de coincidência, assim como é diverso o regime jurídico de cada uma delas, inclusive no que se refere à possibilidade de cumulação com benefício previdenciário (as pensões especiais do art. 30 da Lei 4.242/1963 e da Lei 6.592/1978 não são cumuláveis com benefícios previdenciários; já a pensão especial do art. 53, incs. II e III, do ADCT/1988, permite essa cumulação) e ao valor mensal (a pensão especial do art. 30 da Lei 4.242/1963 corresponde à pensão deixada por segundo-sargento; a pensão especial da Lei 6.592/1978 corresponde a dois e meio salários mínimos; e a pensão especial do art. 53, incs. II e III, do ADCT/1988 corresponde à pensão deixada por segundo-tenente). Outrossim, o art. 17 da Lei 8.059/1990 ressalva que os pensionistas beneficiados pelo art. 30 da Lei 4.242/1963, que não se enquadrarem entre os beneficiários da pensão especial de que trata a nova lei, continuarão a receber os benefícios assegurados pelo

---

1963, preencheram as condições nela previstas” (Súmula 84/ex-TFR). Também: “*Previdência social. Ex-combatente*. O art. 197, “c”, da Constituição Federal, assegura proventos integrais ao ex-combatente que se aposente com vinte e cinco anos de serviço, mas não cuida da base de cálculo dos proventos, matéria a ser definida pela lei ordinária. Os proventos integrais garantidos a ex-combatente são, pois, os estabelecidos como tais pela legislação previdenciária. Recurso extraordinário não conhecido (STF, RE 88891, Leitão de Abreu, Pleno, DJ 10/08/1979) e “*Mandado de segurança. Ex-combatente. Aposentadoria previdenciária. Proventos integrais. Ato das disposições transitórias da Constituição Federal de 1988, art. 53, inciso V. Lei 4.297/1963*. 1. Prestada jurisdição para os exatos fins em que postulada, isto é, cálculo dos proventos de inatividade a partir da remuneração integral recebida na ativa, não se há cuidar de ocorrência de vício de julgamento *extra petita*. Questão preliminar rejeitada. 2. A norma inscrita no inciso V do art. 53 do ato das disposições transitórias da Constituição Federal de 1988, ao assegurar ao ex-combatente aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço, reproduz, em substância, semelhante preceito inscrito no art. 197, alínea “c”, da Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, se lhe sendo, por isso mesmo, aplicável o mesmo princípio enunciado na Súmula 84 da jurisprudência dominante no extinto Tribunal Federal de Recursos, sobre submissa, no cálculo dos mesmos, aos critérios da legislação previdenciária. 3. Inexistência no caso, outrossim, de prova quanto ao cumprimento dos requisitos necessários à aposentação nos termos da Lei 4.297, de 23 de dezembro de 1963, revogada pela Lei 5.698, de 31 de agosto de 1971. 4. Recurso de apelação e remessa oficial a que se dá provimento.” (TRF 1ª Região, AMS 200001000054582, Carlos Moreira Alves, 2ª T, DJ 11/11/2004)

citado artigo, até que se extingam pela perda do direito. De se registrar ainda que, nos termos do art. 20 da Lei 8.059/1990, “Mediante requerimento do interessado, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente ou dependente que preencha os requisitos poderá ser substituída pela pensão especial de que trata esta lei, para todos os efeitos”. Desse modo, a equiparação da pensão de segundo-sargento à de segundo-tenente, bem assim a cumulação da pensão especial com benefício previdenciário, somente é possível se o beneficiário atender aos requisitos exigidos pela Lei 8.059/1990, nos termos do seu art. 20, entre eles, sua condição de dependente sob o novo regime<sup>14</sup>.

Quarta. Ainda sobre as pensões especiais de ex-combatente, impende salientar que a pensão especial da Lei 6.592/1978 era intransferível (art. 2º). Já a pensão especial disposta no art. 30 da Lei 4.242/1963 podia ser revertida aos dependentes do ex-combatente arrolados no art. 7º da Lei 3.765/1960, que teve sua redação alterada pela Lei 8.216/1991 e posteriormente pela MP 2.215-10/2001. Por sua vez, a pensão especial do art. 53, incs. II e III, do ADCT/1988, pode ser revertida aos dependentes arrolados no art. 5º da Lei 8.059/1990. Uma questão que gera bastante polêmica é sobre a reversão da pensão especial do art. 30 da Lei 4.242/1963 para as filhas do ex-combatente, especialmente após a morte da esposa do ex-combatente que vinha até então recebendo essa pensão especial. Sobre o tema, o STF já firmou jurisprudência no sentido de que a lei que rege a reversão é a lei vigente à data da morte do instituidor (ex-combatente), e não a vigente à data da morte do beneficiário (por exemplo, a esposa do ex-combatente)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> A propósito: TRF 1ª Região, AC 199701000363400, Neuza Alves, 2ª T, DJ 17/05/2007; TRF 4ª Região, AC 200470000216399, Vânia Hack de Almeida, 3ª T, DJ 17/05/2006; e TRF 5ª Região, AC 200084000047717, Francisco Wildo, 1ª T, DJ de 30/11/2004

<sup>15</sup> “Pensão. Ex-combatente. Regência. O direito à pensão de ex-combatente é regido pelas normas legais em vigor à data do evento morte. Tratando-se de reversão do benefício à filha mulher, em razão do falecimento da própria mãe que a vinha recebendo, consideram-se não os preceitos em vigor quando do óbito desta última, mas do primeiro, ou seja, do ex-combatente.” (STF, MS 21.707, rel. p/ac Marco Aurélio, Pleno, DJ 22/09/1995). No mesmo sentido vem decidindo o STJ: “O Superior Tribunal de Justiça, referendando posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já se manifestou no sentido de que o direito à pensão de ex-combatente deve ser regido pela lei vigente à época de seu falecimento. In casu, o benefício deve ser regido pelas Leis 4.242/1963 e 3.765/1960” (AgRg no REsp 904.283, Gilson Dipp, 5ª T, DJ 29/06/2007). Também os Tribunais Regionais Federais: TRF 1ª Região, AC 200333010007911, Iran Velasco Nascimento,

A propósito, existe inclusive Súmula Administrativa da Advocacia-Geral da União que autoriza a não-interposição de recurso judicial contra decisão que deferir reversão à filha, em razão do falecimento de sua genitora, da pensão instituída nos moldes do art. 30 da Lei 4.242/1963, em favor do ex-combatente, falecido antes da CF/1988, qual seja a Súmula 8, editada quando o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes era o Advogado-Geral da União. Assim, por exemplo, se a esposa do ex-combatente vinha recebendo pensão especial do art. 30 da Lei 4.242/1963, em virtude do óbito de seu marido ocorrido em 1987 (leia-se: quando a redação do art. 7º da Lei 3.765/1960 permitia a reversão à filha de qualquer condição), vindo a falecer em 2002 (leia-se: quando a redação do art. 7º da Lei 3.765/1960 permitia a reversão somente à filha: [i] inválida; [ii] até 21 anos de idade; ou [iii] até 24 anos de idade, se estudante universitária), a filha maior, casada e não-inválida tem direito de reverter a pensão especial, pois se aplica o art. 7º da Lei 3.765/1960 na sua redação vigente em 1987.

Quinta. A propósito da cumulação da pensão especial de ex-combatente estabelecida no art. 53 do ADCT/1988, com aposentadoria previdenciária obtida com a redução do tempo de serviço para 25 anos (ou pensão previdenciária originária dessa aposentadoria), muito embora a Administração não reconhecesse aos servidores públicos essa possibilidade, ao argumento de que a aposentadoria de servidor público não se enquadrava no conceito de benefício previdenciário, considerando como tal apenas aqueles concedidos pelo INSS no âmbito do RGPS, o STF rechaçou tal entendimento, firmando jurisprudência segundo a qual o servidor público aposentado no âmbito do regime próprio de previdência tem direito à pensão especial de ex-combatente<sup>16</sup>. O referido entendimento do STF, porém, não abrange o militar ou combatente reforma-

do, que não tem direito à pensão especial de ex-combatente. Isso porque o militar estável que se manteve no serviço ativo até a reforma remunerada insere-se no conceito de combatente, que exclui necessariamente o conceito de ex-combatente, restrito àqueles que, engajados temporariamente no serviço militar durante a Segunda Guerra Mundial, retornaram à vida civil no âmbito da iniciativa privada ou do serviço público, nos termos do art. 1º da Lei 5.315/1967, a que remete expressamente o *caput* do art. 53 do ADCT/1988<sup>17</sup>.

### 3.2. Ferroviário: complementação de benefício previdenciário

O Decreto 4.682/1923, conhecido como Lei Elói Chaves (o autor do projeto respectivo), determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados de cada empresa ferroviária privada (art. 1º). Importante aqui registrar que este decreto é considerado o marco inicial da Previdência Social brasileira propriamente dita, de modo que a classe dos ferroviários foi uma das primeiras a ser amparada pela Previdência Social. Com a Lei 5.109/1926, o regime da Lei Elói Chaves foi estendido às estradas de ferro administradas pelo Estado, i.e., aos servidores públicos *lato sensu*. Sobreveio o Decreto-lei 3.769/1941 que instituiu a complementação, a fim de colocar os servidores públicos contribuintes das diversas Caixas dos ferroviários em igualdade de condições com os demais inativos da União (art. 1º).

Com a Lei 3.115/57, foi criada a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, uma sociedade de economia mista federal, integrando várias estradas de ferro mantidas pela União ou por autarquias federais. A LOPS

2º T, DJ 23/05/2007 e TRF 4ª Região, AC 200471080110070, Vânia Hack de Almeida, 3º T, DJU 26/04/2006

<sup>16</sup>“Ex-combatente. Pensão especial. Cumulação com proventos da aposentadoria de servidor público. Ambas as Turmas desta Corte, nos RREE 236.902 e 263.911, têm entendido que “revestindo-se a aposentadoria de servidor público da natureza de benefício previdenciário, pode ela ser recebida cumulativamente com a pensão especial prevista no art. 53, inc. II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devida a ex-combatente”. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE 293214, Moreira Alves, 1a T, DJ 14/12/2001)

<sup>17</sup>Nesse sentido: “Direito Administrativo. Servidor público. Agravo regimental no recurso especial. Ex-combatente. Pensão. Cumulação com proventos da reforma. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Agravo improvido. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é possível ao militar que, após a conflagração mundial, permaneceu na carreira até ser reformado e recebe proventos a esse título acumular tal benefício com a pensão especial de ex-combatente. Inteligência do art. 1º da Lei 5.315/1967. Precedentes do STJ. 2. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 902.206, Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJ 13/08/2007). Vide também: STJ, RESP 732846, Nilson Naves, 6ª T, DJ 10/04/2006; TRF 1ª Região, AMS 200434000039985, Neuza Alves, 2a T, DJ 23/02/2006; e TRF 4ª Região, EIAC 200572000062629, Segunda Seção, Marga Inge Barth Tessler, DJ 05/12/2007

(Lei 3.807/1960), uniformizando o sistema previdenciário, excluiu de seu âmbito os servidores públicos, ressaltando contudo o direito daqueles que já eram contribuintes do respectivo Instituto de Aposentadorias e Pensões (art. 3º, parágrafo único), de maneira que os ferroviários servidores públicos da RFFSA, a partir da vigência desta lei, passaram a ser regidos pelo RGPS.

Com o advento do Decreto-lei 956/1969, ficou estabelecido complementação de aposentadoria aos ferroviários servidores públicos da RFFSA (art. 1º), bem assim que a complementação de pensão devida pela União aos dependentes dos ferroviários servidores públicos, prevista na Lei 3.373/1958 (que criou o Plano de Assistência ao funcionário público federal) e estendida aos ferroviários na forma da Lei 4.259/1963, seriam mantidas e pagas pelo INPS (atual INSS), por conta da União (art. 5º). Essa complementação seria reajustada pelos mesmos índices aplicáveis aos benefícios do RGPS. Vale salientar que o art. 11 do Decreto-lei 956/1969 revogou a Lei 4.259/1963, que estendia o Plano de Previdência dos servidores públicos federais, instituído pela Lei 3.373/1958, aos ferroviários servidores públicos, de maneira que a partir desse decreto-lei as filhas de ex-ferroviário não tinham mais direito à pensão temporária prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei 3.373/1958<sup>18</sup>.

Importante referir, neste passo, que com a edição da Lei 6.184/1974, os ferroviários servidores públicos da RFFSA puderam optar pelo regime celetista. Portanto, há duas espécies de ferroviários: os regidos pelo estatuto dos servidores públicos e os regidos pela CLT, sendo que a complementação somente se aplicava aos ferroviários não-optantes (i.e., ferroviários estatutários ou servidores públicos), não se aplicando aos ferroviários empregados, ou seja, regidos pela CLT. Assim, o pagamento dos benefícios previdenciários dos ferroviários servidores públicos passou a ser feito pelo INSS (então INPS), com recursos do INSS e, havendo complementação, com recursos da União referentes a esta parcela, mediante informações prestadas pela RFFSA, que era encarregada de receber os requerimentos de complementação.

<sup>18</sup> Nesse sentido: TRF 1ª Região, AMS 200434000455122, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª T, *DJ* 09/07/2007. Calha registrar também a Súmula 232/ex-TFR: “A pensão do art. 5º, parágrafo único, da Lei 3.373, de 1958, ampara com exclusividade as filhas de funcionário público federal”.

Sobreveio a Lei 8.186/1991, estabelecendo que o valor da complementação da aposentadoria (parcela devida pela União) dos ferroviários servidores públicos admitidos até 31 de outubro de 1969 na RFFSA seria constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo INSS e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, sendo que o reajustamento desta complementação obedece aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração do ferroviário em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade ou paridade entre eles (art. 2º), sendo que tal paridade deve ser observada também na complementação da pensão (art. 5º)<sup>19</sup>. Esta lei também estendeu a complementação àqueles ferroviários ex-servidores públicos que haviam optado pelo regime celetista (art. 3º).

Posteriormente, a Lei 10.478/2002 estendeu, a partir de 1º de abril de 2002, o direito à complementação de aposentadoria na forma da Lei 8.186/1991 (restrita aos ferroviários admitidos pela RFFSA até 31 de outubro de 1969, data de vigência do Decreto-lei 956/1969), aos ferroviários admitidos até 21 de maio de 1991, data da vigência da Lei 8.186/1991.

Dessa evolução legislativa infere-se que a complementação de aposentadoria é devida aos ferroviários em face da existência, originalmente, de vínculo estatutário entre eles e a União. Com a criação da RFFSA, o regime de trabalho dos funcionários públicos que foram a ela incorporados, passou a ser o celetista. Para compensar, foi possibilitada a complementação das aposentadorias mantidas pelo RGPS. Esta complementação, instituída pelo Decreto-lei 956/1969 (com precedente no Decreto-lei 3.769/1941), reajustada pelos mesmos índices aplicáveis aos benefícios previdenciários do RGPS e, a partir da Lei 8.186/1991, reajustada para manter a paridade entre ativos e inativos, tem,

<sup>19</sup> O entendimento administrativo no sentido de que a complementação da pensão não se submete à regra de paridade com o pessoal em atividade já foi rechaçado pela jurisprudência. Confira-se: “Não obstante o mencionado art. 2º se reportar à complementação de aposentadoria, o art. 5º, também da Lei 8.186/1991, dispõe expressamente que as mesmas regras se aplicam à complementação de pensão por morte” (TRF 1ª Região, AC 200338000698830, Itelmar Raydan Evangelista, 1ª T, *DJ* 26/07/2006) e “A equiparação dos proventos com a remuneração dos ferroviários da ativa, nos termos da Lei 8.186/1991, aplica-se não só às aposentadorias, como também às pensões” (TRF 4ª Região, AC 200570000261336, João Batista Pinto Silveira, 6ª T, *DJ* 28/06/2007)

pois, fundamento na condição de servidores públicos que originalmente ostentavam alguns ferroviários. Assim, o ferroviário contratado pelo regime da CLT, nunca tendo sido sujeito ao regime estatutário, não tem direito à complementação para equiparar os proventos da inatividade com a remuneração que receberia se em atividade estivesse, dada a ausência de norma expressa nesse sentido<sup>20</sup>.

A responsabilidade da RFFSA no processo de complementação é simplesmente informar ao INSS a situação funcional e salarial dos ex-ferroviários, como se em atividade estivessem, conforme previsto nas Leis 8.186/1991 e 10.478/2002. Cabe ao INSS o cálculo e o pagamento dos benefícios. À União, por sua vez, compete a liberação de recursos para que o INSS efetue o pagamento da parte complementar, ou seja, da diferença entre o valor do benefício previdenciário calculado conforme as normas do RGPS e o valor informado pela RFFSA, sempre que este for superior. Assim, nos processos judiciais em que se pretende a complementação de benefício de ferroviário ou a revisão da complementação de benefício concedido a ferroviário e já composto de complementação, devem compor o pólo passivo da lide, na qualidade de litisconsortes necessários, o INSS, a RFFSA e a União<sup>21</sup>. Ocorre que a RFFSA teve sua liquidação encerrada, sendo então declarada extinta por meio da MP 353/2007, convertida na Lei 11.483/2007 que, alterando o art. 118 da Lei 10.233/2001, transferiu da extinta RFFSA para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a gestão dessa complementação. Logo, a partir da MP 353/2007, somente o INSS e a União, por si e na condição de sucessora da RFFSA, devem figurar no pólo passivo dessas lides<sup>22</sup>.

Importante registrar, neste passo, que o beneficiário da complementação tem interesse processual para ajuizar ação contra o INSS pleiteando a revisão do benefício previdenciário, vale dizer, da parcela de seu benefício que é custeada pela própria Autarquia

(v.g.: pleitear o reajuste de 39,67% referente ao IRSM de fevereiro de 1994 no benefício previdenciário propriamente dito), pois, ainda que em alguns casos, mesmo com a revisão da parcela do INSS, o valor final do benefício não se altere (e isso ocorre quando o valor do benefício previdenciário revisado é menor que o valor da complementação), tal circunstância não justifica o descumprimento da lei por parte do INSS, descumprimento esse que pode ser questionado validamente pelo beneficiário<sup>23</sup>. Nos casos em que o valor do benefício previdenciário revisado é menor que o valor da complementação, entretanto, o título judicial é exequível apenas quanto à obrigação de fazer, porquanto não são apuradas diferenças impagas, tendo em vista que o beneficiário, desde a sua inativação, recebe, por força da lei, proventos iguais aos do pessoal da ativa, ou seja, seu interesse fica limitado à correta definição das parcelas a serem adimplidas pelo INSS e pela União, mas não na execução de diferenças pretéritas, sob pena de resultar pagamento em duplicidade<sup>24</sup>. Outrossim, para ações dessa natureza, somente o INSS tem legitimidade passiva, não sendo o caso de litisconsórcio necessário com a União nem com a extinta RFFSA, que não participam da relação jurídico-previdenciária<sup>25</sup>.

A propósito da competência funcional para processo e julgamento das ações judiciais, a despeito de alguma controvérsia sobre se a questão envolve matéria previdenciária ou administrativa, uma vez que a

<sup>20</sup> TRF 1ª Região, AC 9101013912, Jirair Aram Meguerian, 2ª T, DJ 19/12/1991. No mesmo sentido: "O parágrafo 7º do art. 40 da CF/1988, somente é aplicável aos servidores estatutários, excluindo-se os empregados públicos que laboram vinculados ao regime da CLT" (TRF 4ª Região, AC 200072070010888, Luiz Antonio Bonat, 5ª T, DJ 10/01/2007)

<sup>21</sup> TRF 1ª Região, AC 199701000228742, Neuza Alves, DJ 27/09/2007

<sup>22</sup> TRF 4ª Região, AC 200570000179796, Celso Kipper, 5ª T, DJ 13/08/2007

<sup>23</sup> Sobre o tema, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou: "Proventos. Equivalência salarial. Art. 58 do ADCT/1988. Complementação pelo empregador. Relações jurídicas diversas. Carência de ação. Afastamento. Descabe assentar a carência de ação relativa a pedido de equivalência salarial – art. 58, ADCT/1988 – considerado o fato de o beneficiário do Instituto lograr, a mercê de relação jurídica diversa, complementação dos proventos junto ao empregador" (STF, RE 184.962, Marco Aurélio, 2ª T, DJ 16/02/2001). No mesmo sentido: "Sendo o benefício previdenciário complementado por entidade de natureza privada, na hipótese de reajustamento do benefício, preserva-se o interesse de agir em juízo do segurado, contra a autarquia pública, em face da natureza distinta e autônoma dos institutos" (STJ, AgRg no REsp 435.669, Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 02/02/2004) e "A complementação de aposentadoria paga aos autores não exime o INSS de responder por eventual revisão do benefício" (TRF 1ª Região, AC 200338010062809, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, 1ª T, DJ 14/05/2007)

<sup>24</sup> TRF 4ª Região, EAC 200071040034542, Luis Alberto D Azevedo Aurvalle, 3ª Seção, DJ 25/01/2006

<sup>25</sup> Nesse sentido: TRF 1ª Região, AC 200338010062809, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, 1ª T, DJ 14/05/2007 e TRF 1ª Região, AC 200338010040584, Mônica Neves Aguiar Da Silva, 2ª T, DJ 26/07/2006

complementação é feita pela União, que desembolsa o valor a ela correspondente, limitando-se o INSS a fazer seu repasse nos contracheques dos aposentados ou pensionistas, tem prevalecido o entendimento de que a matéria é previdenciária, competindo os feitos então às Varas especializadas (nas seções judiciárias em que houver) e às Turmas dos Tribunais que julgam matéria previdenciária, o que é bastante salutar, pois essa matéria é tradicionalmente considerada previdenciária *lato sensu*, até porque a complementação nada mais é do que um benefício especial concedido a empregado público, e não a servidor público<sup>26</sup>.

#### **4. Art. 150 da Lei 8.213/1991 e sua revogação. Aposentadoria especial/excepcional de anistiado**

O art. 150 da Lei 8.213/1991 versava que os anistiados com base na Lei 6.683/1979, EC 26/85 ou art. 8º

<sup>26</sup>Nesse sentido: “*Conflito de competência. Aposentadoria/pensão de ex-ferroviário. Competência da vara especializada em matéria previdenciária.* I – Compete às Varas Especializadas em direito previdenciário processar e julgar as ações previdenciárias decorrentes da aplicação da Lei 8.213/1991 e outras normas previdenciárias em sentido estrito, consoante o disposto no Provimento 68/1999 da Corregedoria desta Corte Federal. II – A complementação de proventos de aposentadoria ou de pensão de ex-ferroviário é matéria afeta à competência da Vara previdenciária, eis que, conquanto os recursos financeiros sejam provenientes da União Federal, cabe ao INSS efetuar o pagamento do benefício. III – Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado da 28ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, Vara Previdenciária.” (TRF 1ª Região, CC 200201000097424, Jirair Aram Meguerian, Primeira Seção, DJ 16/01/2004) e “*Conflito negativo de competência. Reajuste de benefício de pensionista de ex-ferroviário. Resolução 36/2004 da presidência desta Corte. Competência de turma especializada em matéria previdenciária. Orientação do órgão especial.* – Tratando-se de ação em que se busca o reajuste de benefício (pensão) de pensionista de ex-ferroviário, o Órgão Especial firmou entendimento de ser matéria de índole previdenciária, de acordo com os artigos 1º, 2º e 12 da Resolução 36, de 25/11/2004, da Presidência desta Corte (CC 2001.51.01.007702-0/RJ, Rel. Des. Federal Raldenio Bonifácio, unânime, DJU de 15.12.2005). – Conflito conhecido para declarar competente a Eg. 1ª Turma Especializada desta Corte, ora suscitada, para processar e julgar o agravo interno na apelação interposta nos autos da ação que originou o presente incidente.” (TRF 2ª Região, CC 200602010035331, Benedito Gonçalves, Órgão Especial, DJ 27/10/2006). Em sentido contrário: “*Conflito negativo de competência, complementação de aposentadoria. Ferroviário inativo. Matéria preponderantemente administrativa. Competência das turmas integrantes da 2ª Seção.*” (TRF 4ª Região, CC 200171100000547, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Corte Especial, DJ 29/11/2006)

do ADCT/1988 continuariam com sua aposentadoria regida por legislação específica (*caput*), bem assim que o segurado anistiado já aposentado por invalidez, por tempo de serviço ou por idade, bem como seus dependentes em gozo de pensão por morte, podiam requerer a revisão do seu benefício para transformação em aposentadoria excepcional ou pensão por morte de anistiado, se mais vantajosa. Desse modo, convém fazer um apanhado histórico-normativo sobre a anistia política no Brasil.

O Decreto Legislativo 18/1961, nos termos do seu art. 1º, concedia anistia para: [i] os que participaram, direta ou indiretamente, de fatos ocorridos no território nacional, desde 16 de julho de 1934, até a promulgação do Ato Adicional e que constituíam crimes políticos definidos em lei; [ii] os trabalhadores que participaram de qualquer movimento de natureza grevista no mesmo período; [iii] todos os servidores civis, militares e autárquicos que sofreram punições disciplinares ou incorreram em faltas ao serviço no mesmo período; [iv] os convocados desertores, insubmissos e refratários; [v] os estudantes que por força de movimentos grevistas ou por falta de frequência no mesmo período estejam ameaçados de perder o ano, bem como os que sofreram penas disciplinares; e [vi] os jornalistas e os demais incursores em delitos de imprensa e, bem assim, os responsáveis por infrações previstas no Código Eleitoral. Determinava, na redação original de seu art. 2º, a reversão ao serviço ativo dos anistiados e, aos que não pudessem reverter, a contagem do tempo de afastamento para efeito de aposentadoria ou reforma no posto que ocupavam quando foram atingidos pela penalidade. Entretanto, sobreveio o Decreto-lei 864/1969, esvaziando a anistia nesta parte ao dar nova redação ao referido art. 2º, *verbis*: “A anistia concedida neste Decreto não dá direito a reversão ao serviço, aposentadoria, passagem para a inatividade remunerada, vencimentos, proventos ou salários atrasados aos que forem demitidos, excluídos ou condenados à perda de postos e patentes, pelos delitos acima referidos”.

Posteriormente, foi editada a Lei 6.683/1979, que ficou conhecida como a primeira Lei de Anistia, tendo sido aprovada no Congresso Nacional sob vaia da oposição que a desejava como reclamada pelo povo, ampla, geral e irrestrita. Apesar de restrita, esta lei abrangia aqueles que, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou, conexos com estes, crimes eleito-

rais, bem assim os que tiveram seus direitos políticos suspensos e os servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Esta lei concedia-lhes anistia (art. 1º, *caput*), exceto para aqueles que participaram da luta armada contra a ditadura militar (art. 1º, §2º), garantindo aos servidores públicos civis e militares o retorno à ativa (art. 2º), bem assim aposentadoria, para todos os anistiados, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo da renda mensal inicial – RMI (arts. 4º, 7º, 8º e 9º). Desse modo, havia duas espécies de aposentadoria excepcional de anistiado, de acordo com o regime previdenciário a que estava vinculado no momento em que atingido pelo ato de exceção: Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou Regime Próprio de Previdência Social – RPPS. Exemplo: se era celetista e estava vinculado ao RGPS, seu benefício seria calculado com base nas normas do RGPS, mas com a contagem do tempo de afastamento como tempo de serviço.

A mobilização em favor da anistia ampla, geral e irrestrita continuou. Sobreveio então a EC 26/1985 (aquela que convocou a Assembléia Nacional Constituinte para elaborar o que viria a ser a CF/1988) que, tratando do tema no seu art. 4º, ampliou os direitos concedidos pela Lei 6.683/1979: não fazia restrições aos participantes da luta armada e abrangia dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis (*caput* e §1º) e concedia promoções aos servidores públicos civis e militares, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo (§3º).

Na sequência, veio a lume o art. 8º do ADCT/1988, abrindo nova fase no processo de anistia política, com ampliação dos beneficiários e do período de concessão, além de possibilitar acréscimo dos vencimentos/proventos aos anistiados que estavam na iniciativa privada<sup>27</sup>. A anistia passou então a abranger: [i] os que,

<sup>27</sup> As pessoas anistiadas, que obtiveram aposentadoria com base na Lei 6.683/1979, não podem, com fundamento no art. 8º do ADCT/1988, agregar ao cálculo de seu benefício de aposentadoria excepcional o período compreendido entre a data da concessão da aposentadoria excepcional de anistiado e a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988. Nesse sentido: “Constitucional. Administrativo. Embargos infringentes. Servidor

no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da CF/1988, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, os que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo 18/1961 e os atingidos pelo Decreto-lei 864/1969 (*caput*)<sup>28</sup>; [ii] os trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos (§ 2º); e [iii] os servidores públicos civis e os empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-lei 1.632/1978, que dispunha sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979 (§ 5º).

Aos anistiados ficaram então asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência

*público. Aposentadoria excepcional de anistiado. Lei 6.683/1979. Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. Inexistência do direito.* 1. O art. 8º do ADCT da Constituição Federal de 1988 alcançou tão-somente aqueles que ainda não tinham sido beneficiados pelas anteriores anistias da Lei 6.683/1979 e da Emenda Constitucional 26/1985, não criando direito novo em relação ao embargante, que já se encontrava aposentado excepcionalmente, como anistiado, desde 27/12/1979. 2. Não existe penalização ao embargante com tal tratamento, uma vez que lhe foi dado computar o seu tempo de serviço até a Lei 6.683/1979, incluído o tempo em que impedido de exercer a atividade, por força da destituição do emprego, percebendo aposentadoria desde 27/12/1979. 3. Embargos infringentes a que se nega provimento.” (TRF 1ª Região, EIAC 200201000148955, Antonio Savio de Oliveira Chaves, 1ª Seção, DJ 24/09/2003). Vide também: TRF 2ª Região, AC 9602325461, Antonio Ivan Athié, 5ª T, DJ 09/12/2003. Em sentido contrário, vale registrar antigo precedente do STJ: MS 3.139, Luiz Vicente Cernicchiaro, 3ª Seção, DJU 17/10/1994.

<sup>28</sup> Importante referir que “a anistia prevista no art. 8º, ADCT/1988 não alcança os militares expulsos com base em legislação disciplinar ordinária, ainda que em razão de atos praticados por motivação política” (Súmula 674/STF).

em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos (art. 8º, *caput*, do ADCT/1988). De outra parte, o art. 8º, §4º, do ADCT/1988 anistiou aqueles que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente o mandato eletivo de vereador, assegurando-lhes tão-somente a contagem, para efeito de aposentadoria no regime próprio do serviço público ou no RGPS, do respectivo período<sup>29</sup>.

Finalmente, aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e S-285-GM5, as quais impediram pilotos militares e civis que tivessem sido punidos com a suspensão dos direitos políticos de exercerem a profissão (aliás, a única profissão que eles estavam aptos a exercer), foi concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição (art. 8º, § 3º, do ADCT/1988). Como a regulamentação do art. 8º do ADCT/1988 só veio com a MP 2.151/2001 e, posteriormente, com a Lei 10.559/2002, vale referir que o STF (que adota, no mandado de injunção, a corrente segundo a qual o tribunal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso, deve comunicar a existência

dessa omissão para que o Poder Legislativo elabore a lei) adotou, excepcionalmente, a corrente concretista para viabilizar desde logo o exercício do direito previsto no art. 8º, §3º, do ADCT/1988, porque houve descumprimento de um prazo constitucionalmente estabelecido para a edição da norma<sup>30</sup>.

A Lei 10.559/2002 acabou sendo a versão definitiva da atual Lei de Anistia, revogando a MP 2.151/2001 (que disciplinava a anistia de maneira semelhante, mas aquém do esperado), bem assim os arts. 2º, 3º, §5º, 4º e 5º da Lei 6.683/1979 e o art. 150 da Lei 8.213/1991. Essa lei, que regulamenta então o art. 8º do ADCT/1988, instituiu duas espécies de reparação econômica de caráter indenizatório: em prestação única, limitada a R\$ 100.000,00 (art. 4º) e em prestação mensal, com valor igual ao que receberia se o anistiado estivesse na ativa, incluindo promoções, limitada, porém, ao teto constitucional do serviço público previsto no art. 37, XI, da CF/1988 (art. 6º, *caput* e §§ 3º e 4º, art. 7º e art. 8º), assegurando-se a revisão das aposentadorias e pensões especiais/excepcionais de anistiado que tenham sido reduzidas ou canceladas em virtude de critérios previdenciários do INSS (art. 6º, §5º). Esta lei ainda centralizou o pagamento desta espécie de indenização, que vinha sendo feito pelo INSS aos anistiados vinculados ao regime geral de previdência – RGPS<sup>31</sup> e pelas demais entidades públicas aos anistiados vinculados a regime próprio de previdência – RPPS, na União, por determinação do Ministério da Justiça ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no caso de civis, e ao Ministério da Defesa, no caso de militares (art. 19)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> A anistia prevista no art. 8º, §4º, do ADCT/1988 não se aplica a quem assumiu o cargo de vereador depois do Ato Institucional 7. Nesse sentido: “*Constitucional. Anistia para vereadores compelidos a exercer mandato gratuitamente. Reparação econômica*. 1. O art. 2º da Lei 10.559/2002 declara anistiado todo aquele atingido por ato institucional ou de exceção, em particular a pessoa compelida a exercer gratuitamente mandato eletivo de vereador. 2. O Apelante não foi atingido por qualquer ato institucional ou de exceção e nem compelido a exercer mandato gratuito, pois exerceu voluntariamente o mandato após a vigência do AI 7, de 16/02/1969. 3. Mesmo sabendo que não seria remunerado voluntária e conscientemente se candidatou, venceu a eleição e assumiu o cargo público, não podendo dizer, como os que já eram vereadores antes do AI 7, que foi atingido pelo ato ou compelido a trabalhar gratuitamente. 4. Além disso, mesmo que o Apelado fosse considerado anistiado, esta Turma já decidiu que o § 4º do art. 8º do ADCT, e o § 1º do art. 2º da citada Lei, ressalvaram que tais anistiados somente fariam jus à averbação do respectivo tempo de serviço, para fins de aposentadoria, no serviço público ou na Previdência Social. – (AC 2004.38.00.046496-0/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene de Almeida, Quinta Turma, DJ de 21/09/2005, p.63). 5. Apelação improvida.” (TRF 1ª Região, AC 200433000041660, Cesar Augusto Bearsi, 5ª T, DJ 07/03/2007)

<sup>30</sup> STF, MI 283, Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 14/11/1991

<sup>31</sup> Importante referir ainda que, sem embargo da análise, concessão e pagamento destes benefícios serem feitos pelo INSS, constituíam encargos da União as despesas correspondentes ao pagamento da aposentadoria excepcional e da pensão por morte de segurado anistiado. Desse modo, nas ações discutindo esses benefícios de anistiado político, há litisconsórcio necessário entre a União e o INSS. Nesse sentido: STJ, REsp 669.979, Nilson Naves, 6ª T, DJ 23/10/2006 e TRF 1ª Região, AC 199901000609968, Flavio Dino, 2ª Turma Suplementar, DJ 10/03/2005

<sup>32</sup> Em geral, as portarias do Ministro da Justiça que reconhecem a condição de anistiado e concedem a reparação econômica em prestação mensal, fixam o valor desta, a data de seu início e o valor do quantum devido a título de atrasados, sendo que o efetivo pagamento dos atrasados está condicionado à disponibilidade orçamentária, nos termos do art. 12, §4º, Lei 10.559/2002, verbis: “As requisições e decisões proferidas pelo Ministro de Estado da Justiça nos processos de anistia política serão obrigatoriamente cumpridas no prazo de sessenta dias, por todos os órgãos da Administração Pública e quaisquer outras entidades a que estejam

Outrossim, deixando expresso o caráter indenizatório deste benefício especial, isenta-os do imposto de renda e de contribuições previdenciárias (art. 9º)<sup>33</sup>. Essa nova reparação não exclui os benefícios previdenciários, ressalvada, quando o fato jurígeno for o mesmo, a opção pela mais benéfica (art. 16). Finalmente, registro a garantia aos anistiados dos benefícios indiretos mantidos pelas empresas ou órgãos da Administração Pública a que estavam vinculados quando foram punidos, ou pelas entidades instituídas por umas ou por outros, inclusive planos de seguro, de assistência médica, odontológica e hospitalar, bem como de financiamento habitacional, mediante a pertinente contrapartida ou mensalidade do beneficiado (art. 14)<sup>34</sup>.

Nesse passo, faço seis observações.

Primeira. De tudo quanto posto, percebe-se que a aposentadoria/pensão excepcional de anistiado muito se aproxima, no seu regime jurídico, aos benefícios pre-

---

dirigidas, ressalvada a disponibilidade orçamentária". Sucede que a Administração não vem pagando esses atrasados, ao argumento de que os valores dispostos no orçamento até agora só permitiram o pagamento da reparação econômica em prestação única e dos valores presentes e vindendos da prestação mensal. Em virtude disso, muitos anistiados políticos pleitearam os valores atrasados da prestação mensal por meio de mandados de segurança no STJ e ações de execução, ações ordinárias de cobrança e ações monitorias na primeira instância da Justiça Federal. No STJ, alguns mandados de segurança foram denegados (em geral, impetrados por servidores civis, para os quais não foi incluído crédito no orçamento, v.g.: MS 12.166, Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 26/03/2007) e outros concedidos (em geral, impetrados por militares, para os quais foi incluído crédito no orçamento, v.g.: MS 11.672, Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 26/02/2007). Na primeira instância da Justiça Federal, as decisões têm sido favoráveis, até porque, sem entrar no mérito dos motivos por que a inclusão orçamentária ainda não foi feita mediante iniciativa administrativa do Ministro de Estado, o certo é que o anistiado político tem o direito de receber esses atrasados, direito esse que não pode ficar a mercê das contingências estatais, sob pena de se violar duplamente o princípio da dignidade humana: no passado, violação essa que ensejou a anistia e a reparação econômica, e no presente, com a postergação de seu pagamento.

<sup>33</sup> A isenção do imposto de renda e das contribuições previdenciárias alcança inclusive aqueles benefícios de anistiado concedidos com base na Lei 6.683/1979 e EC 26/1985, bem assim os benefícios de mesma natureza concedidos a partir do art. 8º do ADCT/1988 que não foram submetidos à mudança de regime prevista no art. 19 da Lei 10.559/2002. Nesse sentido: STJ, MS 10.869, Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJ 12/06/2006 e TRF 1ª Região, AMS 200634000208448, Maria do Carmo Cardoso, 8ª T., DJ 06/01/2007.

<sup>34</sup> "Do reconhecimento da anistia decorre direito do militar anistiado à assistência médico-hospitalar e odontológica previstas pelo Estatuto dos Militares, condicionado ao pagamento das contribuições ao plano de assistência" (STJ, MS 9.387, Paulo Medina, Terceira Seção, DJ 12/04/2004)

videnciários, embora com eles não se confunda, pois seus fatos geradores são diversos, quais sejam a perseguição política e o risco social, respectivamente. Assim, força é reconhecer que a aposentadoria/pensão excepcional do anistiado e a posterior reparação econômica têm natureza jurídica indenizatória, e não natureza previdenciária, vez que não se está tratando de situações iguais quando se compara a condição de anistiado político à do trabalhador aposentado por tempo de serviço, que não sofreu os constrangimentos sofridos por aquele, e em razão dos quais foi instituído o benefício. Outrossim, a aposentadoria obtida segundo as regras previdenciárias, por aquele que, anistiado, retornou ao serviço ativo e contou o tempo de afastamento para obtenção do benefício, deve ser considerada aposentadoria especial/excepcional de anistiado, de natureza indenizatória, e não aposentadoria previdenciária.

Segunda. O art. 150 da Lei 8.213/1991 não tratou do reajuste da aposentadoria/pensão excepcional do anistiado, relegando tal matéria expressamente ao disposto no Regulamento. O art. 136 do Decreto 611/1992 determinou o reajuste do benefício sempre que ocorrer alteração para maior no salário que o segurado estaria recebendo se permanecesse em atividade. Porém o mesmo não ocorreu com o art. 128 do Decreto 2.172/1997, que puxou os reajustes desses benefícios excepcionais para a regra comum, com base nos mesmos índices aplicáveis aos benefícios de prestação continuada da previdência social. Como a forma de reajuste dos benefícios concedidos aos anistiados ou aos seus pensionistas não foi objeto do art. 8º do ADCT/1988 — que apenas assegurou a recomposição da situação funcional dos anistiados para que, no momento da aposentadoria, eles não sofressem as conseqüências do afastamento do cargo ou emprego —, os decretos que se sucederam no tempo para regulamentar o Plano de Benefícios da Previdência Social passaram a regular a matéria legitimamente, mormente quando se considera que não existe direito adquirido a regime jurídico e tampouco a critério de reajuste<sup>35</sup>. Importante registrar que os benefícios substituídos pelo regime de prestação mensal, nos termos do art. 19 da Lei 10.559/2002,

---

<sup>35</sup> Nesse sentido: TRF 1ª Região, AC 200033000274121, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª T, DJ 31/01/2006 e TRF 4ª Região, EIAC 199904010741156, Fernando Quadros da Silva, Terceira Seção, DJ 03/12/2003

já não têm mais seu reajuste pelas regras determinadas pelo INSS.

Terceira. O Decreto 611/1992 determinou o recálculo da renda mensal do benefício excepcional de anistiado, que era calculado com base no salário-de-benefício, determinando fosse calculado com base na remuneração a que o anistiado teria direito se estivesse permanecido em atividade, dando concreção ao art. 8º do ADCT/1988 e ao art. 150 da Lei 8.213/1991. Desse modo, houve muitos benefícios que atingiram valores maiores que o teto de benefícios do RGPS, o que não obstava seu pagamento, pois a renda mensal dos benefícios de anistiado não está sujeita ao teto do art. 33 da Lei 8.213/1991, como expressamente dispunha o art. 133 do Decreto 611/1992. De outra parte, esses benefícios estavam sujeitos ao teto previsto no art. 37, IX, da CF/1988. Ocorre que a referida norma constitucional, na sua redação original, remetia a fixação desse teto à lei em sentido formal, que não veio a ser editada, sendo destarte ilegítima a imposição desse teto pelo art. 129 do Decreto 2.172/1997, aos benefícios de anistiado. Posteriormente, a EC 19/1998, alterando o art. 37, XI, da CF/1988, passou a estabelecer um referencial único para o teto salarial, a saber, o subsídio dos Ministros do STF, a ser fixado por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, que também não veio a ser editada, restando destarte sem aplicação o teto previsto no art. 37, XI, da CF/1988. Com a promulgação da EC 41/2003, a qual preservou o mesmo referencial para limitação salarial (subsídios dos Ministros do STF), restou alterada a redação do art. 48, XV, e 96, II, “b”, da CF/1988, excluindo-se a exigência de que os subsídios fossem fixados por lei de iniciativa conjunta dos chefes dos Poderes. Assim, para a definição do maior subsídio do Ministro do STF, visando à aplicabilidade do art. 37, XI, após vigência da EC 41/2003, o STF, em sessão administrativa realizada em 5 de fevereiro de 2004, estabeleceu o subsídio de Ministro no exercício da Presidência daquele órgão, no valor de R\$ 19.115,19. A partir do ano seguinte, o subsídio mensal dos Ministros do STF foi fixado em lei formal. Desse modo, os benefícios de anistiado devem se submeter ao teto constitucional dos servidores públicos somente após a fixação do subsídio dos Ministros do STF, em fevereiro de 2004, não havendo que se falar em qualquer limitação anterior, em observância ao princípio da reserva legal, tampouco em direito ad-

quirido a continuar recebendo acima do teto, mercê do art. 17 do ADCT/1988 e do art. 248 da CF/1988, introduzido pela EC 20/1998, e considerando a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

Quarta. A propósito das promoções asseguradas no *caput* do art. 8º do ADCT/1988, a fim de recompor a situação funcional dos anistiados para que, no momento da aposentadoria, não sofressem as conseqüências do afastamento do cargo ou emprego, impende salientar que a antiga jurisprudência do STF, que se firmara no sentido de excluir do âmbito de incidência do benefício constitucional da anistia tanto as promoções fundadas no critério de merecimento quanto aquelas que pressupunham aprovação em concurso de admissão e posterior aproveitamento em curso exigido por lei ou por atos regulamentares, e era seguida pelos demais Tribunais<sup>36</sup>, foi modificada a partir do julgamento do RE 165.438, Carlos Velloso, Pleno, *DJ* 05/05/2006. De acordo com o novo entendimento do STF no que se refere à interpretação do art. 8º do ADCT/1988, há de exigir-se, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, apenas a observância dos prazos de permanência em atividade inscritos nas leis e regulamentos vigentes, inclusive, em conseqüência, do requisito de idade-limite para ingresso em graduações ou postos, que constem de leis e regulamentos vigentes na ocasião em que o servidor, civil ou militar, seria promovido<sup>37</sup>. Outrossim, nessas promoções deve ser observada, como paradigma, a situação funcional de maior freqüência constatada entre os pares ou colegas contemporâneos do anistiado que apresentavam o mesmo posicionamento no cargo, emprego ou posto quando da punição, nos termos do art. 6º, §4º, da Lei 10.559/2002.

Quinta. O pedido de reconhecimento da condição de anistiado político veicula pretensão de natureza declaratória, a qual não se expõe à prescrição do fundo de direito<sup>38</sup>, mormente quando se considera a legisla-

<sup>36</sup> Nesse sentido: STF, RE EDv-AgR 241924, Carlos Velloso, Pleno, *DJ* 20/06/2003; STJ, RESP 462660, Paulo Gallotti, 6ª T, *DJ* 13/06/2005; e TRF 1ª Região, AC 200001000089313, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª T, *DJ* 19/12/2005

<sup>37</sup> No sentido desse novo entendimento: STF, RE-EDv 166791, Gilmar Mendes, Pleno, *DJ* 19/10/2007 e STJ, REsp 701919/DF, Laurita Vaz, 5ª T, *DJ* 18/06/2007

<sup>38</sup> A 5ª Turma do STJ tem admitindo a prescrição do fundo de direito contada a partir da vigência do art. 8º do ADCT/1988. Confira-se: “*Administrativo. Pensão. Anistia. Prescrição do fundo de direito.*”

ção superveniente, qual seja, a Lei 10.559/2002, a regular o art. 8º do ADCT/1988, muito embora seja aplicável a prescrição quinquenal em relação aos efeitos financeiros dessa declaração<sup>39</sup>, nos termos da Súmula 85/STJ, *verbis*: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Sexta. Interessante anotar que as anistias concedidas pela Lei 8.632/1993 e Lei 8.878/1994, respectivamente aos representantes sindicais punidos por motivação política no período compreendido entre 5 de outubro de 1988 e 4 de março de 1993 e aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta punidos por motivação política no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992 (leia-se: no contexto da reforma administrativa implantada pelo Governo Collor), não implicam direito à aposentadoria/pensão de anistiado, mas tão-somente o pagamento dos salários do período da suspensão disciplinar e, aos demitidos, a reintegração ao emprego com todos os direitos (art. 1º da Lei 8.632/1993) e o retorno ao serviço ativo, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo

---

*Precedentes. Agravo interno desprovido.* I – O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que, nos casos em que se busca o reconhecimento de nova relação jurídica, a prescrição atinge o próprio fundo de direito quando o requerente não pleiteá-lo dentro do quinquênio legal, consoante estipulado no art. 1º do Decreto 20.910/1932. II – Consoante entendimento desta Corte, a contagem do prazo prescricional da concessão de pensão militar, requerida nos termos da anistia prevista no art. 8º do ADCT, inicia-se com a promulgação da Constituição Federal. III – Agravo interno desprovido” (AgRg no REsp 798.499, Gilson Dipp, 5ª T, DJ05/02/2007).

<sup>39</sup>Nesse sentido: “Requerido em juízo o pagamento das parcelas vencimentais relativas à anistia após cinco anos da promulgação da Carta Constitucional, há que se reconhecer a prescrição das parcelas vencidas há mais de um lustro da impetração, pois, embora o fundo do direito, qual seja, o direito à anistia em si, seja imprescritível, e seus efeitos financeiros já comecem a operar a partir da promulgação da própria Constituição, a ação judicial para a cobrança das parcelas referentes ao aludido direito prescreve a partir do mesmo marco temporal, é dizer, da promulgação da Carta. Não há, pois, que se confundir o direito à anistia, este imprescritível, com o direito às parcelas vencimentais, é dizer, os seus efeitos financeiros, cujo marco inicial é a data de promulgação da Carta, e que, por sua vez, subsumem-se ao lapso prescricional quinquenal, daí por que se impõe o acolhimento da preliminar de prescrição objetada em sede de contestação” (TRF 1ª Região, AC 199701000290628, Antonio Claudio Macedo da Silva, 1ª Turma Suplementar, DJ 18/03/2004). Vide Também: TRF 2ª Região, AC 200102010015097, Tania Heine, 3ª T, DJ06/10/2004.

(arts. 3º e 6º da Lei 8.878/1994)<sup>40</sup>. De outra parte, o art. 9º do ADCT/1988 estabelece àqueles que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, o direito de requerer ao STF o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave. Finalmente, registro a Lei 9.140/1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, estabelecendo a seus familiares uma indenização, a título reparatório, em valor único igual a R\$ 3.000,00 multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento, não podendo resultar num valor maior que R\$ 100.000,00 (art. 11)<sup>41</sup>.

## 5. Seringueiro: benefício de pensão mensal vitalícia do “soldado da borracha”

Durante a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), cerca de 100 mil brasileiros, em sua grande maioria nordestinos flagelados da seca, foram aliciados ou atraídos pela promessa de melhoria de vida formulada pelo Governo e recrutados para a extração do

---

<sup>40</sup>De se destacar que a competência para o processo e julgamento de ações pleiteando a anistia concedida pela Lei 8.878/1994 é da Justiça do Trabalho, considerando a regência dos empregados públicos pela CLT (v.g.: STJ, CC 40576, Paulo Medina, 3ª Seção, DJ 11/05/2005 e TRF 1ª Região, AG 2005.01.00.065398-4, Antonio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª T, DJ 18/09/2006). A única hipótese em que empregados públicos regidos pela CLT quando foram demitidos e pleiteiam a anistia da Lei 8.878/1998 é de competência da Justiça Federal, ocorre quando a empresa pública ou sociedade de economia mista foi extinta quando da respectiva demissão e o serviço eventualmente absorvido pela Administração Direta, sendo o regime jurídico adotado nesta Administração o estatutário, e não o celetista. Deste modo, estar-se-ia pleiteando a reintegração em cargo público, com o pagamento de verbas estatutárias, exsurgindo, então, a competência da Justiça Federal e a legitimidade passiva da União. Cito, como exemplo, a anistia pleiteada por ex-ocupantes de emprego público na extinta Empresa Brasileira de Transportes Urbanos – EBTU.

<sup>41</sup>O prazo prescricional para pleitear a indenização fixada na Lei 9.140/1995 é de cinco anos contados da sua vigência. A propósito: STJ, REsp 668.854, João Otávio de Noronha, 2ª T, DJ06/03/2006; STJ, REsp 816.209, Luiz Fux, 1ª T, DJ03.09.2007 e TRF 4ª Região, AC 200104010105145, Valdemar Capeletti, 4ª T, DJ10/07/2002

látex e produção da borracha na tropicalíssima Amazônia, contribuindo com o suado produto de seu trabalho como seringueiros para o esforço de guerra, pois a Ásia, dominada pelos japoneses, já não fornecia borracha suficiente para o Ocidente, voltando-se os olhos da comunidade internacional em guerra para o Brasil, que passou a fornecer mais do que fornecia antes do conflito para os países aliados. Essas pessoas ficaram conhecidas como “soldados da borracha”.

O art. 54, *caput*, do ADCT/1988, estabeleceu uma pensão especial no valor de dois salários mínimos aos seringueiros recrutados nos termos do DL 5.813/1943, que aprovava o acordo sobre recrutamento, encaminhamento e colocação de trabalhadores para a Amazônia, celebrado pelo Coordenador da Mobilização Econômica e pelo Presidente da Comissão de Controle dos Acordos de Washington com a Rubber Development Corporation (art. 1º), e amparados pelo DL 9.882/1946, que autorizava a elaboração de um plano para a execução de um programa de assistência imediata aos trabalhadores encaminhados ao Vale Amazônico, durante o período de intensificação da produção da borracha para o esforço de guerra (art. 1º), vale dizer, para os “soldados da borracha”, desde que sejam carentes.

O sobredito benefício de pensão mensal vitalícia se estende também aos seringueiros que, atendendo a apelo do Governo brasileiro, contribuíram para o esforço de guerra, trabalhando na produção de borracha, na Região Amazônica, durante a Segunda Guerra Mundial, desde que também sejam carentes (art. 54, §1º, do ADCT/1988). Em outras palavras, estende-se aos seringueiros que já estavam na Amazônia e lá permaneceram durante o período da mencionada guerra, os quais, registre-se, eram a grande maioria e seus esforços é que definiam verdadeiramente a produção da borracha, motivo por que a eles também se convencionou usar indistintamente a designação de “soldados da borracha”.

Logo, trata-se de um benefício de natureza assistencial e não previdenciária, sendo devido aos carentes, independente de recolhimento de contribuição previdenciária. Daí por que não gera o pagamento de gratificação natalina,<sup>42</sup> assim como o benefício assistencial de prestação continuada (art. 203, V, da CF, e art. 20

da Lei 8.742/1993) não gera o referido pagamento. Cilha referir, neste ponto, que apesar de o benefício ser nominado pensão, trazendo por isso mesmo à memória uma regra quase automática de que “pensão não gera pensão”, a pensão mensal vitalícia do seringueiro pode ser transferida aos dependentes, desde que estes também sejam carentes, nos termos do art. 54, §2º, do ADCT/1988, e do art. 2º da Lei 7.986/1989, que regulamenta o referido dispositivo constitucional.

Para efeito deste benefício de legislação especial, é de ser considerado carente aquele que não possui meios para sua subsistência e da sua família. Tenho para mim que não se pode aplicar aqui, para efeito de verificação da hipossuficiência econômica, o critério previsto especificamente para o benefício assistencial de prestação continuada, vale dizer, ¼ do salário mínimo como renda familiar *per capita*, nos termos do que dispõe o art. 20, §3º, da Lei 8.742/1993. Isso porque, muito embora o Plenário do STF tenha considerado legítimo esse critério, por ocasião do julgamento da ADI 1.232,<sup>43</sup> o referido critério só prevalece para o benefício assistencial de prestação continuada regulamentado pela Lei 8.742/1993, de modo que para os demais benefícios assistenciais, incluindo a pensão mensal vitalícia ora em análise, vale o critério estabelecido no art. 5º, I, da Lei 9.533/1997, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e no art. 2º, § 2º, da Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, ou seja, ½ do salário mínimo como renda familiar *per capita*, mesmo porque mais consentâneo com a realidade e com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> STF, ADI 1.232, Rel p/ac Ministro Nelson Jobim, DJU 01/06/2001. Valendo ressaltar, entretanto, que a jurisprudência, tanto do STJ bem assim dos TRFs, continua firme no sentido de se admitir a comprovação da carência no caso concreto por outros meios de prova. Vide, a propósito: STJ, REsp 756119, Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 14/11/2005; TRF 1ª Região, AC 200401990134556, Neuza Alves, 2ª T, DJ 13/07/2006; e TRF 4ª Região, EIAC 200170060006130, João Batista Pinto Silveira, 3ª Seção, DJ 12/07/2006. No mesmo sentido, a Súmula 11, da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: “A renda mensal, *per capita* familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão de benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”

<sup>44</sup> Esse critério, porém, há de ser utilizado juntamente com aquele estabelecido no art. 617, I, da IN INSS/PRES 20/2007, qual seja, não auferir rendimento, sob qualquer forma, igual ou superior a 2

<sup>42</sup> TRF 1ª Região, AC 1999.01.00.068463-7, Miguel Angelo de Alvarenga Lopes, 2ª Turma Suplementar, DJ 26/05/2004

Vale salientar, neste passo, que têm direito à pensão vitalícia todos aqueles que participaram, durante a Segunda Guerra Mundial, do esforço de guerra para produção de borracha, ainda que à época não tivessem preenchido o limite mínimo de idade, seja para o serviço militar (18 anos), seja para o trabalho com carteira assinada (14 anos)<sup>45</sup>. De fato, tão comum como hoje é viver até os 75 anos, do mesmo modo era comum há 75 até 50 anos atrás, a criança com cerca de 10 ou 12 anos de idade já ter responsabilidades para com o sustento da família, ou seja, não havia adolescência naquela época, como existe hoje, até porque naqueles tempos a expectativa de vida era bem menor e o amadurecimento do jovem ocorria bem mais cedo.

A propósito da comprovação da qualidade de “soldado da borracha”, calha referir que, muito embora a MP 1.663-15/1998, convertida na Lei 9.711/1998, tenha alterado o art. 3º da Lei 7.986/1989, passando a exigir início de prova material para efeito do recebimento da pensão mensal vitalícia, tal alteração deve ser interpretada com bom senso, ou seja, com os pés na realidade, de maneira a não inviabilizar a vontade inequívoca do Constituinte. Isso porque, em muitos casos, não há como se exigir prova material (lançamentos em conta corrente do armazém/barracão do empregador, carteira de trabalho, documentos emitidos pela Comissão Administrativa de Encaminhamento de Trabalhadores para a Amazônia – Caeta, carteira de seringueiro, etc.) do exercício de uma atividade desenvolvida, por pessoas que sequer sabiam ler,<sup>46</sup> há mais de cinqüenta anos, nos confins da selva amazônica e em regime de trabalho que tangenciava o crime tipificado no art. 149 do CP, qual seja, a redução à condição análoga a de escravo, particularmente considerada a interpretação autêntica dada *a posteriori* pelo legislador à referida norma, por meio da Lei 10.803/2003.<sup>47</sup>

---

salários mínimos, aplicando-se no caso concreto o critério que for mais favorável ao trabalhador.

<sup>45</sup>Nesse sentido: “A norma que especificou os critérios para concessão da pensão vitalícia a que se refere o art. 54 do ADCT/1988 não previu o estabelecimento de idade mínima” (TRF 1ª Região, AC 200441000041753, Manoel José Ferreira Nunes, 1ª T, DJ 26/07/2006)

<sup>46</sup>De fato, gerentes, guarda-livros e caixeiros eram dos poucos que, além do seringalista, tinham instrução e sabiam ler nos seringais.

<sup>47</sup>Nesse sentido: TRF 1ª Região, AC 200001000442553, Eustáquio Silveira, 1ª T, DJ 20/09/2002

Impende salientar, neste passo, que embora não haja vinculação do valor de benefício previdenciário ao número de salários-mínimos, pois não há previsão de equivalência entre os indexadores do salário mínimo e os índices de reajuste dos benefícios previdenciários, o que ocorreu excepcionalmente tão-só no período de vigência do art. 58 do ADCT/1988, tal ilação não é válida para a pensão mensal vitalícia do “soldado da borracha”. Com efeito, o referido benefício especial tem seu valor vinculado ao salário-mínimo, de modo que deve corresponder sempre e sempre a dois salários-mínimos, reajustando-se seu valor destarte na mesma data e pelos mesmos índices do salário-mínimo, não se lhe aplicando, pois os índices de reajuste dos benefícios previdenciários em geral (IPC-r, INPC, IGP-DI, etc.).

A IN INSS/PRES 20/2007, que disciplina procedimentos a serem adotados pela área de Benefícios, veda a percepção cumulativa da pensão mensal vitalícia com qualquer outro benefício de prestação continuada mantido pela Previdência Social, ressalvada a possibilidade de opção pelo benefício mais vantajoso (art. 619). Ocorre que essa restrição — a qual se justificaria em tese na presunção de que a percepção de benefício previdenciário exclui a situação de carência para o seu titular — não encontra respaldo legal, sendo por isso mesmo ilegítima, pois não pode a Administração, por meio de ato regulamentar, inovar no mundo jurídico, impondo restrição inexistente na lei.<sup>48</sup> Desse modo, é possível a cumulação da pensão mensal vitalícia com aposentadoria rural por idade — como ocorre na maioria das vezes —, até porque os fatos jurídicos de uma e de outra são diversos. Entretanto, não se pode admitir, por exemplo, a cumulação com uma aposentadoria por tempo de serviço no valor hipotético de R\$ 1.500,00, pois aí não há sequer a situação de carência a justificar a concessão da pensão mensal vitalícia, nos termos do que dispõe o art. 1º da Lei 7.986/1989.

---

<sup>48</sup>Nesse sentido: STJ, RESP 501.035, Paulo Gallotti, 6ª T, DJ 06/12/2004 e TRF 1ª Região, AC2004.41.00.001324-7, José Amilcar Machado, 1ª T, DJ 29/05/2006. De se lembrar que diversamente, em relação ao benefício assistencial de prestação continuada, há vedação legal expressa no art. 20, §4º, da Lei 8.742/1993, de modo que no caso então se justifica a não-cumulatividade.

## 6. Ex-Sasse

---

A Lei 3.149/1957 instituiu o Serviço de Assistência dos Economizários — Sasse (art. 1º), tornando segurados (chamados pela lei de “associados”) obrigatórios desta autarquia federal todos os que, sob qualquer forma, exerciam atividade no Conselho Superior e nas Caixas Econômicas Federais (art. 2º), permitindo a filiação facultativa aos diretores do Conselho Superior e das Caixas Econômicas Federais, bem assim aos funcionários das Caixas Econômicas Estaduais (art. 3º). O art. 8º versava sobre os benefícios, merecendo destaque a aposentadoria, nas mesmas bases concedidas aos funcionários públicos federais e a pensão por morte, no valor mínimo de 60% (parcela fixa do benefício, sendo a outra parcela variável, correspondente ao número de componentes da família do servidor) para seus dependentes.

Posteriormente, a Lei 6.430/1977 extinguiu o Sasse, transferindo os economizários segurados obrigatórios deste regime previdenciário especial para o regime geral de previdência social – RGPS, então regido pela Lei 3.807/1960 – LOPS, assegurando, outrossim, a esses segurados e respectivos dependentes, sem solução de continuidade, o direito às prestações do regime especial de Previdência Social determinado na Lei 3.149/1957, bem assim o direito adquirido em relação aos benefícios não requeridos (art. 1º, §4º). Em relação aos servidores das Caixas Econômicas Estaduais, então segurados/associados facultativos do Sasse, a referida lei também determinou sua filiação obrigatória ao RGPS, salvo se estivessem vinculados a regime próprio de Previdência Social (art. 3º). O reajuste dos benefícios transferidos segue os índices do RGPS (art 1º, §3º)<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup>Nesse sentido: “Com o advento da Lei 6.430/1977, as aposentadorias e pensões a cargo do Sasse, então extinto, foram repassadas ao então INPS, passando a reger-se pelo Regime Geral de Previdência Social, inclusive no que tange aos respectivos reajustes.” (TRF 4ª Região, AC 200304010488468, Sebastião Ogé Muniz, 6ª T, DJ 21/02/2007). Em sentido contrário, entendendo pelo direito adquirido à paridade entre servidores ativos e inativos: “Os ex-servidores da CEF, aposentados vinculados ao Sasse, com benefícios concedidos antes da Lei 6.430/1977, têm direito ao pagamento de sua aposentadoria com observância das mesmas regras aplicadas aos servidores públicos estatutários (Lei 1.711/1952), inexistindo alteração em suas situações jurídicas pela superveniência da Lei 6.430/1977, que extinguiu o Sasse e transferiu as suas obrigações e responsabilidades para o INSS. Precedentes. A redação original do art. 40, §4º, da CR/1988, assegurava que os proventos da aposentadoria seriam revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se

Aluda-se que, como a Lei 1.711/1952, então Estatuto dos Servidores Públicos civis da União, permitia a aposentadoria com proventos integrais (leia-se, iguais aos vencimentos da ativa), ainda hoje existem alguns benefícios ex-Sasse mantidos e cujo valor é superior ao teto do RGPS, sem que isso implique malferimento a qualquer norma jurídica, desde que obedecido o teto constitucional do serviço público, a partir de fevereiro de 2004, não havendo que se falar em qualquer limitação anterior, em observância ao princípio da reserva legal, tampouco em direito adquirido a continuar recebendo acima do teto, mercê do art. 17 do ADCT/1988 e do art. 248 da CF/1988, introduzido pela EC 20/1998, e considerando a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

## 7. Empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT: complementação de benefício previdenciário

---

A Lei 8.529/1992 instituiu a complementação da aposentadoria do pessoal do extinto Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, garantindo a complementação da aposentadoria paga na forma prevista pela Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT que tenham sido integrados nos seus quadros até 31 de dezembro de 1976 (art. 1º). Essa complementação é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo INSS e o valor da remuneração correspondente à do pessoal em atividade na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço, sendo paga pelo INSS à conta da União (art. 2º, *caput*, art. 5º e art. 6º). O reajuste do valor da aposentadoria complementada obedece aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração dos empregados da ECT em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles (art. 2º, parágrafo único). Essa complementação se estende à pensão (arts. 1º e 5º do Decreto 882/1993).

---

modificar a remuneração dos servidores em atividade, aplicando-se tal dispositivo constitucional a todos os servidores públicos aposentados em data anterior à nova Constituição, dentre os quais os segurados aposentados com benefícios de natureza estatutária.” (TRF 1ª Região, AC 199934000013543, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª T, DJ 15/05/2006)

Daí bem se vê que essa complementação de aposentadoria aos empregados da ECT muito se aproxima daquela complementação de benefício previdenciário prevista para os ferroviários, já estudada acima. Portanto, aplicam-se as mesmas ilações lá desenvolvidas, guardadas as devidas proporções, especialmente sobre a necessidade de litisconsórcio passivo entre o INSS e a União<sup>50</sup>.

Impende salientar, finalmente, que a despeito da entrada em vigor da Lei 8.529/1992, em 15 de dezembro de 1992, somente veio a ser regulada por meio do Decreto 882, de 28 de julho de 1993, de maneira que o INSS iniciou o pagamento da complementação em novembro de 1993, após a Lei 8.695/1993 abrir o Orçamento da Seguridade Social para o crédito destinado a fazer frente a essa despesa. Ocorre que os atrasados referentes a dezembro de 1992 até outubro de 1993 foram pagos pelo INSS somente em fevereiro de 1994 sem a devida correção monetária. Desse modo, a maioria das ações judiciais em torno desse assunto versa o direito à correção monetária das complementações de dezembro de 1992 até outubro de 1993 pagas com atraso, direito esse que já foi placitado nos termos da jurisprudência tranqüila<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> A propósito: “*Administrativo. Processual civil. Complementação de aposentadoria. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Legitimidade passiva da União. Reconhecimento. Formação de litisconsórcio. Necessidade. Recurso especial conhecido e provido.* 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a União tem legitimidade para figurar no pólo passivo das ações em que se postula a correção monetária da aposentadoria prevista em Lei 8.529/1992. 2. Na hipótese, é de se reconhecer a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre a União e o INSS, tendo em vista que este é executor do pagamento em função do repasse da verba necessária por aquela, nos termos do art. 7º do Decreto 882/1993. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp 638.009, Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJ 07/05/2007)

<sup>51</sup> Nesse sentido: “Aos ex-empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo, optantes por seus quadros funcionais até 31 de dezembro de 1976, é assegurada a complementação de suas aposentadorias a partir do advento da Lei 8.529, de 14 de dezembro de 1992, sendo-lhes garantido, ainda, em caso de atraso na quitação de quaisquer parcelas por parte da autarquia previdenciária, o pagamento de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do devedor. Precedentes.” (STJ, RESP 877113, Felix Fischer, 5ª T, DJ 15/10/2007) e “Parcelas de complementação de aposentadoria, pagas tardiamente, na via administrativa, pelo INSS, à conta da União, nos termos da Lei 8.529/1992, devem ser corrigidas monetariamente, sob pena de locupletamento ilícito dos réus, porquanto se trata de dívida de valor, de caráter alimentar, não constituindo a correção monetária um *plus*, mas mera reposição do poder de compra da

## 8. Juízes classistas temporários da Justiça do Trabalho e juízes da Justiça Eleitoral nomeados na forma do art. 119, II, e art. 120, §1º, III, da CF/1988

A CF/1988, na sua redação originária, numerava a Junta de Conciliação e Julgamento entre os órgãos da Justiça do Trabalho (art. 111, III), composta de um juiz do trabalho, magistrado de carreira que a presidia, e dois juízes classistas temporários, representantes dos empregados e dos empregadores (art. 116). Também havia representantes classistas nos Tribunais Regionais do Trabalho (art. 115, III) e no Tribunal Superior do Trabalho (art. 11, §1º, II). O mandato dos representantes classistas, em todas as instâncias, era de 3 anos (art. 117). A EC 24/1999 extinguiu os representantes classistas temporários em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, bem assim as Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecendo no lugar destas as Varas do Trabalho, cuja jurisdição passou a ser exercida por um juiz do trabalho singular.

Em relação à Justiça Eleitoral, cumpre referir que não possui um quadro próprio de magistrados, valendo-se de juízes provenientes de diversas carreiras da magistratura, bem como de diferentes graus hierárquicos: ministros do STF e do STJ, desembargadores dos Tribunais de Justiça e juízes estaduais e federais, bem assim advogados, que são investidos na judicatura eleitoral por dois anos, podendo haver recondução consecutiva somente para mais outro biênio. Daí não se extrai a ilação de que a Justiça eleitoral funcione periodicamente: antes e pelo contrário, funciona de modo permanente (como as demais Justičas), tanto no período de eleições como nas épocas intermédias.

A Lei 6.903/1981 dispôs sobre uma aposentadoria especial para os juízes classistas da Justiça do Trabalho, bem assim para os advogados que atuavam como juízes na Justiça Eleitoral, enfim, para aqueles que atuavam temporariamente nas Justičas Trabalhista e Eleitoral, sem serem magistrados de carreira (art. 1º), vinculando-os ao mesmo regime previdenciário dos servidores públicos civis da União. A aposentadoria podia ser por invalidez, compulsória, aos 70 anos de

moeda, corroído pelo processo inflacionário.” (TRF 1ª Região, AC 200138000287782, Neuza Alves, 2ª T, DJ 26/10/2007)

idade, e voluntária, após 30 anos de serviço, computado o tempo de atividade remunerada abrangida pelo RGPS, com proventos integrais ou proporcionais (arts. 2º e 3º).

A Lei 9.528/1997 revogou a Lei 6.903/1981, determinando que magistrados classistas temporários da Justiça do Trabalho e os magistrados da Justiça Eleitoral nomeados na forma do art. 119, II, e art. 120, §1º, III, CF/1988, permanecessem abrangidos pelo regime jurídico a que pertenciam antes do exercício da judicatura, mantida a referida vinculação previdenciária durante o exercício do mandato (arts. 5º e 15). Outrossim, o aposentado de qualquer regime previdenciário que exercer a magistratura nos termos deste artigo vincula-se, obrigatoriamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS (art. 5º, §1º).

## 9. Pensões especiais

Já ficou dito lá no início que os benefícios especiais foram criados para conceder prerrogativas a algumas categorias profissionais ou para atender a demandas sociais geradas por fatos extraordinários, de grande repercussão nacional, sendo que, neste caso, o benefício tem caráter indenizatório ou assistencial. As pensões especiais ora analisadas se enquadram nessa segunda categoria. Ressalte-se, outrossim, que as pensões especiais de ex-combatente e do “soldado da borracha” já foram analisadas acima.

### 9.1. Síndrome da Talidomida

A Lei 7.070/1982 criou uma pensão especial aos portadores de deficiência física conhecida como “Síndrome da Talidomida”. A talidomida é um medicamento desenvolvido na Alemanha (como também o foi a famosa aspirina) para ser usado como sedativo. Em 1960, ficou comprovado que, consumida por gestantes, a talidomida provocava o encurtamento dos membros junto ao tronco do feto, motivo por que foi proibida sua comercialização em 1961, sendo que esta proibição no Brasil só se deu a partir de 1965. Esta ineficiência do governo em retirar do mercado o medicamento implicou diversas ações judiciais em que se pleiteava indenizações contra a União, as quais, somadas à opinião pública, culminaram com a edição da referida lei.

A pensão especial aos portadores da Síndrome de Talidomida, que é mantida pelo INSS por conta da União (art. 4º), tem natureza indenizatória, porque é inacumulável com qualquer outra indenização pelo mesmo fato paga pela União, inclusive o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF/1988, e art. 20 da Lei 8.742/1993 – LOAS, mas pode ser acumulada com outros benefícios de natureza previdenciária (art. 3º, *caput* e §1º)<sup>52</sup>. Essa pensão é devida aos deficientes portadores da Síndrome da Talidomida nascidos a partir de 1º de janeiro de 1957 — data do início da comercialização da droga denominada Talidomida, inicialmente comercializada com os nomes comerciais de *Sedin*, *Sedalis* e *Slip*, nos termos do art. 610 da IN INSS/PRES 20/2007, que disciplina procedimentos a serem adotados pela área de Benefícios —, desde que comprovada por laudo médico pericial a relação de causalidade entre a deficiência apresentada e a ingestão do referido medicamento por sua progenitora no período gestacional, sendo que sua renda mensal inicial – RMI é calculada com base nos pontos indicadores da natureza e no grau da dependência resultante da deformidade física, à razão, cada um, de metade do maior salário mínimo (art. 1º, §§ 1º e 2º)<sup>53</sup>.

O beneficiário desta pensão especial, maior de 35 anos, que necessite de assistência permanente de outra pessoa e que tenha recebido pontuação supe-

<sup>52</sup>Também pode ser cumulada com eventual pensão paga pela fundação alemã “Hilfswerk für Behinderte Kinder” (Obra de Assistência para as Crianças Deficientes) aos portadores de deficiências físicas graves decorrentes do uso da droga denominada Talidomida.

<sup>53</sup>*Previdenciário. Pensão especial para portadores da síndrome da talidomida. Lei 7.070/1982. Comprovação. Concessão desde o requerimento administrativo. RMI. Honorários.* 1. Sendo o laudo médico judicial no sentido de que a deficiência da autora é característica da Síndrome da Talidomida, é de ser concedido o benefício postulado desde a data do requerimento administrativo, conforme a Lei 7.070/1982. 2. A RMI do benefício será calculada em função dos pontos indicadores da natureza e do grau de dependência, resultante da deformidade física, para o trabalho, para a deambulação, para a higiene pessoal e para a própria alimentação, atribuindo-se a cada um dos indicadores 1 (um) ou 2 (dois) pontos, respectivamente, conforme seja o seu grau parcial ou total, sendo que, na renda, cada ponto somado será calculado a razão de metade do maior salário mínimo vigente no país. 3. Os honorários advocatícios a que foi condenada a Autarquia restam fixados em 10% e devem incidir tão-somente sobre as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as parcelas vencidas, na forma da Súmula 111 do STJ, conforme entendimento pacificado na Seção Previdenciária deste Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça.” (TRF 4ª Região, AC 200172020038020, Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, Turma Suplementar, DJ 12/04/2007)

rior ou igual a 6, faz jus a um adicional de 25% sobre o valor deste benefício (art. 3º, §2º, incluído pela MP 2.187/2001). Há também outro adicional de 35% para o beneficiário que tenha: [i] vinte e cinco anos, se homem, e vinte anos, se mulher, de contribuição para a Previdência Social; ou [ii] cinqüenta e cinco anos de idade, se homem, ou cinqüenta anos de idade, se mulher, e contar pelo menos quinze anos de contribuição para a Previdência Social (art. 3º, §3º, incluído pela Lei 10.877/2004). Finalmente, esta pensão não gera pensão, sendo intransferível (art. 1º, *caput*).

## 9.2. Hemodiálise de Caruaru

A Lei 9.422/1996 instituiu pensão especial, retroativa à data do óbito, no valor de um salário mínimo, ao cônjuge, companheiro ou companheira, descendente, ascendente e colaterais até 2º grau das vítimas fatais de hepatite tóxica, por contaminação em processo de hemodiálise no Instituto de Doenças Renais, sediado em Caruaru/PE, no período compreendido entre fevereiro e março de 1996, tragédia de repercussão nacional (art. 1º). Havendo mais de um pensionista habilitado ao recebimento da pensão, o rateio obedece as regras do RGPS (art. 2º).

Esta pensão tem natureza indenizatória. Daí, duas conclusões. Primeira: pode ser cumulada com outros benefícios previdenciários ou assistenciais. Nesse sentido é expresso o art. 630 da IN INSS/PRES 20/2007, que autoriza a cumulação desta pensão especial com o benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei 8.742/1993 – LOAS. Segunda: no caso de a Justiça sentenciar os proprietários do Instituto de Doenças Renais de Caruaru com o pagamento de indenização aos dependentes das vítimas, cessa imediatamente seus efeitos, por expressa determinação do art. 5º da referida Lei 9.422/1996.

Finalmente, este benefício, que é pago pelo INSS por conta da União (art. 6º), é intransmissível, extinguindo-se com a morte do beneficiário (art. 4º).

## 9.3. Acidente nuclear com o céσιο 137 em Goiânia

Do mesmo modo como ocorreu com a tragédia da hemodiálise em Caruaru, ensejando a sobredita Lei 9.422/96, o acidente com o Césio 137 ocorrido em Goiânia, quando dois catadores de sucata removeram, do antigo Instituto Goiano de Radioterapia, a peça de uma máquina de raio-x abandonada, com a intenção de vender o chumbo que a compunha, ensejou a instituição de uma pensão especial às vítimas desse acidente que é registrado como o maior acidente nuclear do Brasil e o maior em área urbana do mundo, por meio da Lei 9.425/1996.

Nos termos da Lei 9.425/1996, a pensão especial é personalíssima e intransferível (art. 1º), sendo que seu valor inicial varia entre 150 e 300 Ufir, conforme haja ou não incapacidade funcional ou laborativa decorrente da irradiação ou contaminação, o grau de contaminação e a anomalia de descendentes de pessoas irradiadas ou contaminadas (arts. 1º e 2º). A comprovação de ser a pessoa vítima do acidente radioativo ocorrido com o céσιο 137 deverá ser feita por meio de junta médica oficial, a cargo da Fundação Leide das Neves Ferreira, com sede em Goiânia, e supervisão do Ministério Público Federal (art. 3º). Havendo condenação judicial da União ao pagamento de indenização por responsabilidade civil em decorrência do referido acidente, o montante da pensão especial será obrigatoriamente deduzido do *quantum* da condenação (art. 4º)<sup>54</sup>. O pagamento deste benefício é feito por conta da União e sob a supervisão do Ministério da Fazenda (art. 5º).

Cumprir registrar que também o Estado de Goiás, reconhecendo sua parcela de responsabilidade no acidente, editou a Lei Estadual 10.977/1989, concedendo pensão especial às vítimas do acidente com o céσιο 137 ocorrido em Goiânia, valendo advertir que não existe qualquer restrição no recebimento cumulativo das pensões especiais instituídas pela lei federal, a cargo da União, e pela lei estadual, a cargo do Estado de Goiás.

<sup>54</sup>No âmbito do TRF 1ª Região, calha referir que a 5ª Turma não tem reconhecido a responsabilidade civil da União pelo acidente nuclear com o céσιο 137 em Goiânia (v.g.: AC 2001.01.00.014371-2, Selene de Almeida, DJ 27/07/2005). Entretanto, a 6ª Turma inaugurou recente entendimento diverso, na AC 2003.01.00.038194-4, David Wilson de Abreu Pardo, DJ 22/10/2007.

## 9.4. Portadores de hanseníase

---

A Lei 11.520/2007, conversão da MP 373/2007, dispõe sobre a concessão de pensão especial às pessoas atingidas pela hanseníase<sup>55</sup> que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios. Essa lei veio para reparar os efeitos causados por ações do Estado embasadas por teorias científicas vigentes à época e que causaram danos irreversíveis a essas pessoas.

De fato, a legislação sanitária brasileira da Primeira República previa o isolamento de pessoas com hanseníase em colônias construídas especificamente para esse fim. Ademais, os portadores de hanseníase não submetidos a isolamento, o que ocorria em virtude de as colônias serem em número insuficiente, eram marginalizados, não podiam trabalhar e, sem condições de subsistir, mendigavam pelas ruas. A partir de 1930, o combate à hanseníase foi ainda mais disciplinado e sistematizado. Reforçou-se, então, a política de isolamento compulsório que mantinha os doentes asilados em hospitais-colônia. Quando se concluiu a rede asilar do País, o isolamento forçado ocorreu em massa, sendo que muitos doentes foram capturados ainda na juventude, de forma violenta e internados compulsoriamente. Os anos se passaram, e o Brasil, seguindo a tendência mundial, começou a pôr fim ao isolamento compulsório mantendo um regime de transição semi-aberto. A internação compulsória foi abolida formalmente em 1962, mas ainda existem 33 hospitais-colônia ativos, dado que, apesar da consolidação da cura da hanseníase por meio da poliquimioterapia no início da década de 80, realizada sem necessidade de internação, esses estabelecimentos passaram a asilar antigos doentes que não possuíam mais vínculos familiares ou sociais, aqueles que, mesmo curados, continuavam dependentes de tratamento por conta de seqüelas, além de ex-pacientes que saíram, mas retornaram por não terem condições de sobreviver fora da instituição.

Nos termos da Lei 11.520/2007, a pensão especial no valor de R\$ 750,00 é intransmissível e seu processamento e pagamento cabe ao INSS (art. 1º), por conta da União (art. 6º), após concessão por ato do Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, ouvida previamente a Comissão Interministe-

rial de Avaliação (art. 2º). Essa pensão especial pode ser cumulada com benefícios previdenciários, mas não é cumulável com indenização que a União venha a pagar decorrente de responsabilidade civil pelos mesmos fatos, ressalvado direito de opção (art. 3º).

## 10. Epílogo

---

Muitos dos benefícios especiais acima estudados foram criados sem a respectiva contrapartida dos beneficiários, o que, antes de traduzir um aspecto negativo, muito pelo contrário, representa o ônus da atuação efetiva do Estado na concretização dos objetivos fundamentais da República, que há de ser muita vez repartido com toda a sociedade, especialmente naqueles benefícios oriundos de fatos extraordinários de repercussão nacional. E a ilação tanto mais se reforça quando olhamos para o passado recente e lembramos que o saldo absolutamente positivo no início da previdência brasileira — assim do regime geral como dos regimes próprios — foi utilizado para outras finalidades, a exemplo da construção de Brasília, da Companhia Siderúrgica Nacional, da hidrelétrica Itaipu Binacional, carteiras de crédito do Banco do Brasil, o atual Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social etc. Não se pode negar a importância da destinação desses recursos. Do mesmo modo ou por uma questão de paralelismo, não se pode negar a importância dos benefícios ora estudados, considerada sua função social em detrimento do aspecto meramente financeiro.

Nesse sentido, vale salientar que as poucas linhas dedicadas aos referidos benefícios não pretendem esgotar o assunto, o que seria impossível no contexto naturalmente limitado do presente trabalho, mas servem de estímulo e ponto de partida para uma reflexão mais profunda dos operadores do direito sobre o tema que, mercê de representar pouco, em termos quantitativos, na prática forense, não é abordado comumente pela doutrina, implicando destarte um esforço maior para a atuação profissional, nos casos concretos, com a qualidade e eficiência que demanda a sociedade brasileira nesses tempos modernos.

---

<sup>55</sup>o nome inicial da doença era lepra, mas foi alterado devido ao preconceito com o qual a doença era encarada na sociedade

# A Cofins das instituições financeiras

Luís Carlos Martins Alves Jr.\*

## I. A consulta da Consif/Febraban

1. A Consif – Confederação Nacional do Sistema Financeiro e a Febraban – Federação Brasileira de Bancos, por seu ilustre advogado Léo Krakowiack, formularam aos eminentes professores Marco Aurélio Greco, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Alcides Jorge Costa a seguinte consulta:

A chamada 'Cofins' (contribuição social para financiamento da Seguridade Social) foi instituída pela Lei Complementar 70/1991, estabelecendo seu art. 2º que a mesma 'incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza'. Posteriormente, foi editada a Lei 9.718/1998 que, embora também estabeleça em seu art. 2º o faturamento como base de cálculo da contribuição, dispõe no art. 3º que o 'faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica' declarando seu § 1º que 'entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas'.

Considerando que a Lei 9.718/1998 foi publicada antes da promulgação da Emenda Constitucional 20/1998, que modificou a redação do art. 195 da Constituição Federal para outorgar competência à União Federal para instituição de contribuição social sobre receita, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional aquele § 1º do art. 3º da referida Lei 9.718/1998, valendo transcrever o seguinte excerto da ementa do acórdão proferido no RE 390.485:

*'Contribuição social – PIS – receita bruta – noção inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional 20/1998, consolidou-se no sentido*

*de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-se à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.*

*É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvidas e da classificação contábil adotada'*

Com base nesta decisão, os diversos processos pendentes de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal passaram a ser julgados monocraticamente por seus Ministros, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC.

Ocorre, porém, que nos processos de sua Relatoria o ilustre Ministro Cezar Peluso tem proferido decisões do seguinte teor:

'2. Consistente, em parte, o recurso, uma das teses do acórdão recorrido está em aberta divergência com a orientação da Corte, cujo Plenário, em data recente, consolidou, com nosso voto vencedor declarado, o entendimento de inconstitucionalidade apenas do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que ampliou o conceito de receita bruta, violando assim a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b, da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais (cf. RE n. 346.084-PR, Rel. orig. Min.

Ilmar Galvão; RE 357.950-RS, RE 358.723-RS e RE 390.840-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, todos julgados em 09/11/2005. Ver Informativo STF 408, p. 1). 3. Diante do exposto, e com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para, concedendo, em parte, a ordem, excluir, da base de incidência do PIS e da Cofins, receita estranha ao faturamento das correntes, entendido esse nos termos já suso enunciados. Custas em proporção'.

O teor desta decisão gera grande insegurança jurídica e dificuldades às empresas, seja para efetuar o levantamento de depósitos judiciais, seja para habilitar o crédito correspondente aos pagamentos indevidos com vistas à sua compensação.

Com efeito, a prevalecer o entendimento adotado pelo Ministro Peluso, além da base de cálculo

\* Procurador da Fazenda Nacional. Coordenação-Geral da Representação Judicial. Núcleo de Acompanhamento Especial do Supremo Tribunal Federal.

da contribuição ficar sujeita a um grau de incerteza absolutamente incompatível com uma obrigação tributária, até porque como é notório diversas empresas possuem objeto social extremamente amplo, exercendo ora uma ora outra atividade, passariam a ser incluídas na base de cálculo da contribuição diversas receitas sobre as quais anteriormente ao advento da Lei 9.718/1998 jamais se cogitou de sua incidência, como por exemplo as receitas financeiras auferidas pelas empresas 'holding'.

Nessas condições, apreciaríamos contar com o parecer de V. Exa. a propósito das seguintes questões:

A) Qual a amplitude da base de cálculo da Cofins tal como prevista pela Lei Complementar 70/1991? Esta base de cálculo era diferente em função da atividade desenvolvida pela empresa, de tal modo que receitas financeiras ou dividendos integrariam a base de cálculo de uma empresa 'holding' mas não a base de cálculo de uma empresa comercial ou prestadora de serviços?

B) A base de cálculo sobre qual pode exigida a Cofins na vigência da Lei 9.718/1998, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, equipara-se à soma das receitas oriundas das atividades empresariais?

C) Receitas financeiras podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da Cofins sob a égide da Lei 9.718/1998 (afastado por inconstitucional o § 1º do seu art. 3º)? Esta resposta se altera em função da empresa envolvida ser uma empresa comercial, uma prestadora de serviços, uma 'holding' ou uma instituição financeira?

D) Especificamente quanto às instituições financeiras, o fato de que no passado pagavam a contribuição ao Finsocial sobre suas receitas operacionais, nos termos do art. 1º, § 1º, 'b' do DL 1.940/1982, interfere na resposta ao quesito anterior ou apenas evidencia tratar-se de conceito distinto do de faturamento, previsto na alínea 'a' daquele mesmo dispositivo de lei?

E) O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), no item 5 ('Definições') do 'Anexo sobre serviços financeiros' trata as atividades financeiras e bancárias como 'serviço financeiro'. Tal circunstância de algum modo tem o condão de caracterizar as receitas decorrentes das atividades previstas naquele Acordo como receitas de 'serviço' para efeito de incidência da Cofins?"

## II. As repostas aos quesitos formulados

2. Os ilustres pareceristas externaram, individualmente, suas respostas aos quesitos formulados pelas consulentes na ordem subsequente:

Quesito "A".

A.1. Marco Aurélio Greco:

"A base de cálculo da contribuição prevista na LC 70/1991 corresponde ao faturamento assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

*Não.* Faturamento é conceito em que a identificação da sua amplitude depende do exame de elementos objetivos e não subjetivos. Como objeto que existe em si algo não deixa de sê-lo ou passa a sê-lo em função das pessoas levadas em consideração.

Receitas financeiras e dividendos não configuram faturamento nos termos do art. 195, I, da CF/1988, seja qual for a natureza da pessoa jurídica que os auferir. Faturamento indica a cobrança de um preço a título de contraprestação num negócio bilateral."

A.2. Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

"Em síntese, prevendo a CF que a seguridade social será financiada por toda a sociedade (art. 195, *caput*), é possível admitir que a empresa deva a contribuição sobre o faturamento mesmo quando, em suas vendas, não proceda à extração de faturas. Entende-se, assim, o entendimento uniforme do STF do faturamento como receita das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (ao teor da LC 70/1991), admitindo um sentido de faturamento para efeitos fiscais que alcança todas as vendas, mesmo se não acompanhadas de fatura. Mas não atinge outros numerários, aqueles que não resultam de venda, como juros, aluguéis, variações monetárias, royalties, lucros e dividendos, descontos obtidos etc. Assim, quando a jurisprudência do STF diz que a distinção entre receita bruta e faturamento não é óbice à constitucionalidade de lei que os equipare, lembrando-se dispositivos legais, até anteriores à atual Constituição (por exemplo, o DL 2.397/1987), há de se ter em conta que o que ali se opera é uma equiparação entre termos, mas tomando-se receita bruta como 'receita bruta das vendas de mercadorias e serviços'".

### A.3. Alcides Jorge Costa:

“A base de cálculo da Cofins, tal como prevista pela Lei Complementar 70/1991 era o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Portanto, esta base de cálculo era o faturamento, produto da venda de mercadorias, destas e de serviços ou apenas de serviços de qualquer natureza, não se alterando em função da atividade desenvolvida pela empresa.

Assim, as empresas que não tinham faturamento por venda de serviços ou de mercadorias, como as holdings e outras não eram contribuintes da Cofins.

Entretanto, como atividade de empresas de outros ramos não envolvia faturamento, a Lei Complementar 70/1991, em seu art. 11, determinou um aumento de oito pontos percentuais na alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro devida instituições referidas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, a saber: bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedade corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada e aberta. Portanto, a Lei Complementar 70/1991 deixou claro que estas empresas não vendem mercadorias, nem serviços. Deixou claro, também, que não tendo as holdings faturamento por venda de serviços ou de mercadorias, nem constando da relação acima, não eram contribuintes da Cofins.”

### Quesito “B”.

#### B.1. Marco Aurélio Greco:

“*Não*. Adotar a soma das receitas oriundas das atividades empresariais como critério para determinar a amplitude do conceito constitucional de faturamento implica generalização subjetiva (basta ser pessoa jurídica) que desconsidera o tipo de atividade e a natureza da relação jurídica subjacente que enseja a respectiva cobrança. Com isto, (a) extrapola o conceito pressuposto assumido pelo art. 195, I, da CF/1988; (b) desconsidera a expressa previsão do art. 192, § 3º, que afirma que a atividade financeira não gera faturamento; e (c) implica, de forma indireta, restaurar parte do § 1º do art. 3º da Lei 9.718 que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

### B.2. Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

“A base de cálculo sobre a qual pode ser exigida a Cofins na vigência da Lei 9.718/1998, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, restringe-se apenas à receita oriunda efetivamente da *venda* de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”.

### B.3. Alcides Jorge Costa:

“Em vista do decidido pelo STF, no RE 390.840, a base de cálculo sobre a qual pode ser exigida a Cofins não se equipara à soma das receitas oriundas das atividades empresariais, mas limita-se à receita oriunda de venda de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”.

### Quesito “C”.

#### C.1. Marco Aurélio Greco:

“*Não*. Faturamento supõe a existência de um preço recebido no bojo de uma relação contraprestacional que encontra na venda de mercadorias e nas prestações de serviços sua mais nítida materialização. Receitas financeiras não atendem aos requisitos para configurar faturamento.

*Não*. A noção de faturamento se apóia em elementos objetivos (algo é) independente da pessoa que o auferir. Receita financeira não passa a ser faturamento pelo fato de ser auferida por pessoa de distinto objeto social.”

#### C.2. Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

“Receitas financeiras *não* podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da Cofins sob a égide da Lei 9.718 (afastado por inconstitucionalidade o § 1º do seu art. 3º). Esta resposta não se altera em função da empresa envolvida ser uma empresa comercial, uma prestadora de serviços, uma ‘holding’ ou uma instituição financeira.

A chamada *receita operacional* tem a ver com *todos os valores* financeiros cuja propriedade é adquirida por efeito do funcionamento da sociedade empresária. Daí decorre que *receita bruta* e *receita operacional* não se identificam inteiramente.

Trata-se da distinção entre receita bruta em sentido estrito, equivalente à fonte constitucional *faturamento*, e receita em termos de *receitas operacionais*. *Receita bruta* é das vendas de mercadorias e de serviços de qualquer natureza. Diferente dela são as *rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas*. A equivalência a *faturamento*, em seu sentido constitucional, cabe apenas ao que se denomina *receita bruta*.”

Entende-se, nesses termos, que a expressão *receita operacional*, se aplicada a faturamento no sentido constitucional, se refere apenas àquela obtida por efeito do funcionamento da sociedade empresária, mas tão-somente mediante a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza”.

### C.3. Alcides Jorge Costa:

“Receitas financeiras não podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da Cofins sob a égide da Lei 9.718/1998, afastado que foi, por inconstitucional o § 1º do seu art. 3º. Esta resposta não se altera pelo fato de a empresa envolvida ser uma holding, uma instituição financeira ou uma prestadora de serviços”.

### Quesito “D”.

#### D.1. Marco Aurélio Greco:

“Apenas evidencia tratar-se de conceito distinto. Exatamente porque não se reconhecia haver faturamento nesta hipótese é que foi necessário utilizar outro conceito, mais abrangente (receita bruta) para alcançar as receitas auferidas por tais instituições e resultantes de suas atividades típicas”.

#### D.2. Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

“A questão já foi abordada nas observações preliminares. Entendo que o art. 1º, § 1º, ‘b’ do DL 1.940/1982 na redação que lhe foi conferida pelo DL 2.397/1987, art. 22, evidencia-se a distinção entre *receita bruta* em sentido estrito, equivalente à fonte constitucional *faturamento*, e *receita* em termos de *receitas operacionais*. Ali está disposto que *receita bruta é das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza* (art. 22, § 1º, alínea *a*). Diferentemente dela são as *rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas* (alínea *b*), bem como as *receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas* (alínea *c*). A equivalência a *faturamento*, em seu sentido constitucional, cabe apenas ao que, no referido artigo, se denomina receita bruta. Aliás, sendo *faturamento* uma figura originária do direito comercial, a questão foi apreciada, no sentido exposto, pelo STF, ao julgar a constitucionalidade do art. 28 da Lei 7.738/1989, no RE 150.755/PE (RTJ 149/259)”.

#### D.3. Alcides Jorge Costa:

“A resposta é negativa. O Finsocial era outro tributo, de modo que a base de cálculo da Cofins não guarda relação direta com a daquele tributo, cujo exame se fez neste trabalho como ilustração histórica.

Ademais, o § 1º do art. 1º do Decreto-lei 1.940/1982, na redação do Decreto 2.397/1987, apenas evidenciou que faturamento (letra ‘a’) não se confunde com receita operacional (letra ‘b’).

### Quesito “E”.

#### E.1. Marco Aurélio Greco:

“*Não*. A mesma palavra pode assumir sentidos diferentes em função do contexto em que se insere. O termo ‘serviço’ utilizado no GATS não encontra uma definição que indique sua amplitude. Por tratar-se de um Acordo internacional de que participam vários Países as palavras são utilizadas num sentido tão abrangente que permita o consenso sobre o mérito negociado.

Por exemplo, em países como os europeus, a noção de ‘serviço’ para fins tributários é obtida por exclusão, enquanto no Brasil o é por inclusão. Distintos critérios de identificação implicam em distintos âmbitos circunscritos.

O sentido do termo ‘serviço’ deve ser aferido à luz da norma constitucional ou legal que o utiliza considerando seu contexto e a continuidade de significado que emana de sua história”.

#### E.2. Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

“A questão levantada refere-se à hipótese de a definição constante do referido Anexo, por integrar um acordo internacional de que fez parte o Brasil, deve ser vinculante de modo prevalecente para a legislação tributária brasileira, por força do CTN, art. 98, e da própria CF, art. 5º, § 2º. Assim, sendo as atividades financeiras definidas como *serviço*, elas estariam incluídas na definição de *receita bruta* como a *receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza*.

Antes de mais nada é preciso entender que essa prevalência de tratados e convenções internacionais não cabe em face da própria Constituição. Assim, quando a definição de um conceito tem a ver com a discriminação de competências constitucionais e é para elas relevante, é o conceito constitucional que prevalece sobre qualquer outro, definido em nível infraconstitucional, caso do GATS.

E, para tributação dos *serviços*, a Constituição Federal reservou competência exclusiva para os Municípios (art. 156 – IV: *serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar*), salvo os indicados na competência dos Estados (art. 155, II: *prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação*). Ou seja, justamente para efeitos da legislação tributária, *serviço* é um conceito constitucional.

Ademais, a questão está posta em cima de um equívoco. Não se trata de saber se o conceito de *serviço financeiro* integra a expressão *serviços de qualquer natureza*, conforme a definição *legal de receita bruta*, mas se faz parte da definição *constitucional de faturamento*.

Portanto, independentemente da questão referente à definição das atividades financeiras como serviço, pelo GATS e do conceito constitucional de *serviço* na competência tributária de Municípios e Estados, o problema relativo à Cofins está antes na definição de faturamento e não de receita bruta. Nesses termos, conforme o Ministro

Pertence, ‘a partir da explícita vinculação genética da contribuição social de que cuida o art. 28 da Lei 7.738/1989 ao Finsocial, é na legislação desta, e não alhures, que se há de buscar a definição específica da respectiva base de cálculo, na qual receita bruta e faturamento se identificam’. E nessa legislação (DL 2.397/1987, art. 22, § 1º), como já exposto, está disposto que *receita bruta é das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza (alínea a), dela distinguindo-se e dela excluindo-se as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a ela equiparadas (alínea b), bem como as receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas (alínea c)*. Tais rendas e receitas constituem *receita* enquanto *quantidade de valor financeiro, originários de outro patrimônio, cuja propriedade é adquirida pela sociedade empresária ao exercer as atividades que constituem as fontes do resultado*.

Vale dizer, ainda que se entendesse que o conceito *constitucional de serviço* pudesse agasalhar, para efeito de discriminação de competências tributárias, os serviços efetivamente prestados por instituições financeiras (como o *serviço* de cobrança de duplicatas, o serviço de emissão de talão de cheques e outros), as demais *receitas operacionais das instituições financeiras (receitas financeiras e outras) estão excluídas* do conceito de receita bruta em sentido estrito *para efeito de sua subsunção ao conceito constitucional de faturamento*. Não há, pois, como subsumir as demais *atividades financeiras* à expressão: *serviços de qualquer natureza*’.

Se o GATS denomina as atividades bancárias de serviço, isto poderia até significar a inclusão daquelas atividades no conceito de *receita bruta em sentido extenso*, (‘a receita’) mas não significaria sua absorção no conceito constitucional de *faturamento* (‘o faturamento’).

Mesmo essa hipótese tem de ser interpretada à luz do próprio GATS. As definições nele constantes são estabelecidas “for the purposes of this Annex” (Agreement on subsidies and countervailing mea-

asures, Annex on Financial Services, 5. Definitions). Os referidos *purposes* referem-se às atividades conduzidas por um banco central ou autoridade monetária ou de tarifas e também às atividades que formam parte do sistema legal de seguros sociais ou de planos de aposentadoria pública. Quanto a estas, o sentido é de atividades conduzidas pela entidade pública para as contas ou relacionadas com a garantia ou uso de recursos financeiros do Governo (Annex, 1., b, itens (i), (ii) e (iii)). Ou seja, a definição de atividades financeiras como *serviço* tem a ver com o acesso ao mercado, a eliminação de direitos de monopólio e “financial services purchased by public entities” (Understanding on Commitments in Financial Services, B, 1, 2). Ou seja, em questão está a cláusula da nação mais favorecida no que diz respeito à venda ou aquisição de recursos financeiros mediante operações com bancos e entidades equiparadas, realizadas com estes por uma entidade pública em seu território (valho-me do *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, World Trade Organization, Geneva, 1995, p. 356, 478).

Ora, o fato de se tratar a atividade financeira e bancária como ‘serviço financeiro’ não altera o núcleo conotativo da definição de receita bruta para efeito de equiparação a faturamento em sentido tributário: vendas. O GATS define a atividade em termos de aquisição e uso de *recursos bancários, não de tributação de receitas* de entidades financeiras. Não há como transferir a definição efetuada para aquele propósito para outro âmbito. Isso significaria, a tomar a transferência em toda a sua extensão, que a própria disciplina civil e comercial das operações bancárias teria de ser inteiramente revista, o que é um manifesto absurdo.

Ou seja, ainda que se denomine de ‘serviço financeiro’ a atividade financeira e bancária, o que importa é que o custo de operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas pelas instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia não constituem *receita* da venda de serviços em termos de receita bruta em sentido estrito, como base de cálculo equiparada a faturamento. E em nada altera essa conclusão o disposto no art. 98 do CTN, segundo o qual os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, devendo ser observados pela que lhes sobrevenha. Afinal, a utilização da definição do GATS referente à aquisição de recursos financeiros junto a bancos para qualificar sua receita para efeitos tributários é uma extensão indevida, por força da confusão que se estabelece entre as finalidades do Acordo e os objetivos constitucionais de definição de base de cálculo para tributos previstos pela CF.”

E.3. Alcides Jorge Costa:

“A resposta é negativa. As definições do Anexo do GATS sobre o que considera serviços financeiros limitam-se ao âmbito do próprio acordo, como nele mesmo está expressamente dito”.

3. Essas as respostas que cada um dos eminentes pareceristas deu às perguntas das consulentes.

### III. A argumentação de Marco Aurélio Greco

4. O seu argumento central é o de que “*instituição financeira não possui faturamento*”. Instituição financeira entendida como “a pessoa jurídica cuja atividade principal é a concessão de crédito (em suas múltiplas modalidades) e em função do que auferir juros e demais receitas correlatas”.

5. Afirma que “a inexistência de faturamento, no sentido adotado pelo art. 195, I, CF/1988, aplica-se em relação às receitas típicas de tais entidades e não a todas e quaisquer receitas que possam auferir”.

6. Nada obstante, explica: “ao prestar serviços pelos quais cobra preço, a instituição sujeita-se à incidência das contribuições ao PIS e da Cofins como qualquer outro prestador. Portanto, nesta dimensão, a instituição financeira tem faturamento.”

7. Nessa linha: “*o cerne é saber se o conceito de faturamento alcança sua receita típica, vale dizer, os juros, comissões e outras receitas direta ou indiretamente vinculadas à concessão do crédito*” — negritamos.

8. À luz da redação originária do art. 195 do Texto Constitucional, “só poderão ser alcançadas pelas contribuições as hipóteses que reúnam, ao mesmo tempo, as qualidades de ser um ‘empregador’ que tenha ‘faturamento’, pague ‘salário’ e obtenha ‘lucro’”. Portanto, “o Constituinte deliberou deixar de fora do âmbito de incidência todas as hipóteses ali não previstas — embora existentes no plano concreto. Atingir esta, só por nova fonte de custeio”.

9. Aduz que “independente da amplitude que se pretenda dar ao termo utilizado no artigo 195, I, da CF/1988, a própria Constituição faz questão de dizer explicitamente que a receita típica obtida com o desempenho desta atividade empresarial não configura ‘faturamento’, por ter outra natureza”.

10. Menciona a existência de um capítulo constitucional específico sobre o Sistema Financeiro que descia a minúcias várias e reconhecia existirem “taxas de juros” cobradas pelos Bancos, que eram tão relevantes que foram limitadas percentualmente (os famosos 12% do art. 192, § 3º, em sua redação originária). Daí, segundo Marco Aurélio Greco, estava “muito nítido que o Constituinte *reconhece expressamente* que a *atividade típica das instituições financeiras implica auferir juros e não faturamento.*”

11. Por isso, afirma: “a CF utilizou, ao definir a competência legislativa do art. 195, I, um termo (faturamento) que não alcançasse a figura dos juros, apesar de ser a mais típica receita oriunda do exercício dessa atividade empresarial (concessão de crédito). Portanto, continua o parecerista, “o que define faturamento no âmbito constitucional não é tratar-se de um ingresso oriundo de atividade empresarial típica e, ainda que o fosse, neste conceito certamente não se incluiria a receita típica das instituições financeiras, por força da expressa distinção instaurada pela Constituição Federal nos dois dispositivos mencionados”.

12. Em reforço de sua argumentação, recorda que a Emenda de Revisão 1 determinou fosse o PIS calculado “sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza”. Para Marco Aurélio Greco, o Constituinte reconheceu expressamente que o conceito de faturamento não alcança as receitas típicas das instituições abrangidas pelo inciso V do art. 75 do ADCT.

13. Também busca apoio no inciso III do § 2º do art. 149 (introduzido pela EC 33/2001) que contempla três bases de cálculo para as contribuições: o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação. Isso porque, segundo sua visão, “a previsão se justifica, porque há pessoas jurídicas que, no desempenho de suas atividades empresariais, auferem receita sem que esta configure faturamento, a justificar uma legislação específica”, como por exemplo o art. 12 da Lei 9.715/1998.

14. E tem como terceira perna de seu tripé argumentativo, o próprio art. 195 quando, ao enumerar as demais contribuições que irão custear a seguridade social, refere no inciso III a contribuição “sobre a *receita* de concursos de prognósticos”. Assim, continua, “a exploração dos concursos de prognósticos pode se dar empresarialmente, de modo que o sentido de faturamento fosse amplo, a ponto de alcançar qualquer receita

oriunda de atividade empresarial, não haveria sentido para o inciso III, pois já estaria abrangido pelo inciso I (debaixo da cláusula ‘faturamento’).

15. Ou seja, ao concluir, “a análise sistemática da CF/1988, na sua formulação original e nas Emendas que sofreu, indica — consistentemente — que o conceito de faturamento acolhido no art. 195, I, não alcança — pelo menos — a receita das instituições financeiras oriunda de sua atividade típica (concessão de crédito)”.

16. No tocante ao conceito de faturamento, assinala que “é um conceito determinado objetivamente (qualidades da realidade) e não subjetivamente (qualidades da pessoa)”. Assim, continua, “se determinada verba não configura faturamento quando vista da perspectiva objetiva, não será o fato de este mesmo tipo de verba ser auferido por outra pessoa jurídica que a tornará integrante do conceito faturamento. A natureza de uma verba — para fins de configurar, ou não, faturamento — não se transmuda ao sabor das pessoas que a recebem”.

17. Daí conclui que se “o recebimento de juros e outras receitas financeiras por pessoa jurídica que desenvolve atividade industrial ou comercial não integra o conceito constitucional de faturamento. Ora, por este tipo de receita estar fora do âmbito do conceito, assim permanece em toda e qualquer situação, seja qual for a atividade empresarial desenvolvida pela pessoa jurídica. A falta de um elemento *objetivo* não é suprida pela alteração do elemento *subjetivo*”.

18. Indaga: qual sentido de faturamento foi adotado para fins de incidência? A sua resposta é no sentido de que “a análise da legislação aponta previsão que *confirma que as instituições financeiras não possuem faturamento ao auferirem as receitas típicas de sua atividade empresarial*”. Marco Aurélio Greco defende a “*inaplicabilidade do conceito de faturamento às receitas oriundas da sua atividade empresarial típica, posto que a Constituição as afasta de sua abrangência.*”

19. Invoca o disposto no art. 11 e seu parágrafo único da Lei Complementar 70/1991, “que exclui as instituições financeiras do pagamento da contribuição social sobre o faturamento”, bem como as isenções concedidas nos arts. 6º e 7º da referida Lei. Segundo ele, o legislador reconheceu que a receita oriunda dessa específica atividade *encontra-se fora do âmbito de incidência da contribuição* por não ser alcançada pelo artigo 195, I, da CF/1988.

20. Diz que “A própria LC 70/1991 reconheceu que as receitas típicas da atividade financeira não poderiam ser alcançadas pela contribuição, exatamente por não pertencerem ao conjunto de hipóteses abrangidas pelo conceito de faturamento consagrado no art. 195, I, da CF/1988, qualquer que fosse sua amplitude”.

21. Ao seu sentir, O “preço” está no núcleo do conceito pressuposto de “faturamento”. Assevera que a Constituição não define expressamente faturamento, mas dele exclui os juros e as receitas correlatas à concessão de crédito. O sentido corrente é: “*faturar para cobrar um preço*”.

22. Informa que o legislador abandonou o conceito de faturamento (circunscrito a “preço”) e optou por um mais abrangente (receita bruta) “que não é sinônimo de faturamento, por alcançar até mesmo situações em que não há preço, mas que geram ingresso financeiro positivo ao patrimônio da pessoa jurídica”. Afirma que “o conceito que pode alcançar o produto da atividade econômica típica das instituições financeiras é o conceito de ‘receita’ (mais amplo) e não o de ‘faturamento’ (mais estreito)”.

23. Assinala que “a pretensão de tributar genericamente tudo que compõe a receita extrapola o conceito constitucional de faturamento, pois nem toda receita auferida pela pessoa jurídica advém de contratos bilaterais de cunho contraprestacional nem envolve cobrança mediante um instrumento específico que materializa a exigência de um ‘preço’. Não é o fato de determinada receita resultar da exploração do objeto social da pessoa jurídica que, *ipso facto*, determina estarmos diante de faturamento”.

24. Ao seu juízo, o entendimento de que o conceito de faturamento pressuposto pela CF/1988 seria o de receita bruta por força do art. 187, I, da Lei das S/A o que implicaria abranger a ‘soma das receitas oriundas das atividades empresariais’, restauraria a eficácia do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, julgado inconstitucional pelo STF.

25. Isso porque, entende, “a receita típica da pessoa jurídica que se dedica à concessão de crédito em suas diversas modalidades (embora abrangida pelo art. 187, I, da Lei das S/A) *é expressamente excluída pela Constituição do conceito de faturamento* e, portanto, não é através de uma forma indireta (via conceito societário) que se pode aportar a um sentido mais abrangente que o resultante do art. 195, I, da CF/1988”.

26. Por fim, visita o GATS para dizer que o termo “serviço” constante nessa norma internacional não poderia ser transplantável para o ordenamento jurídico brasileiro, pois esse termo tem significações distintas em vários países, mormente os europeus e, por conseguinte, não pode servir de autorização para se tributar os “serviços financeiros” prestados pelas instituições financeiras em face de suas atividades financeiras.

27. Após extensa análise, Marco Aurélio Greco respondeu aos quesitos que lhes formularam as consulentes, conforme já demonstrado.

#### IV. A argumentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

28. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., a questão nuclear da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 está localizada no sentido atribuído pelo legislador ao conceito de receita bruta, ao qual a expressão constitucional faturamento fora equiparada.

29. A partir das categorias da semiótica, faz uma análise semântica, sintática e pragmática dos conceitos de receita, faturamento e serviço e surpreende a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional que estaria algemado aos conceitos estipulados pelo legislador constitucional, sem descurar das mudanças socioeconômicas subjacentes.

30. Perspectiva que “a definição de faturamento e de receita, portanto, não é um instrumento tópico, que possa variar de política para política e de momento para momento, mas tem uma dimensão pragmática ostensiva que limita a estipulação discricionária: ela recupera a validade das práticas sociais e das decisões jurisprudenciais, evitando que elas se tornem imprestáveis num procedimento de interpretação constitucional”. Em reforço dessa perspectiva, se fia nos entendimentos dos Ministros Marco Aurélio, Octávio Gallotti e Luiz Gallotti.

31. Nessa linha, aduz que para o STF a equiparação de *receita bruta* a *faturamento* se alicerça no atributo *venda*. Daí que a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços é o faturamento, em uma interpretação extensiva.

32. Deduz que a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 se deveu à tentativa do legislador ordinário em equiparar o faturamento

(receita bruta) à receita, esta que tem como atributo essencial auferir quaisquer valores. O faturamento (ou a receita bruta) é o ingresso de valores mediante a venda de mercadoria e serviços. A receita é o ingresso de quaisquer valores.

33. O parecerista lança mão da teoria do “legislador racional” e exprime alguns de seus postulados: a) o legislador não cria normas impossíveis de serem executadas, daí por que não se pode desejar que alguém realize ou deixe de realizar o mesmo ato; b) o legislador não cria normas sem algum propósito, do qual decorre a razoabilidade de seus comandos; c) as condutas exigidas ou permitidas nas normas são aptas a levar os sujeitos normativos à consecução dos propósitos da regulação (coerência entre meios e fins); d) a vontade do legislador é unitária, de forma que as regras estão sistematicamente relacionadas; e) a vontade do legislador é completa, no sentido de que soluciona todos os casos por ele reputados como relevantes; f) o legislador é rigorosamente preciso e não cria normas inócuas ou redundantes.

34. Nesse sentido, continua, “o novo dispositivo trazido pela EC 20/1998 reforça a tese de que, na Constituição Federal, mormente para efeitos fiscais, faturamento e receita são conceitos distintos, ainda que ou um ou outro possam configurar base de cálculo de contribuição social”. Nessa perspectiva, a EC 20/1998 alargou a base de cálculo da Cofins ao introduzir a expressão “receita”. Por essa razão, há uma diferença significativa entre a classe genérica receita e a receita em sentido estrito. Isso porque, antes da EC 20/1998, faturamento se equivaleria à receita bruta das vendas de mercadorias e serviços (receita em sentido estrito).

35. Acolhe a expressão *receita* como “as quantidades de valor financeiro, originários de outro patrimônio, cuja propriedade é adquirida pela sociedade empresária ao exercer as atividades que constituem as fontes de resultado, conforme o tipo de atividade por ela exercida”.

36. Ao seu juízo a decisão do STF “ao declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, não tenha sido redefinir o conceito constitucional de faturamento, mas sim o de rechaçar a definição legal de receita bruta estabelecida pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, por ser esta inadequada àquela expressão constitucional”.

37. Entende a receita operacional como “a receita bruta de tais vendas ou negócios, mas não incorpora outras modalidades de ingresso financeiro: *royalties*, *aluguéis*,

rendimento de aplicações financeiras, indenizações etc.”.

38. Socorre-se do magistério de Bulhões Pedreira para quem receita “é o valor financeiro cuja propriedade é adquirida por efeito do funcionamento da sociedade empresária. As quantidades de valor financeiro que entram no patrimônio da sociedade em razão do seu financiamento e capitalização não são receitas; na transferência de capital de terceiros a sociedade adquire apenas o poder de usar o capital; na de capital próprio adquire a propriedade de capital destinado a aumentar seu capital estabelecido”.

39. Com esteio nesse magistério, informa que receita e resultado não se confundem: o segundo é mais extenso (conceito denotativo) que o primeiro. Ou seja, conclui, por força dessa distinção será possível dizer que receita tem a ver com valores cuja propriedade, sendo adquirida por força do funcionamento da empresa (atividade típica, receita operacional), excluiria a receita não operacional.

40. Afirma que “o conceito de receita, como nova fonte instituída pela EC 20/1998, é que significaria quantidade de valor financeiro, originário de outro patrimônio, cuja propriedade é adquirida pela sociedade empresária ao exercer as atividades que constituem as fontes do resultado: todas as receitas operacionais. Afinal, da receita operacional se excluem os valores que constituem a receita não operacional, os que entram no patrimônio da sociedade por força de financiamento e capitalização, o capital de terceiros do qual a empresa tem apenas o uso”.

41. Assim, entende correta a interpretação do Ministro Carlos Britto que restringe a expressão receita operacional àquela obtida mediante a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza.

42. Nessa trilha, diz que “há de se concluir, em suma, que receitas oriundas da atividade típica da pessoa jurídica — receitas operacionais — não podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da Cofins sob a égide da Lei 9.718/1998 (afastado por inconstitucional o § 1º do seu art. 3º)”. Isto independentemente de ser uma empresa comercial, uma prestadora de serviços, uma “holding” ou uma instituição financeira”.

43. Após examinar os conceitos de receita e faturamento, o parecerista visita o conceito de serviço.

44. Afirma que a Constituição (art. 156, IV) reservou competência exclusiva aos Municípios a *tributação* dos serviços, ressalvada a competência estadual (art. 155, II) relacionada às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações.

45. Com esteio em precedentes do STF (RREE 100.779 e 116.121), entende que as instituições financeiras prestam serviços, como o de cobrança de duplicatas, de emissão de talões de cheque e outros do mesmo gênero, mas isso não faz das atividades financeiras um serviço.

46. Por fim, diz que “ainda que se entenda que o conceito constitucional de serviço possa admitir tal os serviços efetivamente prestados pelas instituições financeiras, as demais receitas operacionais das instituições financeiras (receitas financeiras e outras) estão excluídas do conceito de receita bruta em sentido estrito para efeito de sua subsunção ao conceito constitucional de faturamento. Não há, pois, como subsumi-la à expressão: serviços de qualquer natureza”.

47. Após extensa análise, Tercio Sampaio Ferraz Jr. concede as respostas aos quesitos que lhes formularam as consulentes e já expostas neste texto.

## V. A argumentação de Alcides Jorge Costa

48. Alcides Jorge Costa inaugura o seu parecer com uma análise da base de cálculo do Finsocial para uma adequada compreensão da base de cálculo da Cofins e recordando os enunciados legais e os precedentes do STF sobre tributo não mais vigente. Segundo esse parecerista, o texto legal não considerava prestadoras de serviços as instituições financeiras e as sociedades seguradoras, tanto que delas cuidava no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei 1.940/1982.

49. Visita o PIS e conclui que para a LC 7/1970 as instituições financeiras e as sociedades seguradoras não tinham faturamento. A elas se equiparavam as empresas que não vendiam mercadorias. Três eram as espécies de contribuintes do PIS: os que realizavam venda de mercadorias, os que não realizavam venda de mercadorias e as instituições financeiras e seguradoras.

50. Assevera que a pessoa jurídica que não tivesse faturamento não era contribuinte da Cofins, nos termos da LC 70/1991. Daí que as instituições financeiras, nas suas atividades típicas (excetuados os serviços presta-

dos, que são, *v.g.*, os sujeitos ao ISS), e companhias de seguro não têm faturamento; logo não eram contribuintes da Cofins.

51. Segundo o articulista, não se houve falar em faturamento das instituições financeiras, mesmo na linguagem comum, diversamente do que sucede com as demais empresas. O mesmo sucede em relação às “holdings” que também não têm faturamento.

52. Entende que a EC 20/1998 seria inútil se faturamento e receita tivessem o mesmo significado, pois a partir dessa Emenda alterou-se a base de cálculo do tributo.

53. Após visitar o voto do Ministro Peluso no RE 390.840, insiste que não há que se falar em receita bruta de venda de mercadorias e serviços, como faturamento, em se tratando das instituições financeiras e recorda a distinção na legislação do Finsocial.

54. Aduz que “inexiste receita proveniente de faturamento, a não ser aquela relativa à prestação de serviços que enseja o que é chamado de tarifas: emissão de talão de cheques, transferências eletrônicas etc. Mas estes serviços de forma alguma dizem respeito à atividade essencial das instituições financeiras, que não é nem de venda de mercadorias, nem de prestação de serviços”.

55. Ao analisar o GATS, informa que as definições contidas nesse acordo acerca dos serviços financeiros são apenas para os fins que contempla, inviável, portanto, transportá-las para o campo do direito tributário. Ademais, continua, nos termos do sistema tributário constitucional, compete aos Municípios a tributação dos serviços de qualquer natureza definidos em lei complementar, notando-se que a lei complementar pertinente não arrola as atividades financeiras propriamente ditas entre os serviços.

56. Esses são os principais argumentos de Alcides Jorge Costa, cujas respostas aos quesitos formulados pelas consulentes também foram colacionadas neste texto.

## **VI. A gênese da Cofins no STF – O Finsocial**

57. É curial buscar no antigo Finsocial a gênese da Cofins. Visitam-se as principais decisões do STF que analisaram essa mencionada contribuição que já não vigora mais em nosso sistema jurídico-tributário. É imperioso afiançar que não pretendemos rediscutir a Cofins, mas recordar as premissas que informaram as decisões da nossa Suprema Corte, desde o Finsocial.

58. O Finsocial foi instituído pelo Decreto-Lei 1.940, de 25/05/1982, como uma contribuição social “destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, justiça e amparo ao pequeno agricultor” (art.1º), com suporte no art. 21, § 2º, I, CF de 1967, na redação da Emenda Constitucional 8/1977.

59. Na redação originária, o Finsocial incidia sobre “a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras” — negritamos e sublinhamos.

60. Posteriormente houve alteração da base de cálculo do Finsocial, que passou a ser era incidente sobre (nova redação do art. 1º, § 1º, DL 1.940/1982):

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda;

b) as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas, permitidas as seguintes exclusões: encargos com obrigações por refinanciamentos e repasse de recursos de órgãos oficiais e do exterior; despesas de captação de títulos de renda fixa no mercado aberto, em valor limitado aos das rendas obtidas nessas operações; juros e correção monetária passiva decorrentes de empréstimos efetuados ao Sistema Financeiro de Habitação; variação monetária passiva dos recursos captados do público; despesas com recursos, em moeda estrangeira, de debêntures e de arrendamento; e despesas com cessão de créditos com coobrigação, em valor limitado ao das rendas obtidas nessas operações, somente no caso das instituições cedentes;

c) as receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas.

61. Com o advento da nova ordem constitucional em 05/10/1998, o Finsocial foi mantido por força do art. 56 do ADCT e posteriormente revogado pela Lei Complementar 70/1991, instituidora da Cofins, em obediência ao art. 195, I, CF.

62. O STF enfrentou o tema da base de cálculo do Finsocial e conceituou, para fins tributários, o significado de receita, receita bruta e faturamento em dois importantes julgados que sempre merecem recordação: o RE 150.755 (julgado em 18/11/1992) e o RE 150.764 (julgado em 16/12/1992).

63. Eis a ementa do RE 150.755 (redator p/ o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* 20/08/1993):

I. *Controle de constitucionalidade das leis em recurso extraordinário e o problema do Finsocial exigível das empresas de serviço.*

1. O recurso extraordinário e mecanismo de controle incidente da constitucionalidade de normas, cujo âmbito material, portanto, não pode ultrapassar o da questão prejudicial de inconstitucionalidade de solução necessária para assentar premissa da decisão do caso concreto.

2. Conseqüente limitação temática do RE, na espécie, a questão da constitucionalidade do art. 28 da Lei 7.738/1989, única, das diversas normas jurídicas atinentes ao Finsocial, referidas no precedente em que fundado no acórdão recorrido, que é prejudicial da solução deste mandado de segurança, mediante o qual a impetrante — empresa dedicada exclusivamente a prestação de serviços —, pretende ser subtraída à sua incidência.

II. *Finsocial: contribuição devida pelas empresas dedicadas exclusivamente a prestação de serviço: evolução normativa.*

3. Sob a Carta de 1969, quando instituída (DL 1.940/1982, art. 1º, § 2º), a contribuição para o Finsocial devida pelas empresas de prestação de serviço — ao contrário das outras modalidades do tributo afetado a mesma destinação —, não constituía imposto novo, da competência residual da união, mas, sim, adicional do imposto sobre a renda, da sua competência tributária discriminada (STF, RE 103.778, 18/09/1985, Guerra, RTJ 116/1138).

4. Como imposto sobre renda, que sempre fora, e que dita modalidade de Finsocial — que não incidia sobre o faturamento e, portanto, não foi objeto do art. 56 ADCT/1988 — foi recebida pela Constituição e vigeu como tal até que a Lei 7.689/1988 a substituiu pela contribuição social sobre o lucro, desde então incidente também sobre todas as demais pessoas jurídicas domiciliadas no país.

5. O art. 28 da Lei 7.738 visou a abolir a situação anti-isonômica de privilégio, em que a Lei 7.689/1988 situara ditas empresas de serviço, quando, de um lado, universalizou a incidência da contribuição sobre o lucro, que antes só a elas onerava, mas, de outro, não as incluiu no raio de incidência da contribuição sobre o faturamento, exigível de todas as demais categorias empresariais.

III. *Contribuição para o Finsocial exigível das empresas prestadoras de serviço, segundo o art. 28 da Lei 7.738/1989: constitucionalidade, porque compreensível no art. 195, I, CF, mediante interpretação conforme a Constituição.*

6. O tributo instituído pelo art. 28 da L. 7.738/1989 — como resulta de sua explícita subordinação ao regime de anterioridade mitigada do art. 195, § 6º, CF, que delas é exclusivo — é modalidade das contribuições para o financiamento da seguridade social e não imposto novo da competência residual da União.

7. Conforme já assentou o STF (RREE 146.733 e 138.284), as contribuições para a seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária, quando compreendidas nas hipóteses do art. 195, I, CF, só se exigindo lei complementar, quando se cuida de criar novas fontes de financiamento do sistema (CF, art. 195, § 4º).

8. A contribuição social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar: *no art. 28 da L. 7.738/1989, a alusão a “receita bruta”, como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do DL. 2.397/1987, que é equiparável à noção corrente de “faturamento” das empresas de serviço.* Grifamos e negritamos.

64. Discutia-se nesse julgado o direito das empresas prestadoras de serviços de recolher o Finsocial nos termos fixados pelo art. 1º, § 2º, do DL 1.940/1982, em face da suposta inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 7.738/1989, que alterara a base de cálculo e alíquota desse tributo. Eis o teor do aludido art. 28: *“Observado o disposto no art. 195, § 6º, da Constituição, as empresas públicas ou privadas, que realizem exclusivamente venda de serviços, calcularão a contribuição para o Finsocial à alíquota de meio por cento sobre a receita bruta”.*

65. No voto vencedor do acórdão, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, há passagem extraída de Memorial confeccionado por Gilberto de Ulhoa Canto e João Dodsworth Cordeiro Guerra, de caráter extremamente didático:

14. (...)

O Finsocial incidia à alíquota de 0,5% sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizavam vendas de mercadorias, bem como das instituições financeiras e sociedades seguradoras (art. 1º, § 1º). As empresas que se dedicavam exclusivamente à prestação de serviços sujeitavam-se ao Finsocial à alíquota de 5% sobre o imposto de renda por elas devido, ou como se devido fosse (art. 1º, § 2º).

Portanto, já na sua origem, o Finsocial tinha duas incidências genéricas e bases de cálculo distintas (receita bruta e imposto de renda) e quatro categorias diversas de contribuintes (vendedores de mercadorias ou de mercadorias e serviços, instituições

financeiras, sociedades seguradoras e empresas exclusivamente prestadoras de serviços).

O DL 2.397/1986 manteve e explicitou os quatro tipos de bases de cálculo (e as correspondentes quatro categorias de contribuintes) do Finsocial já constantes da legislação anterior: a) receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços; b) rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas; c) receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas; d) imposto de renda devido (ou como se devido fosse) pelas empresas exclusivamente prestadoras de serviços.

(...).

66. Em seu voto, o Ministro Pertence recordou o art. 56 do ADCT/CF/1988 (*Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o Decreto-Lei 1.940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo Decreto-Lei 2.049, de 1º de agosto de 1983, pelo Decreto 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei 7.611, de 8 de julho de 1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento*), e o interpreta nesse sentido:

18. A referência à alíquota de seis décimos percentuais — então vigente, por força do DL. 2.413/1988, para as contribuições para o *Finsocial* sobre a receita bruta, objeto do art. 1º, § 1º, do DL. 1.940/1982 — fez indubitado que o campo normativo da regra transitória não se estendia àquele outro tipo de contribuição — adicional do imposto de renda devido exclusivamente pelas empresas prestadoras de serviço, objeto do § 2º do art. 1º, do mesmo diploma: nisso, estão todos os acordos, a começar do voto do Ministro Relator.

(...)

20. Da contribuição das empresas de serviço sob a forma de adicional de imposto de renda — perdoe-se a insistência —, simplesmente não cuidou o art. 56 ADCT: silenciou a respeito. Silêncio do qual, por si só, nem é dado concluir que haja caducado com o advento da Constituição, nem que por ela haja sido recebida.

67. O Ministro Pertence visitou o art. 9º da Lei 7.689/1988 (*Ficam mantidas as contribuições na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a de que trata o Decreto-lei 1.940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, incidente sobre o faturamento das*

*empresas, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal*), Lei que instituiu a CSLL — contribuição social sobre o lucro, e aduziu:

28. Onde a L. 7.689/1988 interessa diretamente à vigência do *Finsocial* das empresas exclusivamente prestadoras de serviço, não é no referido art. 9º, mas sim, no ponto em que criou, nos arts. 1º a 8º, a contribuição para a seguridade social incidente sobre o lucro de todas *‘as pessoas jurídicas domiciliadas no País e as que lhe são equiparadas pela legislação tributária’*: aqui, sim, a opinião dominante é no sentido de que, ao não excetuar as empresas de serviço da contribuição sobre o lucro —, a L. 7.689/1988 implicitamente revogou o art. 1º, § 2º, do DL. 1.940/1982, que lhes impunha — já com destinação predominante ao financiamento da seguridade social — um adicional do imposto de renda que, por isso, já substanciava contribuição sobre o lucro.

(...)

30. Daí resultou, contudo, uma situação de privilégio para as empresas de serviço, igualadas às demais na contribuição social sobre o lucro (L. 7.689/1988, art. 1º a 8º), mas excluída da carga sobre o faturamento, imposta a todas as outras.

31. Donde a superveniência do art. 28 da L. 7.738/1989, este, na verdade, o único de relevo decisivo para o caso concreto. (...)

68. O Ministro Pertence surpreende o tema da *isonomia tributária* e assinala, em relação ao referido art. 28 da Lei 7.738/1989:

32. O preceito, logo se percebe, *visou a abolir o privilégio gerado pela Lei 7.689/1988, em favor das empresas de serviço, situação anti-isonômica de mais que duvidosa constitucionalidade*, à vista não só do princípio geral da igualdade perante a lei, mas também do corolário específico dele, tornado explícito no art. 150, II, da Constituição (*‘... é vedado (...) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por elas exercida...’*). Grifamos.

69. Esclarece a técnica da interpretação conforme a Constituição:

37. Na prática do controle de constitucionalidade de normas, as leis mal redigidas são um dos campos de interpretação conforme a Constituição: se o texto legal é equívoco, por deficiência técnica de sua formulação, dentre os significados possíveis dela há de inclinar-se o intérprete pelo que harmonize com a Lei Fundamental.

70. Após analisar o dispositivo questionado (o art. 28 da Lei 7.738/1989) e criticar má técnica legislativa, nada obstante, enxerga no conjunto normativo do art. 195, incluindo incisos e parágrafos, a validade constitucional desse preceito hostilizado.

71. Aponta no sentido de que o Finsocial, nos termos do questionado art. 28, se apresentava como contribuição social sobre a *receita bruta*, que para ele se identificava com o *faturamento*, à luz da legislação concernente a esse tributo.

72. Conclui que se o Finsocial, nos termos do art. 28, cuida-se de contribuição social sobre o *faturamento* (*receita bruta*), cai por terra a exigência de lei complementar, na esteira da jurisprudência constitucional que repeliu essa exigência formal relativamente à contribuição social sobre o lucro.

73. Após longo percurso, o Ministro Pertence finaliza:

Por tudo isso, não vejo inconstitucionalidade no art. 28 da Lei 7.738/1989, a cuja validade entendo restringir-se o tema deste recurso extraordinário, desde que nele a '*receita bruta*', base de cálculo da contribuição, se entenda referida aos parâmetros de sua definição no DL 2.397/1987, de modo a conformá-la à noção de *faturamento* das empresas prestadoras de serviço.

74. Induvidosamente, para efeito de base de cálculo do Finsocial, o Ministro Pertence *restringiu* o conceito de receita bruta para identificá-lo ao de faturamento, pois faturamento é menos que receita bruta.

75. Após extenso debate, o STF, por maioria de votos, vencidos os Ministros Carlos Velloso (*relator originário*) e Marco Aurélio, julgou constitucional o art. 28 da Lei 7.738/1989, por considerar que a base de cálculo da contribuição social era a *receita bruta interpretada restritivamente e, por consequência, equiparada a faturamento*.

76. O outro julgado sempre recordado, como dissemos, é o do RE 150.764 (Redator p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ 02/04/1993). Eis a sua Ementa:

*Contribuição social. Parâmetros. Normas de regência. Finsocial. Balizamento temporal.* A teor do disposto no art. 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias — folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de na-

tureza constitucional transitória, emprestou-se ao Finsocial característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei 1.940/1982, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo a edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais — arts. 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do Finsocial. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei 7689/1988 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.

77. A controvérsia central do julgamento girou em redor da inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 7.689, de 15/12/1988, (*Ficam mantidas as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a de que trata o Decreto-lei 1.940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, incidente sobre o faturamento das empresas, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal*).

78. Por arrastamento, também foram declarados inconstitucionais os arts. 7º da Lei 7.787, de 30/06/1989; 1º da Lei 7.894, de 24/11/1989 e art. 1º da Lei 8.147, de 28/12/1990, posto serem acessórios ao dispositivo julgado inconstitucional (art. 9º, Lei 7.689/1988), no que ampliaram a alíquota do aludido tributo mantido pelo referido enunciado decretado inconstitucional.

79. Segundo o STF (RE 150.764), o Finsocial mantido pelo art. 9º da Lei 7.689/1988 colidiu com o art. 56 do ADCT, no que mantinha de permanente um tributo recepcionado como transitório.

80. Interessa-nos o sentido da expressão faturamento enunciado pelo Ministro Ilmar Galvão em seu voto:

De outra parte, o DL 2.397/1987, que alterou o DL 1.940/1982, em seu art. 22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, § 1º, do mencionado diploma legal como '*receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços*', conceito esse que coincide com o de faturamento que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei 187/1936). A Lei 7.689/1988, pois, ao converter em contribuição social, para os fins do art. 195, I, da Constituição, o Finsocial até então calculado sobre a receita bruta das vendas de mercadorias e de mer-

cadornias e servios, nada mais fez do que instituir contribuio social sobre o faturamento.

81. À luz dos referidos precedentes dos RREE 150.755 e 150.764, infere-se que o STF deu  expresso faturamento, contida no inciso I do art. 195 da Constituio da República, o significado de receita bruta, nos termos do Decreto-lei 2.397/1986: *a receita auferida com a venda de mercadorias ou com a prestao de servios*.

## VII. A Cofins na jurisprudência do STF

82. A Cofins — contribuio social para o financiamento da Seguridade Social, incidente sobre o faturamento das pessoas jurídicas, foi instituida pela Lei Complementar 70, de 30/12/1991, em atendimento ao art. 195, I, CF, e sucedendo ao aludido Finsocial.

83. O STF enfrentou o tema da constitucionalidade dessa lei complementar nos autos da Ao Declaratória de Constitucionalidade 1, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves.

84. A controvérsia posta nos autos da referida ADC 1 dizia respeito à constitucionalidade dos arts. 1, 2, 9, 10 e 13 da Lei Complementar 70/1991, cujos enunciados são transcritos:

Art. 1 Sem prejuízo da cobrana das contribuies para o Programa de Integrao Social (PIS) e para o Programa de Formao do Patrimnio do Servidor Público (Pasep), fica instituida contribuio social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituio Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislao do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2 A contribuio de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e servios e de servio de qualquer natureza.

*Parágrafo nico.* Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinao da base de cálculo da contribuio, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

Art. 9 A contribuio social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social, salvo a prevista no art. 23, inciso I, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual deixar de ser cobrada a partir da data em que for exigível a contribuio ora instituida.

Art. 10. O produto da arrecadao da contribuio social sobre o faturamento, instituida por esta lei complementar, observado o disposto na segunda parte do art. 33 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, integrar o Oramento da Seguridade Social.

Parágrafo nico. A contribuio referida neste artigo aplicam-se as normas relativas ao processo administrativo fiscal de determinao e exigência de créditos tributários federais, bem como, subsidiariamente e no que couber, as disposies referentes ao imposto de renda, especialmente quanto a atraso de pagamento e quanto a penalidades.

Art. 13. Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicao, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores, àquela publicao, mantidos, até essa data, o Decreto-Lei 1.940, de 25 de maio de 1982 e alteraes posteriores, a alíquota fixada no art. 11 da Lei 8.114, de 12 de dezembro de 1990.

85. No voto do Ministro Moreira Alves extraem-se passagens concernentes à presente discussão:

Trata-se, pois, de contribuio social prevista no inciso I do art. 195 da Constituio Federal que se refere ao financiamento da seguridade social mediante contribuies sociais dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Note-se que a LC 70/1991, ao considerar o faturamento como ‘a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e servios e de servios de qualquer natureza’ nada mais fez do que lhe dar a conceituao de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro Ilmar Galvão, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e servios ‘coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1 da Lei 187/36)’.

86. Nesse julgado o STF, a uma só voz, confirmou que para efeitos fiscais, e em particular para a Cofins, compreendia-se faturamento como a receita bruta da venda de mercadorias ou da prestao de servios.

87. Restou assentado também que a regulação da Co-fins era matéria de lei ordinária, dispensando-se a necessidade de lei complementar, pois não incidia a hipótese do § 4º do art. 195 da Constituição da República.

88. Com apoio nessa compreensão do STF, foi editada a Lei 9.718, de 27/11/1998. Todavia foi decretada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º desse diploma legislativo, nos autos dos RREE 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, todos sob redatoria e relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujas ementas são colacionadas:

RE 346.084:

*Constitucionalidade superveniente. Art. 3º, § 1º, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998. Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.*

*Tributário. Institutos. Expressões e vocábulos. Sentido.* A norma pedagógica do art. 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

*Contribuição Social. PIS. Receita bruta. Noção. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998.* A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

RE 357.950:

*Constitucionalidade superveniente. Art. 3º, § 1º, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998. Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.*

*Tributário. Institutos. Expressões e vocábulos. Sentido.* A norma pedagógica do art. 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente.

te. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

*Contribuição social. PIS. Receita bruta. Noção. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998.* A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

RE 358.273:

*Constitucionalidade superveniente. Art. 3º, § 1º, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998. Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.*

*Tributário. Institutos. Expressões e vocábulos. Sentido.* A norma pedagógica do art. 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

*Contribuição social. PIS. Receita bruta. Noção. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998.* A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

RE 390.840:

*Constitucionalidade superveniente. Art. 3º, § 1º, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998. Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.*

*Tributário. Institutos. Expressões e vocábulos. Sentido.* A norma pedagógica do art. 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei

tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

*Contribuição social. PIS. Receita bruta. Noção. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998.* A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

89. O ponto nevrálgico da questão jurídica debatida nesses recursos extraordinários era o enunciado do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998: “*Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas*”.

90. Em 20/12/1998, foi promulgada a Emenda Constitucional 20, que alterou a redação do inciso I do art. 195 da Constituição. No texto originário, a base de cálculo era o *faturamento*. Sucede que essa aludida EC 20/1998 acrescentou nova base de cálculo às contribuições sociais: *a receita*.

91. Assim, do empregador, da empresa ou da entidade a ela equiparada, nos termos da nova redação das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art. 195, CR, as contribuições sociais têm as subseqüentes hipóteses de incidência:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) *a receita* ou o *faturamento*;

c) o lucro.

92. Se a EC 20/1998 tivesse sido promulgada em 26/11/1998, um dia antes da publicação da Lei 9.718 (datada de 27/11/1998), não haveria dúvida alguma acerca da idoneidade constitucional do § 1º do art. 3º dessa Lei.

93. Sucede, porém, que o STF entendeu indevida a ampliação da base de cálculo da Cofins ao conceituar-se o faturamento (receita bruta) como a *totalidade* das receitas auferidas pela pessoa jurídica, além do conceito consagrado na sua jurisprudência que preconizava ser o faturamento a receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços.

94. Neste texto pretende-se deixar bem claro o real alcance desses acórdãos e qual o sentido mais adequado da interpretação da Corte em sede de Cofins.

95. *Em verdade, a partir desses julgados (RREE 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840) qual o conceito subjacente de faturamento, à luz da jurisprudência do STF?*

96. No julgamento do RE 346.084, iniciado em 12/12/2002, o relator originário Ministro Ilmar Galvão, recordando a jurisprudência da Corte nos RREE 150.755 e 150.764 e na ADC 1, assinalou:

Assentou-se, portanto, a partir de então, a identidade entre faturamento e receita bruta de vendas, seja de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou apenas de serviço, para os fins previstos no mencionado dispositivo constitucional.

A Lei 9.718/1998, no art. 3º, § 1º, ampliou esse conceito, para nele fazer abranger “*a totalidade das receitas auferidas*”. Ao fazê-lo, desenganadamente, conferiu nova dimensão ao âmbito material de incidência do tributo, ampliando o leque dos seus fatos geradores e respectivas bases de cálculo, dado que, se o produto das vendas, em geral, integra o conceito de receita, não o esgota, porém, por não compreender, *v. g.*, o resultado de aplicações financeiras, dividendos, *royalties*, aluguéis, indenizações, etc.

97. Para o deslinde dessa controvérsia, é imprescindível a análise do voto do Ministro Cezar Peluso, externado em todos os referidos recursos extraordinários. Com estribo na teoria da linguagem, visitando julgados históricos, inclusive no direito comparado, e surpreendendo as noções de vários enunciados para lhes atribuir o significado jurídico-constitucional, o aludido Ministro enfrenta o conceito de faturamento, à luz do direito comercial e tributário, e assera:

6.

(...)

*Faturamento* nesse sentido, isto é, entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas, constitui a base de cálculo da contribuição, enquanto representação quantitativa do fato econômico tributado. Noutras palavras, o fato gerador constitucional da Cofins são as operações econômi-

cas que se exteriorizam no *faturamento* (sua base de cálculo), porque não poderia nunca corresponder ao ato de emitir faturas, coisa que, como alternativa semântica possível, seria de todo absurda, pois bastaria à empresa não emitir faturas para se furta à tributação, — grifamos.

7. Ainda no universo semântico normativo, *faturamento* não pode soar o mesmo que *receita*, nem confundidas ou identificadas as operações (fatos) “*por cujas realizações se manifestam essas grandezas numéricas*”.

A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976) prescreve que a escrituração da companhia “*será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos*” (art. 177), e, na disposição anterior, toma de empréstimo à ciência contábil os termos com que regula a elaboração das demonstrações financeiras, *verbis*:

Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

- I – balanço patrimonial;
- II – demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados;
- III – demonstração do resultado do exercício; e
- IV – demonstração das origens e aplicações de recursos.

Nesse quadro normativo, releva apreender os conteúdos semânticos ou usos lingüísticos que, subjacentes ao vocábulo *receita*, aparecem na seção relativa às “*demonstrações do resultado do exercício*”. Diz, a respeito, o art. 187 daquela Lei:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

- I – a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;
- II – a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;
- III – as despesas com vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais;
- IV – o lucro ou prejuízo operacional, as receitas e despesas não operacionais;
- V – o resultado do exercício antes do Imposto de Renda e a provisão para o imposto;
- VI – as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, e as contri-

buições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados;

VII – o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.

§ 1º. Na determinação do resultado do exercício serão computados:

- a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e
- (...)

Como se vê sem grande esforço, o substantivo *receita* designa aí o gênero, compreensivo das características ou propriedades de certa classe, abrangente de todos os valores que, recebidos da pessoa jurídica, se lhe incorporam à esfera patrimonial. *Todo valor percebido pela pessoa jurídica, a qualquer título, será, nos termos da norma, receita (gênero). Mas nem toda receita será operacional, porque pode havê-la não operacional.* Segundo o disposto no art. 187 da Lei 6.404/1976, distinguem-se, pelo menos, as seguintes modalidades de receita:

- i) receita bruta das vendas e serviços;
- ii) receita líquida das vendas e serviços;
- iii) receitas gerais e administrativas (operacionais);
- iv) receitas não operacionais.

Não precisa recorrer às noções elementares da Lógica Formal sobre as distinções entre gênero e espécie, para reavivar que, nesta, sempre há um excesso de conotação e um *deficit* de denotação em relação àquele. Nem para atinar logo em que, como já visto, *faturamento também significa percepção de valores e, como tal, pertence ao gênero ou classe receita, mas com a diferença específica de que compreende apenas os valores oriundos do exercício da “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços” (venda de mercadorias e de serviços).* De modo que o conceito legal de *faturamento* coincide com a modalidade de receita discriminada no inc. I do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações, ou seja, é “*receita bruta de vendas e de serviços*”.

Donde, a conclusão imediata de que, no juízo da lei contemporânea ao início de vigência da atual Constituição da República, embora todo *faturamento* seja *receita*, nem toda *receita* é *faturamento*.

Esta distinção não é nova na Corte. — sublinhamos.

98. Ao longo de seu voto, o Ministro Peluso discorre sobre os precedentes da Corte em relação ao Finsocial (RREE 150.755 e 150.764) e à Cofins (ADC 1), cotejando analiticamente os votos condutores das teses no STF, e alicerçado no magistério de Ruy Barbosa, Hans Kelsen e Pontes de Miranda, para a final concluir:

19. Por todo o exposto, julgo inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, por ampliar o conceito de receita bruta para “*toda e qualquer receita*”, cujo sentido afronta a noção de *faturamento* pressuposta no art. 195, I, da Constituição da República, e, ainda, o art. 195, § 4º, se considerado para efeito de nova fonte de custeio da seguridade social.

Quanto ao *caput* do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme à Constituição, nos termos do julgamento proferido no RE 150.755/PE, que tomou a locução *receita bruta* como sinônimo de *faturamento*, ou seja, no significado de “*receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços*”, adotado pela legislação anterior, e que, a meu juízo, se traduz na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. — sublinhamos.

99. Para espantar dúvidas acerca de seu entendimento, o Ministro Peluso presta inofismável esclarecimento:

Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão “receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço”, quis significar que tal conceito está ligado à idéia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas.

*Se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de “receita bruta igual a faturamento” — grifamos.*

100. Para o Ministro Cezar Peluso, todo ingresso oriundo da atividade típica — do objeto social — da empresa é faturamento, sujeita, portanto, à incidência da Cofins.

101. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence acompanha o Ministro Peluso.

102. O Ministro Marco Aurélio escancara a questão versada e reconhece que “o Tribunal estabeleceu a sinonímia faturamento/receita bruta, conforme decisão proferida na ADC 1 — receita bruta evidentemente apanhando a atividade precípua da empresa”. Essa receita os Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence intitulam de *operacional*.

103. Com efeito, o Ministro Britto pontua:

A Constituição de 88, pelo seu art. 195, I, redação originária, usou do substantivo “faturamento”, sem a conjunção disjuntiva “ou” receita”.

Em que sentido separou as coisas? No sentido de que faturamento é receita operacional, e não receita total da empresa.

Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-lei 2.397, de 1987, art. 22, § 1º, “a”, assim redigido — parece que o Ministro Velloso acabou de fazer também essa remissão à lei:

“Art. 22

§ 1º

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda;”

Por isso, estou insistindo na sinonímia “faturamento” e “receita operacional”, exclusivamente, correspondente àqueles ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional, do seu ramo de negócio, enfim.

Logo, receita operacional é receita bruta de tais vendas ou negócios, mas não incorpora outras modalidades de ingresso financeiro: royalties, aluguéis, rendimentos de aplicações financeiras, indenizações etc.

104. Para o Ministro Britto, assim como para o Ministro Ilmar Galvão — a quem sucedeu —, as outras modalidades de ingresso financeiro (royalties, aluguéis, rendimentos e aplicações, indenizações etc.) estavam fora do alcance do faturamento, *na medida em que não fossem objeto da atividade típica da empresa, ou seja, não fossem receitas operacionais relacionadas com o seu objeto social.*

105. Por seu turno, nessa trilha, se essas aludidas outras modalidades de ingresso financeiro forem atividade empresarial típica da empresa — ou constem de seu objeto social — elas se tornam receita bruta operacional ou faturamento, sujeitas, portanto, à incidência da Cofins.

106. Em sua manifestação, como já externado, o Ministro Marco Aurélio acolhe a jurisprudência firmada no julgamento da ADC 1, na qual assinalou-se a sinonímia entre os conceitos de *faturamento* e *receita bruta*, e votou “*para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa.*”

107. Como é cediço, o Tribunal, por maioria de votos, declarou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, ao entendimento de indevida ampliação da base de cálculo (faturamento ou receita bruta) da Cofins à luz da redação originária do inciso I do art. 195 da Constituição.

108. Desde então, os Ministros do STF passaram a decidir monocraticamente, com esteio no art. 557, § 1º, CPC, as questões relacionadas ao aludido dispositivo decretado inconstitucional pelo Tribunal.

109. Ante essa jurisprudência pacificada, foi proposta a edição de Súmula Vinculante (Verbete n. 5):

Tributo. Cofins. Base de cálculo. Conceito de receita bruta. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998.

*Enunciado:* “É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que ampliou o conceito de renda bruta, a qual deva ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”.

110. Malgrado o sentido claro e unívoco, as instituições financeiras, patrocinadas pela Consif e Febraban, solicitaram pareceres objetivando demonstrar a exclusão das receitas financeiras na hipótese de Incidência da Cofins, fortes no argumento de que as instituições financeiras não faturam, não vendem serviços nem mercadorias.

111. A decisão do STF que julgou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 se fiou na indevida ampliação da base de cálculo faturamento. Para o STF, até a EC 20/1998, a Cofins somente poderia incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica; isto é, as demais receitas *atípicas* (não-operacionais) estariam fora da hipótese de incidência da Cofins, posto que nesse caso, não são faturamento da empresa, nos moldes da jurisprudência do STF.

## VIII. A Cofins das instituições financeiras

112 A tese defendida pelas instituições financeiras implica um reducionismo similar às primeiras controvérsias da Cofins sobre o alcance da expressão *faturamento*, exclusivo, para alguns, daqueles que expedem faturas. *Quem não expedir fatura não tem faturamento, seria a consequência lógica de tal visão reduzida.*

113. Nessa senda caminham as instituições financeiras. Com efeito, sustentam que somente há faturamento onde houver *venda* de mercadorias ou de serviços ou de mercadorias e serviços, venda esta remunerada mediante um *preço*. Afirmam que as instituições financeiras não *vendem* nem cobram *preços*, por consequência não *faturam*. E, se não obtêm *faturamento*, não podem sofrer a incidência da Cofins.

114. Se não fosse a respeitabilidade dos eminentes pareceristas e o alto grau de seriedade acadêmica norteadora de suas brilhantes carreiras, uma tese tão canhestra dispensaria maiores digressões. Sucede, por seu turno, que se trata de ilustrados professores que, nada obstante, fizeram verdadeiro “malabarismo” jurídico em defesa dos interesses das instituições financeiras.

115. A todo custo, mediante um contorcionismo conceitual, procuraram demonstrar que do texto constitucional extrai-se a não incidência da Cofins sobre as instituições financeiras, e o fizeram alegando que a própria Constituição destinou-lhe um capítulo exclusivo (art. 192) e, ainda, que a *tributação* dos serviços compete ao Município (art. 156, III), nos termos da Lei Complementar 116, de 31/07/2003.

116. Com as vênias de estilo, a existência de um capítulo destinado ao “Sistema Financeiro” não exime às instituições financeiras de uma interpretação sistemática, posto que elas fazem parte de um todo maior contido no “Sistema Jurídico-Constitucional”. Imaginar, só por só, que o fato de merecerem um destaque constitucional as liberta das responsabilidades que outras instituições econômicas estão adscritas, especialmente de natureza contributiva e, de modo mais específico, da seguridade social, é desprezar o real alcance da idéia de solidariedade e justiça social positivada em uma Constituição de um Estado que ser quer Democrático e de Direito. Em nenhuma parte do texto constitucional encontra-se um tratamento diferenciado — e para melhor — no sentido de redução dos encargos estatais para as instituições financeiras.

117. No tocante à exclusiva tributação dos Municípios sobre os serviços, a tese é insubsistente. Com efeito, a competência dos Municípios é para instituir *impostos sobre os serviços de qualquer natureza*. A Cofins não é imposto, é contribuição e tem seu suporte constitucional no art. 195, I. O fato de o legislador complementar (LC 116/2003) não tributar os serviços financeiros não os desqualifica como serviço. Do contrário, o inciso III

do art. 2º da LC 116/2003 só reforça que os serviços financeiros são serviços, pois houve necessidade de expressa determinação legal estabelecendo a não incidência do ISSQN sobre eles.

118. A mesma linha de raciocínio é usada em relação ao parágrafo único do art. 11 da LC 70/1991 que exclui do pagamento da Cofins as instituições financeiras. Entendem que houve por parte do legislador um reconhecimento de que as receitas típicas da atividade financeira não pertencem ao conjunto de hipóteses abrangido pelo conceito de faturamento. *Ora, só se exclui o que estava incluso.*

119. *Concessa venia*, se houve a necessidade de expressa disposição legal, assim como na hipótese do ISSQN, excluindo as instituições financeiras do recolhimento da Cofins é porque, em princípio, elas também se sujeitam a esse tributo.

120. A exclusão do parágrafo único do art. 11 da LC 70/1991 foi uma opção política do legislador tributário, justificada pelo *caput* do referido artigo que determinava o aumento da alíquota da CSLL para as instituições financeiras.

121. Vislumbrar uma política fiscal do legislador como reconhecimento de que uma determinada operação ou atividade econômica não se afivela a uma tipologia tributária é distorcer a realidade das coisas. Se assim não fosse, tornar-se-ia imprescindível que o legislador dissesse que as receitas típicas das instituições financeiras não compõem o seu faturamento. O legislador não disse isso. E não o fez porque maltrataria a realidade, seria desarrazoado fazê-lo. O legislador pode até dizer que as receitas financeiras típicas são desoneradas de qualquer tributo, mas se disser que essas receitas típicas não compõem o faturamento estaria cometendo uma violência conceitual.

122. Veja-se que o legislador constituinte, mediante o instituto da imunidade tributária, exclui a venda de livros do pagamento de ICMS. Acaso o livro deixa de ser uma mercadoria? O legislador constituinte também exclui os templos religiosos do pagamento de IPTU, acaso deixam de ser imóveis prediais? Na esteira das teses das instituições financeiras os templos religiosos não são imóveis prediais, pois não pagam o IPTU nem os livros são mercadorias porquanto imunes ao ICMS. Maltrata a lógica do razoável entender que eventuais desonerações tributárias sirvam para alterar a substância das coisas.

123. Esse tema — a Cofins das instituições financeiras —, a despeito de sua novidade, já foi enfrentado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em *Parecer* da lavra da *dra. Cláudia Regina Gusmão*, Coordenadora-Geral de Assuntos Tributários da PGFN.

124. A Receita Federal, mediante a Nota Técnica CO-SIT 21, de 28/08/2006, consultou a PGFN acerca da natureza jurídica das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros à luz da decisão do STF nos aludidos recursos extraordinários.

125. Em seu *Parecer*, a PFN Cláudia Regina Gusmão esclarece:

É preciso deixar claro, em primeiro lugar, que o STF no RE 357.950 examinou os arts. 2º e 3º da Lei 9.718/1998, considerando inconstitucional apenas o § 1º do art. 3º da referida Lei, o que significa dizer que os artigos citados foram tidos por constitucionais, somente estando em desacordo com a Constituição a expansão da base de cálculo das contribuições em causa, na forma do parágrafo único afinal expurgado do ordenamento. Em assim sendo, cabe perquirir quais as atividades das entidades em causa estavam incluídas no parágrafo e quais se encontravam já contempladas tanto no art. 2º, quanto no *caput* do art. 3º da referida Lei.

126. Após digressões fundamentais acerca do princípio da solidariedade tributária, inclusive com apoio em jurisprudência do STF, mormente no julgamento do RE 230.337, no qual o Supremo entendeu devida a incidência da Cofins sobre o faturamento das empresas distribuidoras de derivados de petróleo, mineradoras, distribuidoras de energia elétrica e executoras de telecomunicações, e de analisar a exclusão do pagamento da Cofins nos termos do art. 11, parágrafo único, LC 70/1991, afirma:

Tal exclusão, levada a efeito pela referida Lei Complementar deixa patente que não fosse a norma do art. 11, as instituições incluídas no § 1º do art. 23 da Lei 8.212/1991, ficariam submetidas à exação da mesma forma que todas as pessoas jurídicas. Em assim sendo, não há que se discutir relativamente ao alcance da Contribuição e a efetiva sujeição das instituições nessa cobrança, pois não se pode conceber exclusão de quem não estava incluído. A única discussão que pode ser admitida é a relativa à ampliação da base de cálculo trazida pelo §1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, declarado inconstitucional pelo STF. E nem poderia ser diferente, visto que o legislador, como afirmado alhures, estava obrigado a incluir toda a sociedade, mormente o segmento

em destaque, possuidor, a toda evidência, de incontestável capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CR).

Isto significa dizer que a noção de faturamento a ser considerada é aquela prevista na Lei Complementar 70/1991, exposta no art. 2º, e mantida e ampliada, em essência, pela Lei 9.718/1998, que, como vimos, permanece incólume (salvo no que tange à ampliação). Ora, se as instituições em pauta estão incluídas na noção de faturamento (receita bruta) da Lei 9.718/1998, por força do seu art. 2º, restaria perguntar-se, de forma a espancar qualquer dúvida quanto à hipótese de incidência e base de cálculo discutida, qual a natureza jurídica das receitas auferidas pelas instituições referidas no § 1º do art. 23 da Lei 8.212/1991.

127. Para responder a essa fundamental questão, a Procuradora da Fazenda Nacional traça considerações acerca do Sistema Financeiro Nacional, conforme o disposto na Constituição da República e na legislação pertinente.

128. Com efeito, o art. 192 da Constituição conecta-se com o art. 170, ao perspectivar o Sistema Financeiro como um instrumento de promoção do desenvolvimento equilibrado do País, a serviço dos interesses da coletividade. A própria Febraban tem como lema: *“Um sistema financeiro saudável, ético e eficiente é condição essencial para o desenvolvimento econômico e social do País”*. A Fazenda Nacional concorda plenamente com essas premissas.

129. A ilustrada Procuradora analisa o conceito legal de instituição financeira disposto no art. 17 da Lei 4.595, de 31/12/1964 (*Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros*) e acolhe o entendimento do *dr. Francisco Arnoldo de Assis* manifestado no Parecer PGFN/CAF 334/2001 acerca do conceito de instituição financeira:

Sustentada pela maioria dos doutrinadores brasileiros e encontrando guarida na maioria das decisões de nossos Tribunais, a melhor interpretação do conceito de instituição financeira é ainda aquela antiga, segundo a qual há necessidade de conjugação dos três pressupostos do *caput* do art. 17 da Lei 4.595/1964 — coleta, intermediação e aplicação de recursos próprios e de terceiros para a caracterização da atividade financeira, atividade privativa das

instituições autorizadas a funcionar e fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil.

Sendo este o conceito de Instituição Financeira, do mesmo dispositivo legal é possível extrair-se as atividades desenvolvidas pela mesma: ‘coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

130. Em seu cogitado Parecer, a PFN Cláudia Regina Gusmão recorda o estreito relacionamento entre os conceitos de *faturamento* e *receita bruta*, a partir da jurisprudência do STF, e acerta com precisão o sentido das inovações legislativas da Cofins:

O legislador ordinário, por meio da Lei 9.718/1998, buscou ampliar o conceito de receita bruta (art. 3º, *caput*) definindo esta como ‘a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas (art. 3º, § 1º).

Em suma: a Lei 9.718/1998 manteve a equivalência semântica (sinonímia) entre faturamento e receita bruta, para o fim de aferição da base de cálculo da Cofins/PIS, mas ampliou o conceito desta última.

Podemos, assim, dizer que a Lei Complementar 70/1991 utiliza um conceito restritivo de receita bruta, e a Lei 9.718/1998 serve-se de um conceito ampliativo (incluindo as receitas não operacionais).

131. *Ao nosso sentir, eis o alcance da decisão do STF que julgou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998: as receitas não operacionais estão fora da base de cálculo da Cofins, pois não integram o seu faturamento; mas as operacionais fazem parte do faturamento, e, conseqüentemente, estão na base de cálculo da Cofins.*

132. Os Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto partejaram, explicitamente, esse entendimento em seus votos, no que foram acompanhados pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

133. Provocados, alguns Ministros do STF têm rechaçado as tentativas das instituições financeiras no sentido de excluírem da base de cálculo da Cofins suas receitas operacionais típicas, com o não acolhimento de suas pretensões (v.g. *RE 508.386*, Relator Ministro Celso de Mello; *RE 433.077*, Relatora Ministra Cármen Lúcia). Até o presente momento, a pretensão das instituições financeiras não tem encontrado eco no STF.

134. No colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Recurso Especial 827.194*, o Ministro Teoria

Albino Zavascki, em julgamento de uma empresa locadora de mão-de-obra, ferindo o PIS e o art. 1º, itens, da Lei 10.637, pontificou:

*Salvo, portanto, se afigurarem entre as deduções previstas no § 3º, todas as receitas auferidas pela empresa compõem a base de incidência da contribuição.* Note-se que, mesmo entre as deduções admitidas, nenhuma tem em conta a destinação dos recursos (critério com base no qual a impetrante pretende a exclusão dos valores direcionados ao pagamento dos salários e dos demais encargos trabalhistas). Ora, não há dúvida de que tais valores integram o faturamento das empresas intermediadoras de mão-de-obra, uma vez que lhe são alcançados pelas tomadoras de serviços, caracterizando, assim, tipicamente, 'receita bruta da venda de bens e serviços'. A peculiar composição dos custos das empresas do ramo de intermediação de mão-de-obra — que determina o direcionamento de grande parte, ou até mesmo da maior parte, de suas receitas à remuneração dos empregados postos à disposição de outras empresas — nenhuma influência tem para fins de determinação do faturamento, uma vez que a lei não considera, para esse fim, a destinação das receitas.

*As mesmas considerações são válidas para a Cofins, cuja base de cálculo está fixada em dispositivo de teor praticamente igual ao do acima reproduzido (art. 1º da Lei 10.833/2003)".*

135. Ou seja, a base de cálculo da Cofins, segundo o estabelecido pelo STF, à luz da Lei 9.718/1998 e da redação originária do inciso I do art. 195, CR, *é a receita bruta operacional (faturamento) correspondente à totalidade dos ingressos auferidos mediante a atividade típica da empresa, de acordo com o seu objeto social, independentemente da natureza da atividade ou da empresa.*

136. *Sendo assim, somente estarão excluídas da base de cálculo aquelas receitas não-operacionais ou aquelas que estejam legal e explicitamente discriminadas. O que não for discriminado por lei está incluso na base de cálculo do tributo respectivo.* Prestam-se reverências a regra da estrita legalidade e o princípio da universalidade, próprios das contribuições sociais.

137. Pois bem, retornando ao Parecer da ilustre PFN Cláudia Regina Gusmão, apreende-se que as instituições financeiras são sociedades que trabalham na intermediação de capital, recebendo e repassando numerário. O spread bancário, continua a ilustre parecerista da Fazenda, *é a remuneração recebida pela aludida*

*intermediação, ou seja, é a diferença entre o que o banco paga para captar numerário e o valor cobrado quando do empréstimo a quem o procura.*

138. Após explicitar a definição de *spread* bancário do Banco Central, que não discrepa da sua, busca apoio no magistério de Ruy Rosado de Aguiar (Os contratos bancários e a jurisprudência do STJ, CEJ, 2003), que ensina:

Juro é fruto do dinheiro. É o que o credor recebe do devedor, além da importância da dívida. 'Entende-se por juros o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou não ter recebido o que se lhe devia presta' (P. de Miranda).

Hoje, porém, não significa apenas o fruto civil do capital, pois passou a ser importante instrumento de política monetária, juntamente com o câmbio, o comércio exterior e a regulação da moeda e do crédito, servindo para controlar o fluxo financeiro.

Para o cálculo dos juros, considera-se o custo de captação do dinheiro, a sobretaxa do banqueiro, a desvalorização da moeda e, por fim, os riscos operacionais, pois, quanto maior a possibilidade de inadimplência, maior o risco. 'O crédito de juros nasce a determinado momento, periodicamente, como se pingasse da quantia devida, sem a diminuir' (Pontes, op. loc. cit.). No Brasil de hoje, com as taxas praticadas, o pingo se torna maior que o balde após alguns meses de juros capitalizados. 'De acordo com o relatório 'Juros e Spread Bancário no Brasil', elaborado pelo BC, o spread está composto por: 16% pela inadimplência; 19% por despesas administrativas; 29% por impostos; 36% pela margem líquida do banco. Margens de lucro tão elevadas garantem os lucros astronômicos dos bancos brasileiros, muito acima da média mundial' (editorial da Folha de São Paulo, 06/02/2003, A/2). Como se vê, a alegação corrente de que o spread é elevado por causa da inadimplência não procede, pois a sua maior parcela, quase o triplo, corresponde ao lucro; reduzido o quantitativo deste, certamente seria o menor o índice de inadimplência. Nos países em que é menor o índice de inadimplência, é significativamente menor o percentual do lucro.

139. *Eis o "preço" — ou "remuneração" — cobrado pelas instituições financeiras daqueles que buscam os seus serviços típicos. Eis o principal ingresso componente de seu faturamento. Eis a origem maior de suas receitas operacionais típicas.*

140. A PFN Cláudia Regina Gusmão recorda a decisão do STF na ADIN 2.591, na qual a Corte estabeleceu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei

8.078/1990) às atividades das instituições financeiras. Nesse julgamento, o Tribunal entendeu que o § 2º do art. 3º do CDC (*serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*), deixando claro que a atividade financeira é constituída por serviços que são disponibilizados aos clientes, dentre os quais se inclui a intermediação financeira.

141. Daí preceitua, alicerçada no magistério de Alfredo Augusto Becker e de Aires Fernandino Barreto, *que os serviços financeiros são serviços tributáveis, entendidos como "o desempenho de atividade economicamente apreciável, produtiva de utilidade para outrem, porém sem subordinação, sob regime de direito privado, com fito de remuneração"*.

142. Nesse particular, *relativo à remuneração*, encontra-se a única diferença entre a prestação de serviços financeiros e os demais serviços prestados pelas instituições financeiras, como perspectivou a eminente PFN Cláudia Regina Gusmão em seu alentado Parecer:

De fato, a receita auferida pelos serviços de fornecimento de talão de cheques, extratos, compensação de cheques, etc., é proveniente de pagamentos diretos feitos pelos clientes (por meio do débito automático de tarifas correspondentes nas contas de depósito dos mesmos). Por outro lado, as receitas provenientes dos serviços de intermediação ou aplicação de recursos são decorrentes exatamente de tais transações, ou seja, correspondem à diferença apurada entre os valores originariamente aplicados, o seu rendimento, e o valor que contratualmente deve ser devolvido ao aplicador ao final da operação, o que se convencionou chamar de *spread*, como já demonstrado.

143. Ainda, em sede da prestação de serviços financeiros, o Parecer ancorou-se nas normas internacionais do GATS (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços), em particular o item 5 do Anexo sobre os Serviços Financeiros.

144. Com acerto, Cláudia Regina Gusmão demonstra que as instituições financeiras são prestadoras de serviços e que, a partir das diretrizes do GATS, e fulcrado no art. 98 do CTN e na jurisprudência do STF (*ADIN 1.480*), as normas tributárias internacionais são recebidas com a mesma hierarquia das leis tributárias ordinárias. De sorte que, ineludivelmente, não compreender

como prestação de serviços a atividade financeira típica das instituições financeiras é solapar todo o sistema jurídico, afinal a jurisprudência do STF (*ADIN 2.591*), o CDC (arts. 3º, § 2º, e 52), a Lei 4.595/1964 (art. 17), o GATS e a legislação tributária assim estabelecem, ou seja, *que a atividade típica das instituições financeiras é a prestação de serviços*.

145. Com rigor doutrinário, Cláudia Regina Gusmão leciona:

O direito tributário obedece ao primado da oneração da capacidade contributiva. A superada noção de mercadoria e serviço para o direito comercial e bancário não pode servir de fundamento para a desoneração tributária de um segmento empresarial que exerce o comércio e desfruta de absoluta capacidade econômica e financeira para suportar o encargo. O faturamento, sob a perspectiva tributária, e desde a Lei Complementar 70/1991, apesar da declaração de inconstitucionalidade da base ampliada, corresponde à receita bruta de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Nesse sentido, compreende a totalidade das receitas advindas com as atividades principais ou acessórias que compõem a receita operacional da pessoa jurídica. O resultado da atividade de intermediação financeira, apesar de não sujeita à ação de faturar, constituindo ato de comércio e decorrendo da própria atividade negocial da empresa, integra o seu faturamento para os efeitos fiscais de concretizar o fato gerador da Cofins/PIS.

O relevante para a norma é a identidade entre a receita bruta operacional e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. A declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, s.m.j., não alterou, nesse particular, o critério definidor da base de incidência da Cofins/PIS como o resultado econômico da atividade empresarial vinculada aos seus objetivos sociais. Ao revés, apenas firmou o entendimento de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência da Cofins/PIS (v.g. Receitas de Capital de locadora de veículos), mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da empresa, como é o caso das operações bancárias das instituições financeiras.

146. Segundo a ilustre Parecerista, o fato de ter havido redução da alíquota da CSLL para as instituições financeiras demonstra o caráter sistêmico do ordenamento jurídico-tributário, pois se essas empresas estiverem eximidas do recolhimento da Cofins, estaria diante de uma manifesta *injustiça tributária*, em desacordo com os princípios da isonomia, capacidade

contributiva, universalidade e solidariedade. A mencionada redução da alíquota da CSLL está no bojo da inserção das instituições financeiras como contribuintes da Cofins.

147. A PFN Cláudia Regina Gusmão, com pena de ouro, arrematou:

a) as instituições financeiras e as seguradoras estavam isentas da cobrança da Cofins anteriormente à entrada em vigor da Lei 9.718/1998 (parágrafo único do art. 11 da Lei Complementar 70/1991), mas recolhiam a CSLL com alíquota majorada (*caput* do mesmo art. 11);

b) as instituições financeiras e as seguradoras já recolhiam a contribuição para o PIS, mesmo anteriormente à entrada em vigor da Lei 9.718/1998 (Lei 9.701/1998);

c) relativamente ao PIS e a Cofins, a partir da entrada em vigor da Lei 9.718/1998, as instituições financeiras e as seguradoras passaram a ser tributadas com base no art. 2º da citada Lei, o qual estabelece como base de cálculo dessas contribuições o faturamento, conceituado pelo *caput* do art. 3º como sendo 'a receita bruta da pessoa jurídica';

d) o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 que ampliou o conceito de receita bruta para abarcar as receitas não operacionais foi considerado inconstitucional pelo STF nos RREE 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840;

e) a declaração de inconstitucionalidade citada na letra 'd' não tem o condão de modificar a realidade de que para as instituições financeiras e as seguradoras a base de cálculo da Cofins e do PIS continua sendo a receita bruta da pessoa jurídica, com as exclusões contidas nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 3º, sem abarcar, todavia, as receitas não operacionais, eis que o art. 2º e o *caput* do art. 3º não foram declarados inconstitucionais;

f) no caso da Cofins o conceito de receita bruta é o contido no art. 2º da LC 70/1991, isto é, as receitas advindas da venda de mercadorias e da prestação de serviços;

g) no caso do PIS o conceito de receita bruta é o contido no art. 1º da Lei 9.701/1998;

h) serviços para as instituições financeiras abarcam as receitas advindas da cobrança de tarifas (serviços bancários) e das operações bancárias (intermediação financeira);

i) serviços para as seguradoras abarcam as receitas advindas do recebimento dos prêmios;

j) as afirmações contidas nas letras 'h' e 'i' decorrem: do princípio da universalidade na manutenção da seguridade social (*caput* do art. 195 da CR/1988),

do princípio da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CR/1988), do item 5 do Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS e promulgado pelo Decreto 1.355, de 30/12/1994 (art. 98 do CTN), do inc. III do art. 2º da LC 116/2003 e dos arts. 3º, § 2º, e 52 do CDC.

148. Com essas conclusões e partindo da premissa verdadeira de que a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros pode ser classificada como serviços para fins tributários, sujeitando-se, portanto, à incidência das contribuições do PIS e da Cofins, exceto no *plus* contido no § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, decretado inconstitucional pelo STF, a ilustre PFN Cláudia Regina Gusmão põe cobro às teses inaceitáveis das instituições financeiras de se verem exoneradas do pagamento do PIS e da Cofins, com um tratamento discriminatório em relação às demais pessoas jurídicas.

## IX. As respostas aos quesitos

149. Se indagado, forneceria as seguintes respostas aos quesitos formulados pelas consulentes Consif e Febraban.

A) Qual a amplitude da base de cálculo da Cofins tal como prevista pela Lei Complementar 70/1991? Esta base de cálculo era diferente em função da atividade desenvolvida pela empresa, de tal modo que receitas financeiras ou dividendos integrariam a base de cálculo de uma empresa 'holding' mas não a base de cálculo de uma empresa comercial ou prestadora de serviços?

*Resposta.* A base de cálculo da Cofins é o faturamento do contribuinte, entendido como a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços, originária da atividade típica da empresa, em consonância com o seu objeto social. As receitas financeiras de natureza não-operacional estão fora do faturamento das empresas comerciais ou prestadoras de serviços, mas se as receitas financeiras são receitas operacionais de "holdings", sobre elas incide a Cofins.

B) A base de cálculo sobre qual pode exigida a Cofins na vigência da Lei 9.718/1998, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, equipara-se à soma das receitas oriundas das atividades empresariais?

*Resposta.* Sim. Nos termos da jurisprudência do STF, desde os julgados sobre o Finsocial até os recentes sobre a Cofins, a receita bruta (faturamento) é a receita

com a venda de mercadorias ou com a prestação de serviços, entendida como a operacional, ou seja a obtida com a atividade empresarial típica, segundo o seu objeto social.

C) Receitas financeiras podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da Cofins sob a égide da Lei 9.718/1998 (afastado por inconstitucional o § 1º do seu art. 3º)? Esta resposta se altera em função da empresa envolvida ser uma empresa comercial, uma prestadora de serviços, uma 'holding' ou uma instituição financeira?

*Resposta.* Sim. Se for a receita operacional da empresa. Não. Se as receitas financeiras compuserem as receitas operacionais das atividades típicas da empresa, sobre elas incide a Cofins, independentemente de ser uma empresa comercial, uma prestadora de serviços, uma "holding" ou uma instituição financeira.

D) Especificamente quanto às instituições financeiras, o fato de que no passado pagavam a contribuição ao Finsocial sobre suas receitas operacionais, nos termos do art. 1º, § 1º, 'b' do DL 1.940/1982, interfere na resposta ao quesito anterior ou apenas evidencia tratar-se de conceito distinto do de faturamento, previsto na alínea 'a' daquele mesmo dispositivo de lei?

*Resposta.* Fortalece a exigência da Cofins, pois o Finsocial, sobretudo a sua base de cálculo, foi sucedido pela Cofins. Com efeito, à luz dos precedentes do STF, evidencia-se que o Tribunal rejeita interpretações amesquinhadoras dos comandos constitucionais ou que inviabilizem uma adequada concretização dos princípios da isonomia, universalidade, solidariedade e capacidade contributiva. Relembre-se a redação originária da incidência do Finsocial ("a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras")

E) O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), no item 5 ('Definições') do 'Anexo sobre serviços financeiros' trata as atividades financeiras e bancárias como 'serviço financeiro'. Tal circunstância de algum modo tem o condão de caracterizar as receitas decorrentes das atividades previstas naquele Acordo como receitas de 'serviço' para efeito de incidência da Cofins?"

*Resposta.* Sim. O GATS, norma internacional recepcionada em nosso ordenamento jurídico, também serve de parâmetro de validade da incidência da Cofins so-

bre a prestação de serviços financeiros das instituições financeiras. Raia à irrisão a leitura que enxerga as prestações de serviços das instituições financeiras como se não fossem prestações de serviços, pois inexistente a cobrança de um 'preço', com esse termo, pois o preço cobrado pelas instituições financeiras por seus serviços típicos é chamado de "spread". Sobre esses ganhos deve incidir a Cofins.

## X. Conclusão

150. Ante o exposto, em sufrágio dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da solidariedade e justiça tributária e em favor da segurança jurídica e dos precedentes do Pretório Excelso, confia-se na manutenção do entendimento de que *todas as receitas operacionais das atividades empresariais típicas constantes no objeto social da pessoa jurídica se sujeitam ao recolhimento da Cofins*, especialmente as instituições financeiras possuidoras de indiscutível poderio econômico e patrimonial superior ao de vários outros contribuintes.

151. E, por conseqüência, na aprovação do enunciado sumular proposto pelo Ministro Cezar Peluso: "*É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que ampliou o conceito de renda bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*".

# Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante

Pierpaolo Cruz Bottini\*

## 1. Introdução

Nos últimos anos a discussão sobre a reforma do Judiciário no Brasil ganhou novos contornos, personagens e institutos legais e dogmáticos. Os problemas da prestação jurisdicional não são novidade, e desde há muito se discutem propostas e alternativas para enfrentá-los. Textos da época das Ordenações do Reino já indicavam a necessidade de reformas para organizar a legislação, tornando o processo civil e penal mais racional e célere. Portanto, não é pela novidade que podemos caracterizar as discussões contemporâneas sobre a crise judicial.

A reforma do Judiciário é um processo constante, que acompanha o desenvolvimento social. O sistema judicial integra um sistema mais amplo de organização social, e a transformação deste, com a evolução ou involução das formas de interação comunicativa, implica a necessidade de mudanças em todas as esferas organizacionais, inclusive nos mecanismos de prestação jurisdicional.

As estruturas de interação de um determinado sistema social não são perenes, por isso não há maneira de criar um modelo institucional imutável para o Judiciário, assim como não é possível fixar a jurisprudência ou os parâmetros de interpretação em imperativos categóricos, absolutos e rígidos. A evolução da sociedade exige a transformação constante do sistema judicial, da perspectiva do juiz no momento de aplicar as normas, e dos valores que orientam a concretização do direito, sob pena da atividade do magistrado restar desligada da realidade, do contexto social, e, com isso, perder legitimidade como instrumento de solução formal de conflitos.

Isso não significa que o subsistema judicial deva acompanhar, *incontinenti* e *pari passu*, as transformações sociais. A função do Poder Judiciário e das instituições a ele correlatas é fixar pautas mínimas de expectativas que garantam certa estabilidade e segurança nas relações sociais, criando parâmetros ou espaços de normalidade. Sem este espaço de confiança no agir do outro não será possível a construção das redes de relacionamento que sustentam a vida em comum. Um certo grau de estabilidade das normas e de sua interpretação é necessário para o fortalecimento dos laços comunicativos entre os membros de uma comunidade, seja ela qual for.

Por este motivo, o sistema judicial incorpora com muita cautela os processos de transformação social. As reformas na Justiça seguem a vertente das mudanças estruturais no campo político e econômico, mas através de influxos temporários, e em uma linguagem própria que permita ao sistema judicial manter sua organicidade e existência própria e autônoma.

Mas isso não significa a estagnação, ou a aversão completa a mudanças. O sistema judicial é fruto da sociedade e cumpre um papel para manter o funcionamento de determinada estrutura social, logo, a evolução ou involução das formas de interação humana sempre afetarão, ainda que em tempo e em forma peculiar, o sistema de Justiça. Desta forma, os processos de reforma dos mecanismos de prestação jurisdicional não se exaurem temporalmente. Se a sociedade está em constante mutação, também o estará o Judiciário, mas sempre em velocidade distinta, porque este último guarda uma complexidade própria de subsistema.

\*Mestre e doutor em Direito Penal pela USP. Ex-Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Advogado.

## 2. Reforma judicial no Brasil

No Brasil, o debate sobre formas de aprimorar o Judiciário surge com o próprio nascimento das instituições judiciais, e segue atual. No entanto, a partir dos anos 80, a demanda por reformas e transformações no sistema judicial foi intensificada. Isso ocorreu, ao nosso ver, por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque as mudanças sociais também se intensificaram. O advento da sociedade de risco, com suas novas características, a globalização, a complexificação das relações comerciais, financeiras, o desenvolvimento do crime organizado transnacional transformaram quantitativa e qualitativamente os conflitos existentes<sup>1</sup>. Os litígios, antes individuais e isolados, passaram a ostentar um caráter difuso. A identidade das partes no processo deixou de ser evidente; a titularidade dos direitos extrapolou o âmbito pessoal e passou à esfera da coletividade. Este fenômeno exigiu uma nova dimensão dos mecanismos de resolução de litígio da sociedade, e, especialmente, do Poder Judiciário.

A morosidade do processo, a legislação voltada para a resolução de controvérsias individuais, a dificuldade de acesso à Justiça, tornam o sistema judicial incapaz de responder às novas demandas na velocidade adequada e razoável. Este fato acarretou a perda de legitimidade e credibilidade na Justiça. Os agentes sociais buscaram outras formas de resolver seus litígios. As grandes empresas e corporações se voltaram para a arbitragem privada, ao tempo em que as camadas mais carentes da população, sem condições econômicas de recorrer a tais procedimentos, voltaram-se à autotutela, à solução de conflitos por seu agravamento, através da violência, ou, em uma hipótese mais alentadora, à mediação extrajudicial levada a cabo por profissionais especializados ou pelos próprios líderes comunitários.

A progressiva substituição da Justiça formal por mecanismos extrajudiciais tornou-se uma realidade. Este fenômeno não é, em verdade, um problema, porque a utilização de alguns meios de solução de litígios extrajudiciais, como a arbitragem e a mediação, são salutares porque rompem com a lógica da sentença

judicial como o único instrumento capaz de por fim a uma controvérsia. É legítimo e pertinente que o Estado abdique de atuar jurisdicionalmente diante de determinados conflitos ou situações. Mas é fundamental que esta opção seja fruto de uma política racional, construída de maneira democrática e planejada com os setores envolvidos, e não como resposta emergencial à crise de legitimidade das instituições públicas. O que nos parece preocupante é a perda de espaço estatal nas atividades de pacificação social pela incapacidade de responder à demanda, pelo descrédito do serviço estatal, que aponta para uma crise de institucionalidade prejudicial ao próprio Estado de Direito.

Esta crise de institucionalidade foi percebida pelos agentes políticos envolvidos com a prestação jurisdicional, o que levou a uma reflexão sobre as formas mais adequadas para retomar a legitimidade perdida. No entanto, esta luta política pelo fortalecimento da Justiça, protagonizada pelos próprios membros integrantes do Poder Judiciário, confundiu-se muitas vezes com uma batalha corporativa, e, por isso, não teve a repercussão e a intensidade suficiente para levar adiante um processo sólido de transformações efetivas.

Em segundo lugar, e talvez mais importante do que a tomada de consciência do problema pelos próprios agentes do sistema judicial, verifica-se que a sociedade civil em geral começou a demonstrar interesse pelo tema. Este fator teve impacto decisivo para acelerar o movimento de reforma do Judiciário. A democratização e a publicização do debate catalisaram o processo que amadureceu e produziu seus frutos mais significativos nos últimos anos.

Ao perceber que os mecanismos de prestação jurisdicional não mais se adequavam às suas mínimas expectativas, diversos segmentos sociais chamaram para si a responsabilidade de refletir e propor alternativas. A mídia, os economistas, os psicólogos e inúmeras entidades da sociedade civil reforçaram o discurso pelas reformas, por uma Justiça mais ágil e acessível, que solucionasse os novos conflitos de maneira eficiente, ou que, ao menos, estabelecesse parâmetros estáveis para a consolidação de expectativas de comportamento, e, com isso, contribuísse para o funcionamento da sociedade.

Podemos dizer, portanto, que a percepção da disfuncionalidade do sistema judicial, pelos agentes do próprio sistema, e pela sociedade como um todo, fo-

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

ram fatores que fortaleceram o discurso pró-reformas e, com isso, aceleraram os processos decisórios responsáveis pelas recentes transformações na legislação e na interpretação do direito.

A compreensão deste contexto, deste pano de fundo, é essencial para que possamos refletir sobre cada novidade, cada instituto que recentemente se incorporou ao ordenamento jurídico. A aprovação da EC 45/2004, com a conseqüente criação do Conselho Nacional de Justiça, da súmula vinculante, da exigência de repercussão geral dos recursos extraordinários, o desenvolvimento de novos posicionamentos do STF sobre a extensão e a natureza do controle de constitucionalidade, a aprovação, em sede infraconstitucional, da súmula impeditiva de recursos e outros mecanismos de consolidação da jurisprudência não aconteceram por acaso, não são manifestações isoladas, mas fazem parte de um movimento comum que teve e tem por objetivo adequar a linguagem e os instrumentos do sistema judicial a uma ordem social mais complexa e distinta.

### 3. Sentido das reformas

---

Os instrumentos de uniformização criados pelas recentes reformas legislativas (EC 45/2004 e alterações no Código de Processo Civil realizadas em 2005 e 2006) são de ordem jurisdicional e de ordem administrativa.

No que se refere à uniformização dos procedimentos administrativos, surgiram regras para racionalizar a organização administrativa dos tribunais e dos institutos judiciais em todo o país. Isso foi possível através da criação de órgãos nacionais de planejamento, com atribuições de expedição de normas de gestão de caráter geral e de observância obrigatória em todas as unidades judiciais, de todos os entes federados. A instalação do Conselho Nacional de Justiça e a consolidação do Conselho da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho tiveram como finalidade organizar, em linhas gerais, a gestão do Judiciário, desarticulada pela existência de inúmeros ramos e órgãos judiciais fragmentados.

A consagração, pela Constituição Federal, do sistema federativo de Estado, acarreta na organização fragmentada da Justiça no país, em que cada estado organiza com autonomia seus tribunais, de acordo com suas particularidades regionais. Isso é absolutamente importante para a manutenção do equilíbrio federa-

tivo e para oferecer serviços adequados para um país de dimensões continentais com grande diversidade cultural.

Porém, esta miríade de tribunais locais não pode implicar a total desarticulação da administração da Justiça no país. Atualmente os diferentes ramos da Justiça brasileira exercem suas atribuições com pouca ou nenhuma comunicação, troca de informações, o que leva à adoção de procedimentos e normas de gestão tão distintas que, nas palavras do ex-Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, parece que o modelo de prestação jurisdicional nacional é um arquipélago, onde cada tribunal é uma ilha que trabalha voltada para si, sem conhecer a realidade comum que a todos cerca. Este fenômeno cria obstáculos sérios a uma prestação jurisdicional eficaz.

Desta forma, se fez necessária a criação de órgãos nacionais de padronização de regras gerais de gestão da Justiça, com competência para a expedição de atos normativos de observância obrigatória em todos os ramos do Judiciário, como o Conselho Nacional de Justiça. É certo que a atuação destes Conselhos órgãos deve limitar-se a fixar procedimentos genéricos, e respeitar o espaço de autonomia dos tribunais, sob pena de violar o princípio federativo.

Em relação à uniformização da jurisprudência, as reformas constitucionais e legais ampliaram o caráter objetivo e vinculante das decisões judiciais. Para se aproximar destes objetivos, vários foram os atos do legislador, como a criação e a regulamentação da súmula vinculante, a exigência de repercussão geral do recurso extraordinário, a utilização de *leading cases* em casos de recursos idênticos, a criação da súmula impeditiva de recurso, dentre outros instrumentos.

O denominador comum de todos estes novos institutos, incorporados ao ordenamento pela EC 45/2004 e pelas inúmeras leis aprovadas em 2005 e 2006 que alteraram o Código de Processo Civil, foi o sentido pragmático das propostas. A teleologia prática que orientou os projetos resultou na construção de preceitos normativos que, em alguns aspectos, são de difícil harmonização com estruturas jurídicas já consolidadas pela tradição da dogmática nacional. Se, por um lado, este pragmatismo jurídico traz perplexidades que exigem um esforço profundo de substituição de dogmas já há muito consolidados, e, por isso insufla reações contrárias, por outro oferece instrumentos im-

portantes aos operadores do direito que permitirão o enfrentamento de problemas práticos e cotidianos responsáveis pela crise do sistema judicial.

Evidentemente que a prudência deve acompanhar a incorporação das novidades ao sistema judicial, porque, como já apontado, este cumpre um papel de estabilizar as expectativas, e qualquer entusiasmo irrefletido ou desproporcional na utilização dos novos instrumentos poderia causar danos ao equilíbrio institucional.

A justificativa apresentada para a aprovação de institutos como a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos, ou a repercussão geral do recurso extraordinário, foi a necessidade de superar o problema da morosidade judicial, oferecendo ao operador do direito instrumentos de consolidação e uniformização de jurisprudência. Buscou-se eliminar a repetição de discussões sobre temas já pacificados pelas instâncias judiciais superiores ou pelo próprio magistrado, oferecendo um ambiente de previsibilidade sobre a orientação jurisprudencial em determinadas questões.

Apenas com o passar do tempo será possível medir o êxito ou o fracasso de tais medidas, mas sua intenção foi evitar a utilização massiva do sistema judicial para a solução de questões de direito já superadas, em relação às quais exista um razoável consenso acerca do acerto dos precedentes judiciais. Isso não significa que a jurisprudência consolidada seja um imperativo absoluto e imutável, mas que tenha validade como um parâmetro relativamente seguro que facilite a definição de estratégias de comportamento pelos membros de uma sociedade.

A estabilização da jurisprudência não significa fechar hermeticamente as portas para a revisão e reformulação da interpretação das normas. Por isso instrumentos como a súmula vinculante devem ser utilizados com parcimônia e moderação, com o escopo único de evitar a rediscussão de temas que já tenham sido enfrentados e debatidos suficiente e democraticamente. A súmula vinculante e os demais instrumentos de consolidação de jurisprudência não são, e não podem ser meros instrumentos de afirmação de poder. Devem ser aplicados com cautela, com o sentido de dotar de validade e eficácia uma determinada orientação, por determinado período de tempo, até que aquele contexto no qual se originou a interpretação da norma seja alterado.

Como afirmado, este aspecto de fortalecimento dos precedentes jurisprudenciais, presente nas últimas reformas constitucionais e infraconstitucionais está inserido em um amplo processo de transformações do sistema judicial nacional, já iniciado há algum tempo, mas que ganhou intensidade nos últimos anos. A compreensão da lógica que pautou as recentes e apontadas alterações legislativas requer uma análise do processo histórico de transformações no sistema judicial que permita vislumbrar um sentido comum que perpassa os movimentos de reforma legal e dogmática no último século.

#### 4. Evolução dos instrumentos de consolidação de jurisprudência

Desde a época da Roma Imperial, a discussão sobre a organização da interpretação judicial traz perplexidade aos agentes responsáveis pela prestação jurisdicional. O conflito entre os juristas romanos, que defendiam o princípio da autonomia dos intérpretes (pelo qual estes poderiam emitir pareceres que resolviam os casos concretos através da livre interpretação de precedentes não vinculantes), e alguns Imperadores, que se arvoravam como autênticos e únicos intérpretes das regras vigentes (como Justiniano, que proibiu, em seu *Digesto*, qualquer comentário interpretativo sobre as normas contidas naquele texto), já indicava a controvérsia sobre a validade e legitimidade dos institutos de uniformização de interpretação judicial.<sup>2</sup>

O debate sobre as formas mais adequadas para a organização da interpretação das normas acirrou-se após o advento do Iluminismo e das Revoluções burguesas. Os rechaços ao absolutismo e à arbitrariedade elevaram o princípio da legalidade ao mais alto patamar. O positivismo jurídico vedou qualquer atividade de interpretação das normas, e, com o objetivo de regular todos os aspectos da atividade humana e evitar lacunas, foram produzidos os grandes Códigos. Consagrou-se o Poder Legislativo como única fonte de direito. As únicas normas de caráter vinculante, portanto, eram as leis.

<sup>2</sup>CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A arcaica súmula vinculante. In: RENAULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

Sobre estas premissas se organizou o sistema judicial brasileiro. O regime republicano repeliu quaisquer mecanismos judiciais de uniformização vinculante de jurisprudência. A força das decisões do Judiciário, inclusive aquelas do recém criado Tribunal Federal, restringiam-se às partes envolvidas no processo.

Inspirado no modelo americano, o ordenamento constitucional brasileiro previa apenas um atrofiado sistema de controle difuso de constitucionalidade. O respeito absoluto ao ideal da separação de poderes impedia qualquer atribuição judicial que se aproximasse da atividade legislativa, como a expedição de orientações *erga omnes*.

Na Constituição de 1934 surge o primeiro esboço para dotar de efeitos vinculantes as decisões judiciais, mas sempre acompanhado do cuidado de preservar a separação dos poderes, especialmente o âmbito de atribuições do Poder Legislativo, única fonte de normas e de atos com caráter geral e abstrato. Tratava-se da possibilidade, até hoje existente no direito brasileiro, do Senado Federal suspender a execução das normas consideradas inconstitucionais pelo STF, de acordo com o art. 91, IV da Constituição de então. Desta forma, a decisão judicial sobre a constitucionalidade de leis poderia extrapolar o restrito limite das partes do processo, passando a ter efeitos *erga omnes*. Com isso, criava-se um instrumento de efetivação das decisões do Supremo, racionalizando o sistema de interpretação normativa ao evitar que aquela mesma discussão sobre a constitucionalidade de uma lei fosse repetida inúmeras vezes e, ao mesmo tempo, preservava-se a separação de Poderes exigindo-se a chancela do Senado Federal para a ampliação dos efeitos da decisão.

Ao mesmo tempo, a Constituição autorizou o Procurador-Geral da República a ingressar com uma representação junto ao STF quando uma norma estadual estivesse em desacordo com os preceitos da Constituição Federal. Neste caso, a decisão pela inconstitucionalidade importava o afastamento definitivo da norma estadual do ordenamento jurídico estadual, ou seja, uma decisão judicial poderia modificar o direito positivo dos estados federados sem a participação do Legislativo. Evidentemente este processo limitava-se ao ordenamento estadual, mas, de qualquer forma, pode-se vislumbrar nesta representação interventiva o anúncio da ação direta de inconstitucionalidade.

Em meados do século XX, especialmente após a 2ª Grande Guerra, os países europeus desenvolveram sistemas para o fortalecimento do controle jurisdicional dos atos administrativos e legislativos, com o objetivo de coibir abusos e arbitrariedades por parte do Estado. No sentido de resguardar os direitos e garantias fundamentais, foram desenvolvidos sistemas de controle concentrado de constitucionalidade, em que as Cortes Constitucionais poderiam declarar a incompatibilidade de uma norma ou ato normativo com a Constituição e, a partir daquele momento, esta decisão teria validade *erga omnes* e efeito vinculante. O sistema constitucional italiano, o alemão e o austríaco consagraram tais formas de controle, que surgiram como um mecanismo importante de consolidação de jurisprudência e de organização de precedentes, relativos às discussões sobre a constitucionalidade de determinadas matérias.<sup>3</sup> Nas décadas de 70 e 80 este mecanismo foi disseminado na Europa, sendo previsto também na Constituição de Portugal (1976), Espanha (1978), Polónia (1982), dentre tantos outros países.<sup>4</sup>

No Brasil, a resistência ao caráter vinculante das decisões judiciais, já abalada pelas decisões do STF com caráter *erga omnes* no âmbito dos estados, nas representações interventivas, foi superada definitivamente diante da influência da experiência europeia. O controle concentrado de constitucionalidade passa a coexistir com o controle difuso já existente a partir da aprovação da EC 16/1965, que criou a ação direta de inconstitucionalidade. A partir de então, o STF, mediante provocação do Procurador-Geral da República, poderia declarar, com efeito *erga omnes*, a incompatibilidade de determinadas leis ou atos de caráter normativo com a Constituição Federal. Trata-se do primeiro instrumento efetivo de uniformização de jurisprudência na legislação republicana.

A partir de então, inicia-se um movimento legislativo e jurisprudencial no sentido de ampliar os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, e de dotar de efeitos vinculantes outras decisões judiciais, com a finalidade de uniformizar as decisões judiciais. Ao mesmo tempo, percebe-se a tentativa de

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional 45/2004*. Reforma do Judiciário. cit., p. 335.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante*. cit., p. 336.

legitimar este aumento de poderes judiciais pela ampliação do número de legitimados a participar das discussões jurídicas que antecedem as decisões com efeitos vinculantes.

A Constituição de 1988 reflete este movimento ao aumentar o rol de legitimados a impetrar uma ADIn, antes restrito ao Procurador-Geral da República. O art. 103 da CF/1988 aponta outros agentes legitimados a provocar o controle abstrato de normas. Ao mesmo tempo, a Constituição de 1988 amplia este mesmo controle concentrado, ao criar a ADIn por omissão (art. 103, § 2º, da CF/1988) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, ampliando as hipóteses de decisões *erga omnes* e vinculantes do STF.

Ainda no sentido de consolidar o controle objetivo de constitucionalidade, o legislador reformou a Constituição (EC 3/1993) para prever expressamente a possibilidade do STF declarar a constitucionalidade de normas federais sobre as quais existisse controvérsia jurisprudencial, limitando, naquele momento, a legitimidade para o uso deste instrumento ao Presidente da República, às Mesas do Legislativo Federal e ao Procurador-Geral da República (art. 102, I, *a* da CF/1988).

Após algumas discussões, o STF superou qualquer controvérsia sobre a extensão dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, ao definir expressamente que suas decisões em ADIn, Adecon e ADPF tinham efeito vinculante, ou seja, eram de observação obrigatória pelos demais órgãos judiciais e pela Administração Pública, pavimentando o caminho para a aceitação futura da súmula de efeito vinculante.

No entanto, a tendência de ampliação dos espaços de participação da sociedade no âmbito do controle concentrado não caracterizou os primeiros anos da vigência da Constituição de 1988. Como citado, a emenda constitucional que criou a Adecon em 1993 estabeleceu um número bastante limitado de legitimados para sua impetração, e, mesmo a utilização da ADIn foi restrita pela fixação de parâmetros rigorosos de legitimidade construídos pela jurisprudência do STF, como a exigência de pertinência temática para a utilização deste instrumento (não prevista na Constituição) e a negação de legitimidade às associações de associações. A Lei 9.868/1999 (que regulamenta as ações de constitucionalidade) ainda reforçava o afastamento da participação da sociedade civil ao impedir a intervenção de terceiros nos processos de controle concentrado de

constitucionalidade, quer para reforçar os argumentos pela inconstitucionalidade da norma, quer para defender sua manutenção e vigência.

Com o passar do tempo, o STF flexibilizou seu entendimento e abriu novos espaços de participação da sociedade nas discussões no âmbito do controle objetivo de constitucionalidade. Acabou por permitir a atuação de associações de associações como legitimados a impetrar ADIn, e, em 2004, alterou seu Regimento Interno, passando a admitir a figura do *amicus curiae*, ou seja, participantes no processo de controle que tivessem condições técnicas de apresentar argumentos contra ou a favor da norma ou do ato normativo em discussão.

Pode-se verificar que a evolução do regramento do controle de constitucionalidade no Brasil segue uma tendência de fortalecimento dos efeitos dos precedentes judiciais e, ao mesmo tempo, tenta legitimar este fenômeno abrindo espaços maiores de participação de setores da sociedade civil nos debates.

Mas não só no controle objetivo de constitucionalidade se percebe a tendência da legislação em fortalecer os mecanismos de uniformização de jurisprudência. Também na regulamentação dos recursos de caráter subjetivo, na organização do sistema difuso de controle constitucional, na via de exceção, percebe-se um movimento que busca a consolidação das decisões judiciais.

A idéia de fixar as orientações dos tribunais através de súmulas, incorporada no Regimento do STF em 1963, já aponta esta direção. Estas súmulas, que consolidam a interpretação de normas pacificada na Corte, não têm caráter cogente, são apenas uma orientação para as decisões dos demais órgãos judiciais. Este instrumento de organização de precedentes expandiu-se por outros tribunais, sendo consagrado no art. 479 do CPC, que estabelece que: “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

O caráter meramente orientativo da súmula foi cedendo espaço para a implementação de mecanismos de restrição de discussão de temas já consolidados nestes institutos, de modo que, em 1998, foi alterado o art. 557 do CPC, estabelecendo-se que “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com sú-

mula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Ademais, preveu-se a possibilidade de, “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso” (art. 557, § 1.º-A do CPC). Desta forma, a súmula, ainda que não vinculante, passou a gerar efeitos concretos em processos individuais, ao impedir a apreciação do recurso ou fundamentar seu provimento pelo próprio relator, sem discussão colegiada.

Ainda dentro deste processo de fortalecimento dos precedentes fora do controle concentrado de constitucionalidade, é digna de nota a Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais. Esta norma criou o procedimento de uniformização de interpretação de lei federal diante de divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei (art. 14 da Lei 10.259/2001). De acordo com o texto legal, quando a divergência se der entre Turmas da mesma Região, a uniformização será feita em reunião conjunta das Turmas em conflito, e quando a divergência ocorrer entre Turmas de diferentes regiões, ou houver contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do STJ, a uniformização fica a cargo da Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

Existe uma discussão acerca dos efeitos vinculantes ou não da decisão da Turma de Uniformização, mas, conforme aponta SIFUENTES, “a orientação contida na Resolução 330, de 5 de setembro de 2003, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que regulou o procedimento de uniformização da Turma Nacional, não deixa dúvidas sobre seu caráter vinculante, ao menos interno, de suas decisões”.<sup>5</sup> Mais uma vez, e agora no âmbito dos Juizados Especiais, a presença de instituto de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante destacado do controle objetivo de constitucionalidade.

Fica evidente, portanto, que existe uma tendência legislativa e jurisprudencial no sentido de ampliar os mecanismos de uniformização de jurisprudência, con-

ferindo efeitos cada vez maiores e mais concretos aos precedentes, e que, ao mesmo tempo, busca ampliar a participação da sociedade civil na elaboração destes precedentes, como forma de legitimação destes.

É nesse contexto que surge a súmula vinculante, não como um ato de criatividade instantânea do legislador, mas como mais uma etapa de um processo de transformação de quase um século de duração. Este fato não torna a súmula vinculante isenta de todas as críticas e questionamentos que a ela faz parcela da doutrina<sup>6</sup>, mas apenas mostra-a como parte de um contexto de mudanças profundas no modo de interpretar e aplicar os precedentes judiciais no Brasil.

## 5. Emenda Constitucional 45 e a Reforma Processual Civil de 2006

Nos últimos anos o sistema judicial brasileiro entrou em crise, uma crise de morosidade. Isso não quer dizer que a lentidão nos processos é algo exclusivo do Brasil contemporâneo, nem que os Judiciários de outros países não tenham também seus problemas para solucionar definitivamente um litígio. Ocorre que a resolução de conflitos ficou inviável, com um processo tardando cerca de nove anos para ser definitivamente resolvido, caso vá até o STF.<sup>7</sup>

A discussão sobre as causas deste problema, como já afirmado, foi democratizada e diversos segmentos da sociedade, antes avessos ou alheios a tal assunto, ingressaram no debate da reforma do sistema judicial, apresentando uma demanda intensa por mudanças.

Esta demanda foi corroborada por uma série de diagnósticos que apontavam numericamente o problema da morosidade e, mais importante, algumas de suas causas. Trabalhos do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça demonstraram, em números, a proporção do problema e os fatores responsáveis por seu agravamento. Estes dados mostraram que o congestionamento da Justiça não decorria da desídia dos juízes, nem da falta de estrutura do Judiciário, com-

<sup>5</sup> SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 249.

<sup>6</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A arcaica súmula vinculante*. In: RENAULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, dentre outros.

<sup>7</sup> Justiça em Números, STF, 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10/03/2007.

patível com a de outros países que não apresentam o problema na mesma dimensão, mas estava relacionado com o excesso de litigiosidade, que beirava o número de um processo em tramitação para cada dez habitantes do país.<sup>8</sup>

Este fenômeno do excesso de litigiosidade não implica, na verdade, amplo acesso à Justiça, como poderia parecer à primeira vista, mas mostra que um número reduzido de pessoas ou instituições utilizam demais o Poder Judiciário, enquanto a maior parte da população, especialmente aqueles setores hipossuficientes, estão excluídos deste meio formal de solução de litígios.

Logo, há um grande número de processos que envolvem os mesmos personagens, notadamente, o Poder Público (como autor e como réu), as concessionárias de serviço público (especialmente as de telefonia) e agentes financeiros, como bancos ou empresas de cartões de crédito. Isso significa, evidentemente, a existência de inúmeros processos repetitivos, que tratam de assuntos idênticos, que se limitam, na maior parte, a discussões de direito, que não envolvem matéria fática.

Esta fotografia da crise de lentidão permitiu a construção de alternativas reais direcionadas ao enfrentamento específico das matérias repetitivas, como forma de minimizar a disfuncionalidade encontrada e tornar a prestação jurisdicional um meio adequado para resolver conflitos em tempo razoável. Estas alternativas exigiram, decerto, a reflexão sobre as formas de consolidar as decisões judiciais já pacificadas e ampliar sua incidência. Assim, questões previdenciárias, tributárias e aspectos da interpretação da lei processual seriam solucionados definitivamente (ou ao menos por um prazo razoável), afastando a tramitação de milhares de processos que discutiam e discutem controvérsias já superadas.

Para isso, o legislador brasileiro não precisou inovar, mas apenas deu continuidade ao processo de expansão dos efeitos das decisões judiciais. Nesse contexto, foi aprovada a EC 45/2004, que não destoa das

alterações apontadas até então, ao fortalecer o sistema de precedentes judiciais e ao ampliar os espaços de participação da sociedade nestes debates. Assim, ao mesmo tempo que amplia o rol de legitimados na ADECON (passam a ser os mesmos legitimados para interpor uma ADIn), ampliando os canais de acesso e de utilização do controle de constitucionalidade, a EC 45/2004 também cria a súmula vinculante.

A súmula vinculante é a consolidação da posição do STF sobre determinada questão constitucional, derivada de sua atuação no controle difuso de constitucionalidade que, se aprovada por 2/3 de seus membros, será de observância obrigatória pelo Judiciário e pela Administração Pública. Assim, expande-se ao controle difuso de constitucionalidade uma característica antes estritamente ligada ao controle concentrado: a obrigatoriedade de observância dos precedentes do STF por magistrados e administradores.

Após a promulgação da EC 45/2004, iniciou-se a reforma da legislação ordinária, que ganhou corpo com um compromisso, firmado pelos Chefes dos Poderes de Estado, intitulado “Pacto por um Judiciário mais rápido e republicano”, que remeteu 26 projetos de reforma processual ao Congresso Nacional. Como resultado desta iniciativa, entre 2005 e 2006, foram aprovadas dez novas leis, dentre as quais algumas contribuíram para o fortalecimento da uniformização das orientações jurisprudenciais.

Além da Lei 11.417/2006 e da Lei 11.418/2006, que regulamentam, respectivamente, a súmula vinculante e a repercussão geral do recurso extraordinário, podemos citar a Lei 11.276/2006 e a Lei 11.277/2006 como representantes deste movimento uniformizador. A primeira trata da súmula impeditiva de recursos, que permite ao juiz não receber recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF ou do STJ, mesmo que não seja vinculante. A segunda cria um sistema de precedentes para o próprio juiz, ao autorizá-lo, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, a dispensar a citação e proferir a sentença nos mesmos termos da anteriormente prolatada.

Pode-se dizer, portanto, que a súmula vinculante não é a única novidade, nem o único instituto representativo da tendência uniformizadora das decisões judiciais, mas é uma dentre outras criações, todas ten-

<sup>8</sup> Para um panorama completo dos números do Judiciário, verificar o Diagnóstico do Judiciário, elaborado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, MJ, 2005 ([www.mj.gov.br/reforma](http://www.mj.gov.br/reforma)) e os relatórios Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, 2006 e 2007 ([www.cnj.gov.br](http://www.cnj.gov.br)). Acesso em: 10/03/2007

dentes a ampliar os sistemas de consolidação jurisprudencial.

## 6. A súmula vinculante

A súmula vinculante, portanto, é fruto de um processo de transformação do modelo de organização judicial, que culminou com sua previsão constitucional (EC 45/2004) e sua regulamentação em diploma específico (Lei 11.417/2006). Por se tratar de instituto novo, decerto sua aplicação gerará inúmeras controvérsias e problemas práticos, alguns dos quais podem ser apontados.

De acordo com o texto constitucional (art. 103-A da CF/1988), “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Como o próprio texto afirma, os efeitos da súmula, uma vez aprovada e publicada no órgão oficial, serão vinculantes para o Poder Judiciário e para a Administração Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, direta ou indireta. Desta forma, este efeito vinculante, antes restrito aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, agora afeta também as decisões em caráter difuso, desde que cumpridos os requisitos materiais e formais estabelecidos.

Revestir as súmulas de força vinculante significa, portanto, que aquela orientação deixa de ser uma mera sugestão ou um instrumento de persuasão, ou seja, sua observância é obrigatória, tanto para os órgãos judiciais quanto para os entes administrativos. Assim, se, por exemplo, o STF publica uma súmula que determine índice de reajuste do INSS, tanto os juízes e tribunais quanto a própria autarquia deverão respeitar, cumprir e seguir este índice, possibilitando, desta forma, a solução de milhares de litígios. Com isso, a súmula permite a redução dos processos repetitivos, que, como já explicitado, são responsáveis por um grande volume de demandas nos tribunais.

Evidente que a súmula, enquanto previsão geral e abstrata, não será aplicada de maneira homogênea, afinal ela também comportará diversas interpretações. Por mais clara, taxativa ou precisa que seja, a súmula vinculante suscitará divergência quanto à sua aplicação<sup>9</sup>. A subjetividade é inerente a qualquer processo decisório humano, e não será diferente na atividade de interpretação destas súmulas.

O método de aplicação da súmula ao caso concreto não se exaure nas construções lógicas formais clássicas, em que a premissa maior (súmula) se enquadra na premissa menor (fato) e expõe, de maneira inequívoca, uma resposta única para a sentença. É ilusória a idéia de que as fórmulas racionalistas descartianas farão com que milhares de juízes decidam um mesmo caso de maneira idêntica, por mais clara que seja a súmula vinculante.<sup>10</sup> A própria construção do discurso da sentença para um conflito concreto, diante de um marco sumulado previamente estabelecido, será composta por uma camada de subjetividade natural e presente nos processos de decisão humana. A interpretação não é uma atividade estática, mas dinâmica.

No exercício de suas atividades, o juiz aplicará a súmula ao caso concreto interpretando seu sentido literal, teleológico, histórico e político. O magistrado, ao trazer o texto da súmula para resolver determinada situação, vai moldar seu sentido diante da realidade objetiva, de acordo com suas convicções e princípios, mesmo que se entenda que os efeitos vinculantes da súmula não se restrinjam à parte dispositiva, mas também aos seus fundamentos. Neste processo de aplicação do direito é impossível retirar uma parcela de subjetivismo, pois é um ato humano, e, como toda atividade humana, será pautado pela formação política e social do agente. Os sentidos revelados ou subjacentes das expressões gramaticais, sua análise perante os princípios maiores do sistema constitucional ou do modelo de Estado adotado, a idéia do STF ao emitir a súmula

<sup>9</sup>Como ensina Grau, a situação de isomorfia caracteriza atos comunicativos em que as palavras e expressões utilizadas são suficientemente claras. No entanto, nas palavras do mesmo autor, “raras vezes nos colocamos, no uso da linguagem jurídica, diante de situações de isomorfia”. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 152.

<sup>10</sup>Nesse sentido, ver Falcão, Schartz e Arguelhes, para quem o “modelo silogístico é insuficiente para dar conta da complexidade do processo de aplicação de normas jurídicas gerais a casos concretos”. *Jurisdição, incerteza e Estado de Direito*. *Revista de direito administrativo*, n. 244. São Paulo: Atlas, 2006.

ou a própria análise teleológica dela, enfim, toda a revelação da concretude da súmula estará sujeita a valores do mundo de vida do juiz. O magistrado é um homem do seu tempo, e seu tempo, às vezes, não é o tempo da elaboração da súmula, os contextos são distintos, as relações são outras, as interações comunicativas sociais são diversas, e isso exige um esforço permanente de adaptação dos preceitos aos novos contextos daquele período histórico.

A aplicação da súmula sempre estará sujeita à indeterminação. Esperar a certeza absoluta das decisões judiciais revela o desconhecimento da própria natureza humana. Toda decisão judicial será uma opção, em última análise, política e parcial.<sup>11</sup>

No entanto, isso não significa que alguns parâmetros possam e devam ser utilizados para buscar um mínimo de previsibilidade da atividade jurisdicional. A liberdade interpretativa não é absoluta, pois existe um marco sobre o qual ela é construída, que deve ser respeitado. O princípio da legalidade exige que todas as decisões possíveis devem estar dentro do alcance do sentido gramatical das normas, ou dos atos normativos legitimamente expedidos, que compõe o ordenamento.<sup>12</sup> Isso implica a ilegitimidade de decisões fora do âmbito do marco da súmula editada pelo STF.

No entanto, respeitado o sentido literal, a interpretação segue sua própria lógica. E a lógica que acompanha a interpretação judicial é a escolha de um sentido dentre inúmeras possibilidades corretas. Nas palavras de Grau, *“interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (...) por isso, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao*

*direito”*.<sup>13</sup> Logo, existem inúmeras decisões corretas e legítimas a partir de um mesmo marco, e a interpretação mais adequada depende dos critérios escolhidos pelo juiz para a aplicação do texto da súmula ao caso concreto.

Conforme ensina Haberle, citado por Gilmar Mendes, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, logo, a regra cogente para as partes envolvidas em um conflito não será a súmula vinculante, ou a lei, ou o ato normativo, mas a interpretação que deles faz o magistrado designado para solucionar aquela questão.<sup>14</sup>

A restrição dos parâmetros da interpretação é um efeito da súmula vinculante, mas a eliminação de qualquer atividade interpretativa é uma ficção, na medida em que a riqueza da realidade e a natureza das coisas dificilmente são apreendidas em sua totalidade por uma previsão genérica. Por isso, a súmula é apenas mais um instrumento com que conta o julgador para proferir a norma vigente e adequada ao caso concreto, mas não pode ser considerada um instrumento impassível de ser compreendido e aplicado de maneira diferenciada por diversos órgãos julgadores.

Diante das controvérsias que certamente surgirão quando da aplicação concreta da súmula, a própria Constituição estabelece o instrumento apto a uniformizar sua aplicação e corrigir decisões em desconformidade com seus parâmetros. Assim, nos termos do art. 103-A, § 3º, da CF/1988 “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. O instrumento da reclamação, portanto, é cabível para questionar a validade da interpretação realizada diante do caso concreto.

Como a reclamação é ato dirigido diretamente ao STF, é possível que parte dos recursos extraordinários

<sup>11</sup>Nesse ponto, discordamos de Pinheiro, que afirma que “A politização das decisões judiciais se dá pela opção do magistrado de tomar suas decisões não com base no que diz a lei, ou o que recomendaria uma interpretação imparcial da disputa, mas na sua visão política da questão ou no seu anseio de fazer política social”. PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. *Rompendo o marasmo, a retomada do crescimento econômico do Brasil*. São Paulo: Campus, 2006. Estando dentro do marco legal, a opção interpretativa será sempre parcial e política, logo, não há meios de excluir estas características da atividade de julgar. O que pode ser feito, como será analisado, é restringir as hipóteses de interpretação através da fixação de marcos legais mais estreitos, que pode ser realizada por mecanismos de uniformização de jurisprudência.

<sup>12</sup>Nesse sentido, GRAU, Eros. *O direito posto e pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>13</sup>Por isso este autor nega jurisprudência o caráter de ciência, atestando que “a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência; ela se opera no âmbito da prudência”. GRAU, Eros. *O direito posto e pressuposto... cit.*, p. 155.

<sup>14</sup>MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante... cit.*, p. 350.

que deixaram de ingressar no tribunal devido à existência de súmula vinculante, sejam apresentados pela via das reclamações. Evidentemente a parte prejudicada pela sentença que aplicou ou não a súmula poderá valer-se da reclamação para buscar, diretamente na Corte Constitucional, a rediscussão do seu caso concreto. Por este motivo, fez-se necessário estabelecer um filtro para as reclamações dirigidas ao STF por discordância da interpretação que se faz da súmula vinculante no caso concreto.

Nesse sentido, a Lei 11.417/2006 estabeleceu regras e restrições à utilização da reclamação para as hipóteses de descumprimento ou aplicação indevida das súmulas vinculantes. Em primeiro lugar, estabeleceu como condição de procedibilidade da reclamação o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006). Ao tratar do esgotamento das vias administrativas, a Lei 11.417/2006 altera o art. 56 da Lei 9.784/1999, acrescentando o seguinte § 3.º e os arts. novos 64-A e 64-B:

*“§ 3.º. Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”*

*“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”*

Fica patente, portanto, que o esgotamento das vias administrativas passa por um pedido prévio de reconsideração à autoridade prolatora da decisão e, posteriormente, por um recurso à autoridade superior, se existente. Ainda exige a lei, que a autoridade administrativa explicita as razões pelas quais proferiu a decisão, tratando expressamente da aplicabilidade da súmula ao caso concreto.

A Lei 11.417/2006 ainda prevê a responsabilização pessoal cível, administrativa e penal da autoridade prolatora de decisão administrativa que for cientificada de julgamento de reclamação que reconheceu violação da súmula vinculante. Note-se que esta responsabilização não será possível diante da primeira decisão em desconformidade com a súmula, mas apenas se, uma vez julgada a reclamação e reconhecida que a interpretação da súmula, evidenciada na decisão adminis-

trativa, não está adequada, a autoridade mantiver sua postura e repetir tal comportamento.

No que concerne à reclamação e cancelamento da súmula, a Lei 11.417/2006 prevê regras e procedimentos. Em verdade, os preceitos da Lei 9.868/1999 já poderiam ser aplicados para estes procedimentos. A ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento cabível para discutir a adequação constitucional de normas e de atos normativos, estes últimos considerados como regras com caráter de generalidade que criam, extinguem ou modificam direitos.

A impetração de ADIn contra súmula não vinculante dos tribunais superiores foi rechaçada pelo STF, corretamente, porque as súmulas ordinárias não são cogentes, por isso, elas não têm natureza de ato normativo. São apenas indicativos de jurisprudência, e não estabelecem vínculos. No entanto, as súmulas vinculantes, por seu caráter impositivo, são atos normativos, e nada impediria a utilização da ADIn para sua revisão ou cancelamento, desde que respeitada a capacidade ativa do impetrante.

Mesmo havendo a possibilidade de utilização da ADIn, o legislador optou por estabelecer um procedimento próprio para a revisão e cancelamento de súmula, revestido do caráter de objetividade que acompanha os mecanismos de discussão concentrada de constitucionalidade. Mais uma vez, seguindo a tendência já apontada, aproveitou-se para ampliar a participação de entidades e instituições no processo de discussão das súmulas vinculantes. O art. 3.º da Lei 11.417/2006 amplia a previsão constitucional, que estabelece que os legitimados para promover o pedido de revisão ou cancelamento de súmula são os mesmos que aqueles previstos na ADIn, e agrega, como sujeitos capazes de iniciar tal procedimento, o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Acrescenta ainda que o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

Ainda no sentido de ampliar a participação da sociedade civil nestes processos, e tentar, com isso, legitimar a ampliação de poderes decorrentes do instituto

da súmula vinculante, a Lei 11.417/2006 prevê a figura do *amicus curiae*, ao estabelecer que o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Gilmar Mendes, “abre-se, assim, a possibilidade de a sociedade participar, pelos seus diversos segmentos, do processo de atualização, de revisão e de cancelamento das súmulas vinculantes<sup>15</sup>”.

As demais regras sobre o procedimento da revisão ou cancelamento da súmula seguem as balizas das formas de controle concentrado de constitucionalidade, havendo a necessidade de participação do Procurador-Geral da República, quando este não for o proponente do pedido, e fixando que a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir sua incidência ou decidir que só tenha eficácia a partir de determinado momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. Nesta última hipótese, vale lembrar que esta flexibilidade dos efeitos também acompanha a ADIn e a ADC, consolidando mecanismos de manutenção de segurança jurídica de acordo com a repercussão da decisão no caso concreto.

A última questão a ser analisada é a complexa relação entre a súmula vinculante e as normas resultantes do processo legislativo. O texto constitucional prevê que as súmulas vinculantes são de observação obrigatória pelos órgãos judiciais e a Administração Pública, mas silencia sobre o Poder Legislativo. Claro está que, quando o Poder Legislativo exerce funções administrativas, dentro de sua capacidade de autogestão, deverá respeitar o enunciado sumulado, porque tal atividade está compreendida no conceito de *administração pública*.

No entanto, a questão controversa reside nos eventuais conflitos entre a norma, produzida pelo regular processo legislativo, e o texto de súmula com caráter vinculante. Pode a lei alterar a súmula vinculante ou vedar sua aplicação? A questão não parece suscitar maiores problemas quando a edição da súmula vinculante estiver fundada na própria lei (e apenas indiretamente no texto constitucional). Para este caso a Lei

11.417/2006, que regulamenta a expedição e o cancelamento das súmulas vinculantes, prevê que revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

No entanto, quando a súmula vinculante assentar sobre interpretação direta da Constituição, a situação é distinta. Em diversos julgamentos, o STF afirmou sua atribuição exclusiva de intérprete autêntico da Constituição, ou seja, suas decisões sobre a força, validade e extensão das normas constitucionais não podem ser restritas ou alteradas por lei. Veja-se, como exemplo, a discussão sobre a constitucionalidade dos parágrafos do art. 84 do CPP, que tratavam da prerrogativa de foro para ações penais e para ações de improbidade administrativa. O STF declarou a inconstitucionalidade destes dispositivos legais porque estavam em conflito com a interpretação do Tribunal sobre o teor da Constituição em relação à prerrogativa de foro. No caso, a lei processual penal estabelecia que a prerrogativa de foro continuava a existir mesmo após o término do mandato do beneficiário, quando o ato praticado tivesse relação com o cargo ocupado. O STF, em interpretação autêntica e divergente do texto constitucional, entendeu que o foro por prerrogativa de função limita-se ao período em que o agente exerce esta função que lhe dá a garantia, e declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária que interpretava a Constituição de maneira diferente da sua.

Seguindo esta linha, a súmula vinculante relacionada à interpretação de norma constitucional não poderá ser suplantada por lei em sentido contrário, porque o STF, segundo ele mesmo, teria precedência na interpretação do sentido das normas constitucionais.

## 7. Considerações finais

Este estudo não tem a pretensão de abordar todas as questões que envolvem a aplicação da súmula vinculante. Temas como os conflitos entre súmula vinculante e a coisa julgada e a conseqüente utilização da rescisória nestes casos, em analogia ao art. 485 do CPC ou a questão se a vinculação da sentença será apenas a parte dispositiva da súmula ou também envolve seus elementos determinantes, dentre outros, exigirão uma reflexão mais aprofundada e um debate mais denso.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante...* cit., p. 350.

O objetivo deste artigo foi apenas levantar alguns pontos considerados relevantes e, mais do que isso, apontar para o contexto que permitiu a aprovação do instituto da súmula vinculante, um contexto de transformação dos sistemas de organização de jurisprudência, com o fortalecimento dos efeitos dos precedentes e a limitação dos poderes de livre decisão do magistrado em alguns âmbitos.

Tal fenômeno implica aspectos positivos e negativos. O lado positivo reside na possibilidade de conferir eficiência à prestação jurisdicional, inibindo a perpetuação de discussões sobre matérias repetitivas, especialmente aquelas que envolvem o Poder Público e outros contumazes usuários do sistema judicial, e que postergam a efetivação de direitos já reconhecidos em outros processos e discussões idênticas.

Por outro lado, é evidente que este processo de fortalecimento de precedentes acarretará na redução do campo de interpretação do magistrado, especialmente nas matérias pacificadas por súmulas vinculantes ou por decisões decorrentes do controle objetivo de constitucionalidade, o que afeta a evolução jurisprudencial e pode, em determinados casos, implicar a estagnação dos entendimentos judiciais. Evidentemente que sempre restará intocada a possibilidade de interpretar e aplicar tais súmulas de acordo com a realidade e a natureza do caso concreto, que exigirá uma constante e salutar tensão entre as orientações consolidadas e a latente necessidade de transformação da jurisprudência, oriunda do contato do sistema judicial com a evolução dos discursos produzidos em outras esferas do sistema social.

# A Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (Cosip): um imposto travestido de contribuição

Flávio da Silva Andrade\*

A contribuição para custeio do serviço de iluminação pública (Cosip), trazida pela EC 39/2002, que acrescentou o art. 149-A à Constituição Federal, é um verdadeiro imposto disfarçado, travestido de contribuição. É imposto porque o fato gerador, essencial para a definição da natureza jurídica do tributo (art. 4º do CTN), é um serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insusceptível de ser referido a determinado contribuinte.

A Cosip é um tributo inconstitucional. O fato de o Poder Constituinte Derivado ter incluído tal exação no elástico rol dos tributos que atendem pelo apelido de “contribuição” não é bastante para se superar sua inconstitucionalidade, apontada e reconhecida ainda quando instituído sob a denominação de “taxa de iluminação pública” (TIP).

Mesmo que se tenha mudado o nome da exação, ela continua incompatível com o Texto Constitucional. A Cosip padece de inconstitucionalidade porque é cobrada de apenas uma parcela dos usuários de um serviço público genérico (ut universi), que beneficia a sociedade como um todo. Por isso, ofende o princípio da isonomia ou igualdade tributária (art. 5º, II, CF/1988), já que enseja a exigência do tributo de apenas uma parte dos beneficiários da iluminação pública.

Os doutrinadores pátrios e o Pretório Excelso sempre afirmaram que serviços gerais, dentre eles o de iluminação pública, por não serem referíveis a contribuintes determinados, devem, obrigatoriamente, ser custeados por meio das receitas gerais provenientes de impostos.

Cuidando do tema, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo esclarecem que “qualquer tentativa de cobrar tributo específico para custeio de um serviço geral

acarretará situações absurdas, verdadeiros atentados aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ao princípio da isonomia (quando não ao mais elementar senso de justiça), uma vez que nunca será possível determinar se se estará cobrando de quem efetivamente (ou mesmo potencialmente) utiliza o serviço, muito menos se a cobrança guardará um mínimo de proporção com o grau de utilização do serviço pela pessoa eleita como contribuinte; ademais, é óbvio que uma enorme parcela dos usuários do serviço não sofrerão qualquer cobrança, pelo simples fato de que a lei instituidora, em seu critério obrigatoriamente arbitrário de escolha dos contribuintes, não os terá enquadrado como tal”. (*in* Direito Tributário na Constituição e no STF, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 6ª ed., 2003, p. 59.)

Por outro lado, assinala-se que, sendo a Cosip um verdadeiro imposto, sua inconstitucionalidade fica mais acentuada se se considerar que os Municípios não dispõem de competência residual em matéria tributária, outorgada exclusivamente à União, com as limitações do art. 154, I, da Constituição Federal.

Anote-se ainda, por relevante, que a instituição desse novo tributo afronta o princípio federativo da discriminação de rendas tributárias, na medida em que tenta garantir, a toda custa, mais recursos aos Municípios, contrariando a matriz constitucional das contribuições e distorcendo o Sistema Tributário Nacional.

Assim, ante as considerações supra, conclui-se que a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, criada pela Emenda Constitucional 39/2002, não tem respaldo no modelo constitucional tributário do país, pelo que se espera que o STF venha a reconhecer sua inconstitucionalidade.

\*Juiz Federal Substituto em exercício na Seção Judiciária de Rondônia.

# Corte Especial

---

## Mandado de Segurança

2003.01.00.011628-4/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo  
Impetrante: Ministério Público Federal  
Procuradora: Dra. Denise Vinci Tulio  
Impetrado: Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
Divulgação: e-DJF1 de 15/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 18/02/2008

---

### Ementa

*Mandado de segurança contra ato de relator. Decisão monocrática proferida em agravo de instrumento. Atribuição de efeito suspensivo ativo. Situação excepcional que justifica a admissibilidade do writ. Preliminares de decadência, inépcia da petição inicial, inadequação da via eleita e ausência de direito líquido e certo rejeitadas. Mercadorias estrangeiras introduzidas de forma supostamente fraudulenta no país. Apreensão determinada por juízo criminal. Liberação, mediante caução, em ação civil pública ajuizada posteriormente. Impossibilidade. Ausência de prevenção. Liminar concedida para suspender o ato liberatório mantida. Concessão parcial da ordem.*

I – Admite-se impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de causar danos irreparáveis à parte. Situação considerada excepcional. Precedentes desta Corte.

II – Mercadorias apreendidas em razão de investigação criminal, face à suspeita de existência de esquema criminoso voltado para contrabando e sonegação de tributos. Propositura de ação penal para apuração de conduta supostamente ilícita e posterior ajuizamento de ação civil pública visando dissolução judicial de empresas que praticavam a conduta, por desvio de finalidade.

III – Não é objeto da ação civil pública em que foi proferida a decisão agravada qualquer discussão sobre a legalidade das apreensões efetuadas. Portanto, não se justifica que fossem distribuídos por dependência ao relator de recurso nela interposto, sob alegação de prevenção, recursos ou ações relacionados àquelas apreensões, efetuadas com amparo em decisão judicial proferida em sede de juízo criminal.

IV – A lei processual penal prevê procedimento específico e recurso próprio (arts. 118/124 e 593, II, do CPP) para liberação de mercadorias apreendidas por determinação de Juiz criminal.

V – Ordem parcialmente concedida, para determinar tão somente a sustação do ato que ordenou a liberação das mercadorias apreendidas.

### Acórdão

A Corte Especial, por maioria, concedeu parcialmente a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 31/05/2007.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo:* — Trata-se de mandado de segurança, com pedido incidente de decisão liminar, por meio do qual insurge-se o impetrante, Ministério Público Federal, contra atos praticados pela ilustre Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, nos autos do Mandado de Segurança de competência originária de número 2002.01.00.041566-0/AM e do agravo de instrumento 2003.01.00.010205-0/AM.

Relata a petição inicial que foram apreendidas pela Polícia Federal e Superintendência da Receita Federal no Amazonas, entre as datas de 21 de janeiro de 2002 e meados de julho de 2002, várias mercadorias de procedência estrangeira importadas pela empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda., que se encontravam em contêineres e carretas. Afirma que a apreensão foi resultado de investigação e apuração de contrabando procedidas pelos dois órgãos federais responsáveis pelas apreensões, tendo sido também apreendidos, como decorrência da mesma investigação, cerca de 29 (vinte e nove) contêineres no Porto de Belém.

Acrescenta que as investigações revelaram que algumas empresas, dentre as quais a DM Eletrônica da Amazônia Ltda., estavam se utilizando de expediente fraudulento para introduzir em território nacional mercadorias da Ásia, contando, para isso, com o auxílio de alguns agentes públicos. Assim, as empresas traziam da Ásia produtos prontos e acabados, que eram introduzidos no país como se fossem peças e componentes, obtendo as empresas que se utilizavam desse artil de benefício fiscal caracterizado pela isenção de impostos federais na importação de componentes e peças a serem industrializados e montados na Zona Franca de Manaus. Dessa forma, eram iludidos o Fisco e a sociedade, sendo também burlada a política de incentivo vigente na Zona Franca de Manaus, cujo objetivo social é ampliar a base de emprego.

Informa que foi ajuizada, em setembro de 2002, ação civil pública contra a DM Eletrônica e outras empresas, visando a dissolução judicial de todas elas, por terem deixado de cumprir as finalidades para as quais foram criadas, tornando-se “empresas de fachada”. Foi requerida, naqueles autos, medida liminar para que fosse a empresa DM Eletrônica obrigada a abster-se da prática de qualquer ato de administração que im-

plicasse em importação, exportação e desembaraços aduaneiros, excetuados apenas os atos referentes ao cumprimento de obrigações trabalhistas. O pedido foi deferido em primeira instância.

Interposto agravo de instrumento (AG 2002.01.00.036250-5/AM) pela empresa DM Eletrônica, nele foi pedida a concessão de ‘efeito suspensivo ativo modificativo’, tendo a autoridade impetrada proferido decisão em que concedeu parcialmente o efeito suspensivo ativo pretendido, tão somente “*para que a empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda. possa praticar atos de administração que resulte em importação, exportação de produtos ou desembarço aduaneiro*” (fls. 292/296).

De posse da decisão supra, requereu a empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda., junto ao Juízo de primeiro grau, o desembaraço aduaneiro das mercadorias de sua propriedade que se encontram apreendidas. Antes que fosse apreciado o pedido, impetrou Mandado de Segurança contra o Juízo *a quo* (Processo 2002.01.00.041566-0/AM), alegando demora na prestação jurisdicional (fls. 304 a 368).

Ao examinar os autos do mandado de segurança, que lhe foram distribuídos por prevenção, a autoridade apontada coatora proferiu a primeira decisão impetrada (fls. 369 a 373), concedendo a pretendida liminar e determinando a liberação das mercadorias apreendidas em zona primária (Portos de Manaus e Belém – navios Altiplano/Lucie Shute, Essen Express/Panamá, Ibéria/Copacabana e Pan Crystal/Cerrina), mediante caução judicial do valor equivalente aos impostos. Referida decisão teve o seguinte teor:

Consto que a atividade comercial precípua da empresa impetrante é a industrialização, comércio, importação e exportação de produtos elétricos-eletrônicos, fabricando e montando produtos com utilização de insumos e peças estrangeiras, sendo beneficiária de incentivo fiscal, consistente na suspensão do imposto de importação (II) e do imposto de propriedade industrial (IPI), aprovado pela Súframa, desde março de 1997, (fls. 155/158), como autarquia federal vinculada ao Ministério do Planejamento e Orçamento.

Recebi do advogado da impetrante Memorial em que reitera os termos do pedido liminar, insistindo na perpetuação da omissão pela autoridade apontada coatora, vez que o requerimento fora protocolado naquele Juízo em 04/11/2002, para que pudesse ativar a empresa com fabrico e mon-

tagem das peças, como fora autorizado pela decisão nos autos do Agravo, neste Tribunal, sem contudo até esta data – 9 de dezembro ter tido qualquer decisão.

Pelas questões fáticas e jurídicas ora expostas tenho que a demora na prestação jurisdicional acarretará à impetrante considerável prejuízo assim como ao próprio erário, vez que até a decisão final as mercadorias apreendidas, pelo decurso do tempo, restarão defasadas no mercado de eletro e eletrônicos e a própria deteriorização natural, não se aproveitando sequer para pagamentos dos tributos afinal apurados.

A pretensão da impetrante encontra guarida na legislação e na jurisprudência. A Lei 2.770 de 4 de maio de 1956, em seu art. 2º prevê a liberação de mercadorias mediante caução, sem que com isso ilida a apuração de crime fiscal.

Do exposto, concedo a medida liminar, determinando que a Impetrante caucione à disposição do Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, em dinheiro, o equivalente aos impostos relativos aos bens apreendidos na zona primária, transportados pelos navios: Altiplano/Lucie Shute; Essen Express/Panamá; Ibéria/Copacabana e Pan Crystal/Cerrina, mantidos sob a guarda da Inspeção da Receita Federal, duas unidades de cada modelo de mercadoria apreendida para a realização de perícia, se assim entender de realizar a I.Magistrada.

Quanto ao pedido de liberação dos bens apreendidos em zona secundária, isentas de qualquer penalidade, vez que consideradas de fabricação nacional, retornando-as à Impetrante, analisarei após as informações a serem prestadas pela autoridade aqui apontada coatora.

Ocorre que, por ocasião do desenrolar do procedimento para cumprimento da decisão liminar, mediante o depósito judicial junto ao Juízo *a quo* do valor equivalente aos impostos, surgiu controvérsia entre a empresa DM Eletrônica e a Receita Federal quanto ao valor dos impostos devidos, tendo a empresa depositado a quantia de R\$ 6.189.905,91 (seis milhões, cento e oitenta e nove mil, novecentos e cinco reais, noventa e um centavos), enquanto a Receita Federal apontou como devida a quantia de R\$ 15.868.827,84 (quinze milhões, oitocentos e sessenta e oito mil, oitocentos e vinte e sete reais, oitenta e quatro centavos) e impugnou o depósito. A impugnação formulada pela Receita Federal quanto ao valor do depósito foi acolhida pelo Juízo de primeiro grau, que, então, deixou de determinar a liberação das mercadorias apreendidas, por não

ter sido integralmente cumprida a decisão da Relatora do Mandado de Segurança.

Novo agravo de instrumento (AG 2003.01.00.10205-0/AM) foi interposto pela empresa DM Eletrônica, tendo a autoridade impetrada proferido no aludido recurso a segunda decisão impetrada, que teve por objeto a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso, após exame das questões relacionadas ao crédito tributário e sua quantificação nos seguintes termos:

Em relação aos valores que integram a base de cálculo devem ser aqueles constantes nas faturas comerciais apresentadas pela agravante. Ademais, não me parece justo manter um valor-final de mercado fixado à época das importações, uma vez que as mercadorias apreendidas sofreram uma considerável defasagem tecnológica, não mais se verificando a mesma procura pelo consumidor final.

Todavia quanto as multas e os juros de mora acrescidos ao cálculo da Inspeção da Receita, fuge da determinação judicial nos autos do mandado de segurança que restringiu o depósito ao equivalente aos impostos devidos pela empresa.

Ademais, a lide posta em sede de Ação Civil Pública, que se encontra em curso perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, demanda prova técnica e pericial, o que caracteriza o *periculum in mora*.

Assim, configurando-se presentes os requisitos do art. 558, defiro o efeito suspensivo ativo, para que seja cumprida a determinação judicial nos autos do Mandado de Segurança 2002.01.00.041566-0, liberando-se, assim, as mercadorias apreendidas.

Sustenta o impetrante que as decisões impetradas têm ‘caráter teratológico’, na medida em que a ilustre Relatora, sem ter competência penal ou tributária, definiu montante de impostos federais e liberou mercadorias destinadas a assegurar o cumprimento de sentença proferida em processo penal.

Reitera que as apreensões de mercadorias da empresa DM Eletrônica ocorreram em data anterior ao ajuizamento de ação civil pública em desfavor da empresa, não de decorrência dela, cujo objeto é tão somente a dissolução da empresa (além de outras), não se discutindo, naqueles autos, sobre a legalidade ou não das apreensões realizadas. Evidência disso, afirma o impetrante, é que o pedido formulado pela empresa, em agravo de instrumento interposto contra a decisão liminar proferida na ação civil pública, para liberação das mercadorias apreendidas, não foi deferido pela relatora

e houve apresentação de petição da empresa solicitando a “ampliação da liminar”, autuado em apartado sob o número 2002.01.00.0042211-3/AM, não examinada (fls. 292/296 e 297/302).

Conclui, portanto, que as liminares concedidas no MS 2002.01.00.041566-0/AM e no AG 2003.01.00.010205-0/AM não têm relação direta com o cumprimento da decisão proferida no AG 2002.01.00.03250-5, tratando-se de decisões que estão determinando novas providências, que não haviam sequer sido apreciadas anteriormente, seja pela própria Relatora, seja pelo Juízo de primeiro grau. Prossegue externando considerações sobre a incompetência da autoridade impetrada para decidir matéria tributária e matéria penal, à luz do que estabelece o Regimento Interno deste Tribunal, em seu art. 8º, parágrafo 2º, incisos I, II, VI e IX, que atribuem tal competência aos membros integrantes da 2ª Seção (refere-se ao Regimento vigente na época da impetração).

Alega, na seqüência, que houve supressão de instância na hipótese, porquanto a autoridade impetrada substituiu o magistrado de primeiro grau, que ainda não havia apreciado o pedido de liberação das mercadorias apreendidas. Aduz que caberia à digna autoridade impetrada, no caso, tão somente fixar prazo para a autoridade impetrada decidisse, consoante orienta a jurisprudência sobre o assunto. Insurge-se quanto à ausência de oitiva prévia da União, interessada direta no assunto, e do próprio MPF, autor de ação civil pública e de ação penal envolvendo a empresa DM Eletrônica.

Afirma que a empresa DM Eletrônica não informou corretamente a ilustre Relatora e atuou de maneira dissimulada, pois pretende a liberação de mercadorias apreendidas em zona secundária (fora do Porto, na própria empresa ou em carretas), sem relatar que a matéria já foi debatida e julgada nos autos do MS 2002.32.00.003175-6, onde foi denegada a segurança e primeira instância e condenada a impetrante por litigância de má-fé porque não informou ao Juízo que seus representantes dirigentes estavam sendo processados criminalmente (fls. 414/461).

Instruindo a petição inicial veio farta documentação comprobatória dos fatos afirmados (fls. 23 a 560).

O pedido de liminar foi por mim examinado às folhas 562/564, em 30/04/2003, tendo sido deferido com os seguintes fundamentos:

Cediço que, em princípio, descabe mandado de segurança contra decisão judicial, salvo em hipóteses de flagrante nulidade, impossibilidade ou inexistência de recurso próprio e ainda mais em face de risco iminente e irreparável. Esta e. Corte, em sessão realizada no dia 03/10/2002, no julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança 2001.01.00.044260-1/MG decidiu no sentido da admissibilidade do mandado de segurança quando o ato impugnado possa causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao impetrante, a teor do voto-vencedor do e. Desembargador Federal Antônio Ezequiel:

“...Pedi vista dos autos, para melhor exame, seja em razão da existência de precedente do STJ, que admite o cabimento de agravo contra decisão do relator, que defere liminar em ação cautelar, “diga o que disser o Regimento Interno do Tribunal” (Agravo Regimental na Medida Cautelar 3.739/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, *in DJU*, Seção I, de 25/06/2001, p. 166), seja porque às duas hipóteses em que, geralmente, se admite o mandado de segurança contra decisão judicial, quais sejam, os casos de decisão manifestamente ilegal ou teratológica, entendo que se deve acrescer a hipótese de ocorrência de prejuízo irreparável ou de difícil reparação causado pela decisão impetrada.

E isso porque a limitação do cabimento do *writ* àquelas duas primeiras hipóteses, praticamente suprime a sua admissibilidade, posto que dificilmente se encontrarão decisões de relator, nos tribunais, manifestamente ilegais ou, menos ainda, decisões teratológicas.

(...)

Conquanto não se possa falar, *in casu*, em decisão manifestamente ilegal ou teratológica da eminente Juíza Selene de Almeida, ao dar efeito suspensivo ativo ao agravo, é certo que dela decorrem prejuízos irreparáveis para a agravante, posto que, desocupada a área, será ela, em seguida, posta em nova licitação e ocupada por terceiros, inviabilizando a atividade comercial da agravante, antes do término da ação principal.

Daí por que, em razão da irreversibilidade dos prejuízos que poderão advir à agravante em decorrência da execução da decisão impetrada, que permite a reintegração liminar na posse do imóvel, peço venia para divergir do eminente Relator, e dar provimento ao agravo, para que seja processado o *writ* (MS 20010100044260-1/MG, TRF 1ª Região, Corte Especial, Relator Des. Federal José Amílcar Machado, Relator para Acórdão Des. Federal Antônio Ezequiel, *DJ* 22/10/2 73 - grifo nosso)

No caso presente também, conquanto não se possa dizer estar o ato impugnado eivado de

ilegalidade ou de teratologia, ressombra a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a administração federal, que não foi ouvida por ocasião do questionado deferimento contra seus interesses.

Verifico que as mercadorias em questão foram apreendidas em razão de investigação da Receita Federal, face à suspeita da existência de esquema criminoso voltado para o contrabando de mercadorias e sonegação de tributos, fatos largamente divulgados na imprensa nacional e que culminaram na propositura de ação penal contra os dirigentes das empresas envolvidas. Assim sendo, tenho por temerária a liberação pelo Judiciário desses bens sem a oitiva do Ministério Público e da Receita Federal, tratando-se de matéria afeta ao poder de polícia do Executivo e pendente de decisão administrativa em procedimento próprio. Ressalto, ainda, a relevância do argumento de que sobrepairia divergência quanto a valores de tributos a serem depositados.

Pertinente, também, a invocada dúvida sobre a competência regimental da autoridade apontada como coatora, suscitada pelo impetrante.

Ademais, face ao vulto da apreensão, ao volume de mercadorias e ao seu questionado valor, conforme documentalmente demonstrado nos autos, tenho como presentes os pressupostos para a concessão da liminar pretendida.

Ante o exposto, concedo a liminar para suspender o ato liberatório proferido no AG 2003.01.00.010205-0, até o julgamento definitivo da presente ação.

Houve interposição de agravo regimental pela empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda. (fls. 604 a 661), acompanhada de robusta documentação (fls. 662 a 2.135) tendo o Juiz Federal convocado Jamil Rosa de Jesus proferido decisão na qual não conheceu do recurso interposto (fls. 2137).

As informações foram prestadas às folhas 581/583, tendo a autoridade impetrada esclarecido o seguinte quanto ao teor de sua decisão:

(...)

Ressalto, por oportuno, que o objeto da Ação Civil Pública, originária de todo o trâmite relatado, é a decretação da dissolução das sociedades comerciais, o que por sua vez autoriza a distribuição por competência à 3a Seção, de acordo com o art. 8º, § 3o, inc. IX, do RITRF 1a Região.

Outrossim, verifico que a questão posta em juízo refere à atividade laboral da empresa que não pode ter suas atividades interrompidas denúncia de

crime a ser apurado, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Defendo o entendimento de que o fato de ter sido a empresa agravada atuada, por si só, não comprova sua participação no esquema de corrupção e fraudes investigadas, trata-se de indícios a serem apurados, momento inapropriado para impor carga condenatória e desconstitutiva de direito.

A meu ver inexistente, ainda, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, vez que a liberação das mercadorias não ilide a apuração de crime fiscal, conferir art. 2º da Lei 2.770/1956.

Ademais, ficou determinada a guarda de duas unidades de cada modelo das mercadorias apreendidas para realização de eventual perícia, caso necessário.

A empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda. manifestou-se às folhas 1375/1419, onde argüiu preliminares de decadência do prazo para impetração de mandado de segurança, de inépcia da petição inicial, de inadequação da via eleita e de ausência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

Às folhas 2141/2149 consta ofício oriundo da Inspectora da Receita Federal da Alfândega do Porto de Manaus, por meio do qual informa-se que as mercadorias anteriormente liberadas foram devolvidas à União, porém constatou-se a falta de 73.047 unidades de mercadorias, avaliadas em R\$ 5.217.297,50. Em resposta, peticionou a empresa DM Eletrônica às folhas 2151/2153 e alegou que foram retiradas da empresa 251.932 unidades a mais que o devido, requerendo seja ordenada restituição das mercadorias que não constavam dos termos de entrega anteriores.

Com vista dos autos (fls. 2171/2184), opinou o Ministério Público Federal pela concessão da segurança.

Às folhas 2185/2187 consta fotocópia de decisão proferida pelo eminente Desembargador Federal José Amílcar Machado nos autos do Mandado de Segurança 2003.01.00.029554-2/AM, ajuizado por DM Eletrônica da Amazônia Ltda. contra mim, tendo por ato impetrado a decisão liminar que foi deferida nestes autos. O dispositivo da aludida decisão tem o seguinte teor:

Em decorrência, portanto, da ausência de ilegalidade flagrante na decisão impugnada, da decadência verificada quanto ao pleito de desconstituição da liminar concedida no MS 2003.01.00.00116298-4, da ofensa ao princípio da unicidade recursal, e, da manifesta inadmissibili-

dade do presente mandado de segurança no que concerne ao pleito, cumulado, de determinação de restituição dos autos do mandado de segurança 2003.01.00.011628-4/DF, em poder do Ministério Público para a sua obrigatória manifestação, indefiro a inicial deste *writ*, com fulcro no art. 8º da Lei 1.533/1951 c/c art. 222, *caput*, do Regimento Interno desta Corte.

Às folhas 2189/2191 e 2193/2195 peticionou a empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda., pugnando pela determinação à Receita Federal de que se absteresse de dar qualquer destinação aos bens apreendidos. Examinei os pleitos às folhas 2211 e indeferi o pedido, sob o fundamento de que “a questão trazida pela requerente não tem neste mandado de segurança o meio hábil para sua solução”.

Por meio do ofício acostado às folhas 2.213 dos autos, o ilustre Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, solicitou-me informações para fins de instrução da Reclamação 2550, ajuizada por DM Eletrônica da Amazônia Ltda. perante aquela Corte. As informações foram por mim prestadas através do Ofício 02/2004, datado de 09/02/2004, acostado por cópia às folhas 2236/2240 dos autos.

Conclusos os autos, proferi despacho às folhas 2244, determinando fosse aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal, para fins de atribuição de valor à causa, vez que não havia sido anteriormente oportunizada tal medida, como determina o art. 284 do CPC.

Por meio de petição acostada às folhas 2247/2250, foi atribuído valor à causa pelo MPF, voltando-me conclusos os autos.

É o relatório, no necessário.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Conforme está exposto no relatório, por meio do presente mandado de segurança insurge-se o Ministério

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Almicar Machado, Daniel Paes Ribeiro, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Tourinho Neto, Jirair Aram Meguerian, Olindo Menezes, Carlos Moreira Alves, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e Catão Alves. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Mário César Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e Antônio Ezequiel da Silva.

Público Federal contra o teor de decisões judiciais proferidas pela ilustre Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso nos autos do Mandado de Segurança 2002.01.00.041566-0/AM e do Agravo de Instrumento 2003.01.00.010205-0/AM. Ambas as decisões foram proferidas pela autoridade impetrada após terem os feitos respectivos sido distribuídos a ela por prevenção, sob fundamento de serem diretamente relacionados ao Agravo de Instrumento 2002.01.00.036250-5/AM.

Quanto às preliminares argüidas pela DM Eletrônica da Amazônia Ltda., cumpre externar as seguintes considerações:

a) Não há que se falar em ocorrência de decadência do prazo para ajuizamento da presente ação mandamental, porquanto o MPF não havia sido intimado das decisões impetradas, até a data do ajuizamento, consoante está alegado na petição inicial, não tendo a parte produzido prova em contrário. O prazo decadencial, obviamente, somente tem início a partir da data de ciência do ato impetrado.

b) A petição inicial não pode ser considerada inepta, como alegado. A circunstância de não ter sido indicado valor da causa deve ser considerada como mera irregularidade processual, especialmente em se tratando de mandado de segurança impetrado perante a Corte Especial deste Tribunal e pelo Ministério Público. A indicação do valor da causa, no caso presente, somente teria efeito formal, em nada influenciando no julgamento da demanda.

Ademais, como não foi oportunizada ao MPF emendar a petição inicial, como determina o art. 284 do CPC, proferi anteriormente ao presente julgamento o despacho de folhas 2244, suprimindo a falha anterior, tendo a petição inicial sido complementada às folhas 2247/2250, atribuindo o MPF o valor de R\$ 15.868.827,54 (quinze milhões, oitocentos e sessenta e oito mil, oitocentos e vinte e sete reais, cinquenta e quatro centavos) à causa. Portanto, há que se considerar suprida a falha da petição inicial apontada pela litisconsorte impetrada.

c) A alegada inadequação da via eleita também não merece acolhida, porquanto, como já foi ressaltado por ocasião da decisão liminar, esta Corte Especial já decidiu pela admissibilidade de mandado de segurança contra ato judicial em situações excepcionais, especialmente quando o ato impugnado for passível de causar danos irreparáveis ao impetrante (Agravo Regimental

em Mandado de Segurança 2001.01.00.044260-1/MG, Relator para acórdão Desembargador Federal Antônio Ezequiel, *DJ* 22/10/2002, p. 73).

d) A alegação de ‘ausência de direito líquido e certo do impetrante’ confunde-se com o próprio mérito do mandado de segurança e deve ser com ela examinada, pois, se a tal conclusão chegar a Corte, será denegada a segurança.

Com tais considerações, rejeito as preliminares argüidas pela DM Eletrônica da Amazônia Ltda.

Quanto ao mérito, para que seja bem compreendida a dinâmica dos acontecimentos que resultaram nas decisões impetradas, observe-se a seguinte cronologia dos fatos:

a) Foram feitas diversas apreensões de mercadorias importadas pela Receita Federal, entre 21/01/2002 e 10/05/ 2002 (a inicial diz até ‘meados de julho de 2002), de empresas diversas, dentre as quais a DM Eletrônica da Amazônia Ltda. (fls. 23 a 72);

b) Foi ajuizada ação penal contra os representantes da referida empresa (Processo 2002.000571-6/AM) – fls. 77 a 101;

c) Paralelamente ao início da ação penal, foi ajuizada pelo MPF ação civil pública contra as empresas envolvidas na fraude detectada, tendo sido requerida a dissolução judicial da DM Eletrônica da Amazônia Ltda. e de outras empresas, que estariam servindo à prática de contrabando e sonegação fiscal (fls. 172 a 183). O Juízo de 1ª instância deferiu medida liminar para que a empresa se abstinhasse de praticar qualquer ato de administração que importasse em importação, exportação de produtos, desembaraço aduaneiro, executados os referentes ao cumprimento de obrigações tributárias e trabalhistas, sob pena de multa (fls. 185 a 189).

Houve interposição de agravo de instrumento pela empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda., que foi distribuído à Desembargadora Maria do Carmo Cardoso sob o número 2002.01.00.036250-5. Ao examinar o pedido de atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso, deferiu-o parcialmente a ilustre Desembargadora citada, “*para que a empresa DM Eletrônica da Amazônica Ltda. possa praticar atos de administração que resulte em importação, exportação de produtos ou desembaraço aduaneiro*” (fls. 292/296);

d) A empresa DM Eletrônica Ltda. peticionou

junto à Desembargadora Maria do Carmo Cardoso, em 14/11/2002, requerendo a “ampliação da liminar” concedida nos autos do AG 2002.01.0036250-5/AM (fls. 297 a 302).

Antes que fosse examinado o pedido, ajuizou, em 20/11/2002 (fls. 304), mandado de segurança contra a Juíza Federal da 4ª vara da Seção Judiciária do Amazonas (MS 2002.01.00.041566-0/AM), alegando demora na apreciação de seu pedido de liberação de mercadorias apreendidas, tendo o feito sido distribuído à Desembargadora Maria do Carmo Cardoso por prevenção. Aí foi proferida a primeira decisão impetrada: o pedido de liminar foi examinado e deferido, determinando-se a liberação das mercadorias apreendidas mediante caução do valor equivalente aos impostos (fls. 369 a 373);

e) Devido a divergência surgida no Juízo singular quanto ao valor a ser caucionado para fins de liberação das mercadorias, indeferiu a Juíza *a quo* pedido de que fosse ordenada a liberação. Novo agravo de instrumento foi interposto pela DM Eletrônica da Amazônia Ltda. (AG 2003.01.0010205-0/AM), tendo sido também distribuído por prevenção à Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, que preferiu a segunda decisão impetrada: concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso, para que fosse “*cumprida a determinação judicial nos autos do Mandado de Segurança 2002.01.00.041566-0, liberando-se, assim, as mercadorias apreendidas*” (fls. 423/426).

Ao que se apura portanto, a ilustre Relatora do Agravo 2003.01.0010205-0/AM foi induzida a erro em duas oportunidades: a) quando admitiu a existência de prevenção para apreciação do Mandado de Segurança 2002.01.00.041566-0/AM; b) ao proferir as decisões que ensejaram a impetração deste mandado de segurança.

Explico:

As apreensões de que foi alvo a empresa DM Eletrônica Ltda. ocorreram não por força do ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, mas antes dele. Noutros termos, a ação civil pública é que foi ajuizada em decorrência das apreensões efetuadas pela Receita, não o contrário, tanto que, no item III da petição inicial daquela ação civil pública está relatada ao Juízo, a título de “Resumo Fático”, a ocorrência das apreensões efetuadas em desfavor da DM Eletrônica da Amazônia e outras empresas (fls. 174 a 176).

Também está claramente demonstrado nos autos que as apreensões foram noticiadas em denúncias-crime formuladas pelo Ministério Público Federal perante o Juízo Federal criminal da Seção Judiciária do Amazonas, antes do ajuizamento da ação civil pública (fls. 77/101). A ação penal foi julgada em 21/03/2003 (fls. 102/170).

Portanto, a interposição de agravo de instrumento para impugnação da decisão liminar proferida na ação civil pública, com o fim de liberação das mercadorias apreendidas, configura, a um só tempo, procedimento impróprio por parte da DM Eletrônica (que, ao que parece, assim agiu deliberadamente, induzindo a erro a autoridade impetrada) e indevido manejo de tal recurso, na medida em que, para liberação de mercadorias apreendidas de interesse de processo criminal a lei processual penal prevê procedimento específico e recurso próprio (arts. 118/124 e 593, II, do CPP).

A decisão liminar em momento algum dispôs sobre a liberação de mercadorias apreendidas, embora tenha o MPF requerido autorização liminar para dar-lhes destinação.

Sob prisma diverso, se não era objeto da ação civil pública qualquer discussão sobre a legalidade das apreensões efetuadas, conseqüentemente não se justifica que, por meio de recursos nela interpostos, ou de ações a ela relacionadas (como o MS 2002.01.00.41566-0), viessem a ser proferidas decisões de teor semelhante às que deram ensejo ao ajuizamento desta ação mandamental.

A prevenção, como se sabe, constitui causa de modificação da competência, não em critério de sua fixação, propriamente dito. Somente se justifica a alteração de competência por força de prevenção nas hipóteses expressamente mencionadas na lei, ou seja, nos casos em que verificada ocorrência de conexão ou continência (artigos 104, 105 e 106 do CPC).

Na dicção exata da lei processual civil, “reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”; a continência, por seu turno, ocorre “sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras”.

À luz do texto legal, portanto, e considerando-se as circunstâncias fáticas já postas em destaque anteriormente, transparece forçosa a conclusão de que inexistia,

na hipótese, a prevenção alegada para fins de distribuição do mandado de segurança 2002.01.00.041566-0/AM à nobre autoridade impetrada. E a impetrante DM Eletrônica da Amazônia Ltda. sabia disso, tanto que, antes de ajuizá-lo, endereçou petição a ela, em 14/11/2002, requerendo a “ampliação da liminar” concedida nos autos do AG 2002.01.0036250-5/AM, justamente para fins de liberação das mercadorias apreendidas anteriormente (fls. 297 a 302).

Além disso, a jurisprudência deste Tribunal, quanto ao tema, orienta-se no sentido de que a competência para julgamento de mandados de segurança visando a liberação de bens que tenha relação com procedimentos criminais é do Juízo especializado em matéria penal, e, conseqüentemente, eventuais recursos, ou mandados de segurança originários relacionados à mesma matéria de fundo, são de competência das Turmas Especializadas em matéria penal. Confira-se precedente:

*Processo Penal. Conflito de competência. Vara especializada em matéria criminal. Mandado de segurança e ações relativas à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país. Lei 5.010, de 03/05/1966, art. 61, Resolução 17, de 25/11/1992.*

1. Compete a vara especializada em matéria criminal o processo e julgamento dos mandados de segurança e ações relativas a apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente em que haja infringência a lei penal.

2. Conflito conhecido para declarar competente o juiz suscitado. (CC 93.01.00704-5/DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, Corte Especial, DJ de 04/03/1993, p. 6342.)

O Regimento Interno vigente à época dos fatos (dezembro de 2002 e abril de 2003, respectivamente), dispunha, no art. 10, parágrafo 3º, que o julgamento de qualquer matéria afeta à área penal era de competência da 2ª Seção. Portanto, salvo melhor Juízo, a competência para exame e julgamento do MS 2002.01.00.041566-0/AM, que tinha por objeto a liberação de mercadorias apreendidas por serem relacionadas à prática de crime, não era da ilustre autoridade impetrada, integrante da 3ª Seção.

Por outro lado, se a apreensão de mercadorias da empresa DM Eletrônica ocorreu antes do ajuizamento da ação civil pública, decorre dessa circunstância a conclusão lógica de que a decisão liminar proferida pela autoridade impetrada no AG 2002.01.00.0036250-5/

AM, no sentido de autorizar a empresa a “praticar atos de administração que resulte em importação, exportação de produtos ou desembaraço aduaneiro”, tinha por objeto a prática de atos futuros de administração, não abrangendo, como compreendeu a empresa com grande ‘perspicácia’, o desembaraço de mercadorias apreendidas anteriormente ao próprio ajuizamento da ação.

Com efeito, lendo-se atentamente a decisão da ilustre Desembargadora (fls. 292/296), vê-se ali fundamentado que “...considero que este momento processual, de caráter provisório, não deve assumir carga condenatória e desconstitutiva de direito, impondo ônus exacerbado à ora agravante, qual seja, a paralisação de suas atividades comerciais.” Este foi o objetivo visado naquela decisão: permitir que a empresa desse continuidade a suas atividades comerciais. Não houve qualquer referência a fatos ou situações pretéritos, a permitir a ilação de que estar-se-ia autorizando o desembaraço aduaneiro de mercadorias já apreendidas.

Logo, verifica-se que as alegações posteriores formuladas pela DM Eletrônica nos autos do MS 2002.01.00.041566/AM e do AG 2003.01.0010205-0/AM foram verdadeiramente falaciosas, induziram a autoridade impetrada ao erro consistente no indevido elastecimento do objeto da ação civil pública e da decisão proferida pela impetrada no AG 2002.01.00.036250-5/AM.

Omitiu-se ali, inclusive — *e isso é grave* — que um mandado de segurança impetrado perante o Juízo de primeiro grau havia sido anteriormente denegado (MS 2002.32.00.003175-6), com condenação da empresa em litigância de má-fé. Segundo informa a petição inicial, nele foi interposta apelação, estando ainda *sub judice* a matéria.

Ainda sob um outro aspecto, identifica-se pela leitura da petição inicial do MS 2002.01.00.041566/AM a alegação de que a Juíza Federal responsável pelo feito estava sendo omissa no dever de examinar o seu pedido de liberação das mercadorias apreendidas. Essa foi a causa de pedir invocada pela empresa DM Eletrônica para justificar o ajuizamento de mandado de segurança em que figurou como autoridade coatora o Juízo de primeiro grau.

Em assim sendo, não se afigura cabível a substituição da autoridade impetrada, naqueles autos, no mister de apreciar o pedido apresentado pela impetran-

te. Houve, de fato, supressão de instância na hipótese, porquanto a ilustre autoridade impetrada examinou o pedido mandamental não apenas sob o prisma da alegada inércia da autoridade apontada coatora; foi mais além, deferindo liminarmente, ela mesma, o pedido de liberação das mercadorias apreendidas, mediante caução, sem que houvesse a Juíza se manifestado. Confirmando-se, sobre a matéria, a jurisprudência deste Tribunal:

*Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Execução fiscal. Bloqueio de valores em conta-corrente do impetrante (sócio da executada). Súmula 267/STF. Inicial indeferida. Agravo regimental não provido.*

6 – Os argumentos ora ventilados no “writ” sequer foram levados à apreciação do julgador primário – via recurso próprio ou em “pedido de reconsideração” (que fosse). Mais evidente transparece a indevida tentativa de supressão de instância. (AGMS 2006.01.00.010648-0/MG, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv), Quarta Seção, DJ de 28/06/2006, p. 22.)

A conduta maniqueísta e deliberadamente dissimulada da DM Eletrônica da Amazônia Ltda. não passou despercebida ao representante do Ministério Público Federal atuante nestes autos, Procurador Regional da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, quando consignou nos autos:

26. Constata-se, portanto, de toda essa “gimnástica” processual, que a empresa aproveita-se da complexidade fática da questão, ajuizando cautelares, mandados de segurança e diversos recursos na segunda instância, enchendo os processos com milhares de documentos, “maquiando” os fatos, com o único fim de dificultar sua compreensão pelos magistrados, que se vêem diante de questões que, de forma alguma, podem ser examinadas nessas sedes, o que acaba resultando em liminares absurdas, como essas proferidas pela Des. Federal Maria do Carmo, de que trata este *writ* (aliás, somente estas, já que os demais desembargadores vislumbraram a delicadeza e complexidade da questão). Tanto é assim que os Juizes de primeira instância, de varas diversas, não concederam as liminares nas ações cíveis (ação civil pública e mandado de segurança), por reconhecerem a complexidade da questão, estando esses magistrados frente às provas e fatos.

Mais à frente, no tocante à matéria de fundo que tenta a DM Eletrônica trazer à baila (legalidade ou ilegalidade das apreensões, existência ou não de crime), também com acerto disse o ilustre Procurador Regional citado:

32. Quanto ao mérito originário da questão, é curial que esta não é a via adequada para aferir ou não a existência de crime. Esta questão está sendo discutida no foro próprio, em face de três ações penais propostas pelo Ministério Público Federal, como já mencionado acima. São elas: AP 2002.32.00.000791-5/AM, desmembrada da AP 2002.000571-6/AM, AP 2003.39.00.004643-2/PA e AP 2003.39.00.004735-9/PA. No entanto, vale tecer algumas poucas considerações, nem que seja para sublinhar o caráter abusivo das decisões judiciais impugnadas neste *writ*.

33. A autora insiste em dizer que a mercadoria não foi introduzida nem houve tentativa de introdução clandestina no País, razão pela qual pretende estar afastada a hipótese de crime.

34. Ora, será que a introdução, no País, de mercadorias prontas e acabadas, produzidas na Ásia, quando na Declaração de Importação constava que as mercadorias eram peças e componentes que seriam industrializados na Zona Franca de Manaus, cujo tratamento tributário é favorecido, não é introdução fraudulenta de mercadorias?

35. Ao que parece, para a autora, apenas se a introdução das mercadorias se desse na calada da noite, fora da zona portuária, em área não fiscalizada regularmente, é que estaria caracterizada a conduta delitiva. Esta é apenas uma das inúmeras formas que o delito em questão pode assumir. Ao não declarar o verdadeiro conteúdo da mercadoria adquirida, a empresa introduziu no País, mediante fraude, mercadoria estrangeira sem o pagamento dos impostos correspondentes.

36. A materialidade e autorias do crime estão demonstradas não por provas frágeis ou indícios, mas por laudos periciais (Laudo de Exame em Local 0426/02-INC), interceptações telefônicas, quebra de sigilo fiscal e bancário, além, é claro, dos autos de infração, que descrevem a irregularidade fiscal das mercadorias, e os numerosos autos de apreensão.

37. Ora, não se pode ignorar a sentença penal, as ações civis públicas, as ações penais e todas as provas apresentadas!!! O Poder Judiciário deve ser o primeiro a prestigiar as próprias decisões. Ainda que não ocorra o perdimento das mercadorias, não se podem liberar objetos de valor tão elevado, importando prejuízos gigantescos ao Fisco, sem esperar que tais ações tenham seu desfecho final. Afinal, independentemente de qualquer condenação, é fato que os impostos não foram pagos, seja por culpa (o que é absolutamente inacreditável e impossível, face às provas sólidas dos autos) ou por dolo, não podendo ficar, de forma alguma sob o poder da empresa.

Além disso, é preciso deixar bem claro que não se está a violar direitos constitucionais dos acusados: eles estão tendo direito a um justo julgamento, com ampla defesa e contraditório. Mas o objeto de seus crimes, ou melhor, as mercadorias pelas quais não recolheram impostos e que não tinham direito de introduzir no país devem ficar apreendidas judicialmente, mesmo que, ao final, sejam devolvidas aos destinatários, com a situação regularizada, o que não se imagina que vá acontecer.

Há que se considerar, por derradeiro, que o pedido formulado pelo impetrante no presente mandado de segurança foi bastante amplo, pretendendo-se não apenas a cassação das decisões judiciais impetradas, mas também que se determine à autoridade apontada coatora que “se abstenha de liberar as demais mercadorias apreendidas em zona secundária e no Porto de Belém”.

Considero que a segurança não deva ser concedida com a amplitude pretendida pelo impetrante, sob pena inclusive de ferir-se a dogma constitucional da independência funcional da digna Magistrada de segundo grau, que, no exercício de seu mister, bem saberá aquilatar sobre a conveniência ou não, sob qualquer prisma, de atendimento aos pleitos judiciais que lhe foram endereçados.

Diante do exposto, e mais nos autos contido, voto pela concessão parcial da segurança, ratificando-se, por conseqüência, a decisão liminar proferida às folhas 562/564.

Sem honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 105-STJ e 512-STF.

Custas, isenta a União.

Dê-se ciência desta decisão ao Juízo da 4ª vara da Seção Judiciária do Amazonas.

Após o trânsito em julgado, archive-se.

É como voto.

## Voto Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves:* — Senhora Presidente, não vejo teratologia; vou aplicar a Súmula 121 do Tribunal Federal de Recursos e pedir licença ao Relator para dele discordar e denegar a Segurança.

# Primeira Seção

---

## Mandado de Segurança

**2000.01.00.021045-6/MG**

Relator: O Exmo. Sr.Des. Federal Francisco de Assis Betti  
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (convocado)  
Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Anésio Fernandes Lopes  
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas/MG  
Litisconsortes: Altino José de Faria e outros  
Divulgação: e-DJF1 de 15/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 18/02/2008

---

## Ementa

*Mandado de segurança. Expedição de Alvará para pagamento de resíduos de benefício previdenciário. Jurisdição voluntária. Pretensão resistida. Falta de adequação processual. Precedentes da 1ª Seção do TRF 1ª Região. Concessão da segurança.*

I – A via processual eleita pelo demandante revela-se inadequada à satisfação de seu interesse, haja vista que o procedimento de jurisdição voluntária de expedição de alvará não se compatibiliza com a existência de pretensão resistida, uma vez que em feitos desta natureza não há espaço para o exercício do contraditório, tal como a hipótese dos autos, em que o pagamento dos benefícios é objeto de contestação do órgão previdenciário. Assim, havendo resistência do agente estatal, a pretensão deve submeter-se ao crivo da jurisdição contenciosa.

II – Precedentes da 1ª Seção: MS 2000.01.00.022149-3/MG, Rel. Des. Fed. Neuza Maria Alves da Silva, 1ª Seção do e. TRF 1ª Região, *DJ* de 23/01/2006, pág. 03; MS 2000.01.00.106580-2/MG, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, 1ª Seção do e. TRF 1ª Região, *DJ* de 03/05/2005, p.2.

III – É certo que poder-se-ia admitir, em tese, a possibilidade de convalidação dos atos processuais nas hipóteses em que o rito originário da jurisdição voluntária foi supervenientemente adaptado para a forma contenciosa, com oportunidade do contraditório, desde que não vislumbrado prejuízo para as partes. Ocorre, porém, que no caso concreto em julgamento, tal conversão não ocorreu, razão porque não se aplica tal entendimento.

IV – Segurança concedida, para desobrigar o impetrante do cumprimento da ordem judicial emanada do Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas/MG, no sentido de que pagasse aos requerentes, mediante alvará judicial, os valores pretendidos no processo de jurisdição voluntária.

## Acórdão

Decide a Primeira Seção, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 29/01/2008.

Juiz Federal *André Prado de Vasconcelos*, Relator convocado.

---

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos: — 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra ato praticado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas, nos autos do Processo de Jurisdição Voluntária 25.913, consistente na intimação da Autarquia previdenciária para que cumprisse em 48 horas os alvarás judiciais expedidos em favor de segurados, liberando valores relativos ao resíduo sobre benefícios previdenciários decorrentes da imediata aplicação do artigo 201 da Constituição Federal.

2. Sustenta o impetrante, em síntese, a nulidade *ab initio* do procedimento judicial, porque não foi citado ou intimado para acompanhar o feito, além do que a via processual eleita se mostra inadequada, tendo em vista que o procedimento de jurisdição voluntária não pode ser utilizado como ação de cobrança, uma vez que não proporciona o contraditório entre os envolvidos.

3. As dívidas da autarquia impetrante são satisfeitas mediante sistema de precatório, disciplinado pelos artigos 730 do Código de Processo Civil e 100 da Constituição Federal sendo, portanto, ilegal a quitação através de simples alvará.

4. O direito à postulação das diferenças está prescrito, nos termos do Decreto 20.910/1932, uma vez que iniciado o prazo em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, somente em janeiro de 2000 o INSS foi acionado. Requereu Liminar para suspensão do ato impugnado. Juntou documentos (fls. 2/23).

5. A decisão de fls. 25/25v, que declinou da competência em favor do Tribunal de Justiça estadual, e contra a qual foi interposto agravo regimental às fls. 29/34, foi reconsiderada às fls. 36/37, oportunidade em que se deferiu a liminar vindicada com determinação de citação dos segurados beneficiados como litisconsortes necessários. Foram solicitadas informações à autoridade impetrada.

6. Prestadas as informações (fls. 42/51 e 58/63), foi determinada a citação do litisconsorte Orestino Rezende (fl. 80), que se deu por edital (fl. 88), tendo o curador nomeado se manifestado às fls. 95/96.

7. O parecer ministerial opinou pela concessão

da segurança (fls. 100/103).

Este o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos: — 1. Não obstante os argumentos expendidos na inicial, cumpre ressaltar que a matéria discutida nestes autos já foi apreciada em outras ocasiões por esta Seção, cujo entendimento tem sido o de que é indevida a condenação do INSS ao pagamento de valores mediante simples expedição de alvará em processos de jurisdição voluntária em que há pretensão resistida e inexistência do contraditório, conforme se vê dos seguintes julgados:

*Processual Civil. Mandado de segurança. Ato jurisdicional. Levantamento de resíduos. Art. 201, § 2º, da Constituição Federal. Alvará judicial. Impossibilidade. Existência de pretensão resistida.*

1. Cuida-se de mandado de segurança aforado contra ato jurisdicional que, em sede de procedimento de jurisdição voluntária, determinou ao INSS que liberasse os valores supostamente devidos aos beneficiários.

2. Confrontando, todavia, a Autarquia impetrante, a pretensão judicialmente veiculada, não se há de falar em jurisdição voluntária, razão pela qual os valores litigados não podem ser liberados no bojo de processo de alvará.

3. Ademais, o INSS não pode ser obrigado a efetuar qualquer pagamento em sede de processo no qual não tenha participado com o pleno exercício de seu direito de defesa, o que só vem a reforçar a insubsistência do comando contra ele proferido.

4. Segurança concedida (*in*, MS 2000.01.00.022149-3/MG, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, 1ª Seção do e. TRF 1ª Região, DJ de 23/01/2006, pág. 3).

*Mandado de segurança. Alvará judicial. Ausência de citação do INSS.*

1. Por força do quanto disposto no artigo 1.105 do Código de Processo Civil, serão citados, sob pena de nulidade, nos procedimentos de juris-

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Antônio Sávio de Oliveira Chaves e os Exmos. Srs. Juizes Federais Itelmar Raydan Evangelista e Simone dos Santos Lemos Fernandes (convocados).

dição voluntária, todos os interessados e o Ministério Público.

2. Ilegitimidade de se compelir o órgão previdenciário ao cumprimento de sentença proferida em processo do qual não participou, ainda quando o seja de jurisdição graciosa, até porque não se lhe foi permitido deduzir, naquele feito, a impugnação que deduziu, nesta ação mandamental, a propósito da inadequação da via eleita, ao fundamento de que os valores reclamados não se encontram creditados em nome da falecida segurada, substanciando o pedido verdadeira ação de cobrança, bem como ao de que prescrita a pretensão veiculada.

3. Segurança concedida (*in*, MS 2000.01.00.106580-2/MG, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, 1ª Seção do e. TRF da 1ª Região, *DJ* de 03/05/2005, pág. 2).

2. Do voto proferido pelo e. Relator, Des. Federal Carlos Moreira Alves, por ocasião do julgamento referenciado nesta última ementa, extraio a seguinte passagem, que exprime com clareza e objetividade o entendimento perfilhado por esta Seção:

De fato, ao disciplinar os procedimentos de jurisdição voluntária, é peremptório o art. 1.105 do Código de Processo Civil em estabelecer que “serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público”, razão por que não pode a autarquia previdenciária ser compelida ao cumprimento de sentença proferida em processo do qual não participou, ainda quando o seja de jurisdição graciosa, até porque não se lhe foi permitido deduzir, naquele feito, as impugnações que deduziu, nesta ação mandamental, a propósito da inadequação da via eleita, ao fundamento de que os valores reclamados não se encontram creditados em nome da falecida segurada, substanciando o pedido verdadeira ação de cobrança, bem como ao de que prescrita a pretensão veiculada.

3. Com efeito, a via processual eleita pelo demandante revela-se inadequada à satisfação de seu interesse, haja vista que o procedimento de jurisdição voluntária de expedição de alvará não se compatibiliza com a existência de pretensão resistida, uma vez que em feitos desta natureza não há espaço para o exercício do contraditório, tal como a hipótese dos autos, em que o pagamento dos benefícios é objeto de contestação do órgão previdenciário. Assim, havendo resistência do agente estatal, a pretensão deve submeter-se ao crivo da jurisdição contenciosa.

4. É certo que poder-se-ia admitir, em tese, a possibilidade de convalidação dos atos processuais

nas hipóteses em que o rito originário da jurisdição voluntária foi supervenientemente adaptado para a forma contenciosa, com oportunidade do contraditório, desde que não vislumbrado prejuízo para as partes. Ocorre, porém, que no caso concreto em julgamento, tal conversão não ocorreu, razão porque não se aplica tal entendimento.

5. Acolhida a alegação de nulidade processual por inadequação do procedimento eleito, deixo de analisar os demais fundamentos invocados na inicial.

6. Destarte, na linha da orientação firmada no âmbito desta Seção, concedo a segurança para desobrigar o impetrante do cumprimento da ordem judicial emanada do Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas/MG, no sentido de que seja pago aos requerentes, mediante alvará judicial, os valores pretendidos no processo de jurisdição voluntária.

É como voto.

# Segunda Seção

## Mandado de Segurança

2007.01.00.048547-2/PA

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo Fernandes, filho (convocado)  
Impetrante: Incogel Indústria e Comércio de Gelo e Pesca Ltda.  
Advogados: Dra. Denise de Fátima de Almeida e Cunha e outros  
Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara – PA  
Interessada: Justiça Pública  
Divulgação: e-DJF1 de 15/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 18/02/2008

## Ementa

*Processual Penal. Crime ambiental. Pessoa jurídica. Mandado de segurança. Ato judicial. Habeas corpus. Impropriedade. Justiça Federal. Competência.*

I – Em sede de crimes ambientais, por força da atual lei que rege a matéria, abstraída a discussão doutrinário-jurisprudencial em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ante a inexistência de recurso processual apropriado e eficaz no sentido de trancar a ação penal, dispõe a pessoa jurídica do mandado de segurança para assegurar-lhe o direito.

II – O *habeas corpus*, enquanto instrumento constitucionalmente previsto para proteção do direito de ir e vir, não pode ser manejado em tais situações, porque a pessoa jurídica, ao contrário da pessoa física, não corre o risco de sofrer sanção em sua liberdade de locomoção.

III – Não se aplica, em tais hipóteses, o Enunciado 267 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

IV – É competente a Justiça Federal para julgar crimes ambientais, quando resta demonstrado que o ato criminoso atingiu bens e interesses da União, in casu pesca de arrasto em local interdito pelo Ibama, na foz do Rio Pará, o qual é um dos componentes da grande foz do Rio Amazonas, rio internacional federal e, portanto, bem da União, nos termos do art. 20, III, da CF/1988.

V – Segurança denegada.

## Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, denegar a segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 23/01/2008.

Juiz Federal *Evaldo Fernandes, filho*, Relator convocado.

## Relatório

— 1. Trata-se de mandado de segurança intentado por Incogel Indústria e Comércio de Gelo e Pesca Ltda., qualificada nos autos e representada por advogados, O Exmo. Sr. Juiz Federal *Evaldo Fernandes, filho*:

via do qual pretende ver reconhecida a incompetência da Justiça Federal no Estado do Pará para processar e julgar feito criminal onde figura como denunciada, com a remessa ao Juízo Comum Estadual do local dos fatos. Figura como autoridade impetrada o MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Pará, Rubens Rollo D'Oliveira.

Em apertada síntese, disse que foi autuada pelo Ibama em virtude de realizar atividade pesqueira não permitida, em área proibida. Por conseguinte, o MPF no Estado do Pará ofertou contra si e um diretor geral denúncia pela prática do fato típico penal descrito no inciso I do parágrafo único do art. 34 da Lei 9.605/1998. Recebido o libelo, designou o impetrado data para sua oitiva.

Sustentou que, nada obstante o recebimento da denúncia, a Justiça Federal não é a instância competente para apreciar e julgar o feito, mas, sim, a Justiça Comum Estadual do Pará. A seu ver, o suposto crime ambiental, se existiu, não ocorreu em território da União ou em área de preservação ambiental, não havendo lesão a patrimônio, autarquia ou qualquer entidade da esfera federal ou mesmo interesse direto da União no caso penal em comento.

Liminar concedida para sobrestamento da ação penal até julgamento deste (fls. 117/118), foram prestadas informações (fls. 124/130).

A autoridade impetrada defendeu a competência da Justiça Federal in casu por entender que: a.) a impetrante exercia a pesca de arrasto em lugar interdito pelo órgão ambiental (IBAMA); e, b.) o crime foi praticado também em detrimento de bens e interesses da União. Isso porque o delito ocorreu na área do Machadinho/Pacoval, localizada na foz do Rio Pará, o qual é um dos componentes da grande foz do Rio Amazonas, rio internacional federal, e, portanto, bem da União, nos termos do art. 20, III, da CF.

Com vista, o MPF, pelo Procurador Regional da República Luiz Francisco Fernandes de Souza, depois de reputar cabível o mandamus, manifestou-se pela competência da Justiça Federal e, pois, pela denegação da segurança, por entender ter sido o ilícito ambiental praticado em detrimento de bem da União.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo Fernandes, filho — Inicialmente, acerca do cabimento do mandado de segurança na espécie, pontuo que, não obstante se voltar a impetrante contra decisão judicial — recebimento de denúncia, inexistente recurso processual apto e eficaz ao trancamento da ação penal. Mesmo o manejo do habeas corpus, como ressaltado na inaugural, é de natureza duvidosa, para mim, incabível, mesmo. Aliás, julgado da 3ª Turma deste Tribunal entende que o habeas corpus tem como escopo resguardar a liberdade individual das pessoas, consistindo essa liberdade no direito de ir e vir das pessoas físicas, sendo assim meio inservível para amparar eventual direito de pessoa jurídica, vez que a empresa, diferentemente das pessoas físicas, não corre risco de sofrer sanção em sua liberdade de locomoção, não podendo assim figurar como paciente (HC 2005.01.00.055497-3/PA, Rel. Juiz Federal Guilherme Doehler, conv., Terceira Turma, DJ 16/09/2005, p.81). Por outro lado e favoravelmente ao manejo do writ of mandamus em casos tais, esta 2ª Seção já decidiu:*

*Penal. Processual Penal. Mandado de segurança. Crime ambiental. Responsabilidade penal. Pessoa jurídica. Possibilidade (Cf. Art. 225, § 3º, e Lei 9.605/1998: Art. 3º). Pessoa jurídica demandada juntamente com a pessoa física. Hipótese de Litisconsorte passivo necessário. Competência da Justiça Federal.*

1. Os serviços da União, levados a efeito por sua Autarquia Ambiental, o Ibama, restam agredidos quando o instrumento de administração indireta do Serviço Público Federal se vê atacado no cumprimento do seu dever ambiental insculpido no artigo 225 da Constituição.

2. Ocorrência, ao menos em tese, de agressão a bem privado tutelado por ente público, e protegido conforme dever constitucional direcionado a Autarquia, justificando a competência da Justiça Federal a teor do artigo 109, IV da CF.

3. *Em se tratando de pedido de trancamento de ação penal instaurada contra pessoa jurídica, somente pode ser postulado em juízo por meio de mandado de segurança, eis que, segundo entendimento jurisprudencial, não se concede ordem de habeas corpus em favor de pessoa jurídica, uma vez não*

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rosimayre Gonçalves de Carvalho, César Cintra Fonseca e Klaus Kuschel (convocados).

possuir esta a capacidade de locomoção assegurada às pessoas físicas.

4. Com o advento da Lei 9.605/1998, que regulamentou o art. 225, § 3º, da CF/88, são passíveis de punição, no âmbito penal, não só as pessoas físicas, como também as jurídicas, por condutas lesivas ao meio ambiente.

5. O art. 3º da Lei 9.605/1998, ao disciplinar a responsabilização penal da pessoa jurídica, prevê, para tal, hipótese de co-autoria necessária, não se podendo dissociar a responsabilidade da pessoa jurídica da decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sociedade, devendo, assim, a pessoa jurídica ser demandada com a pessoa física que determinou a prática do ato causador da infração.

6. Imprescindibilidade do exame de corpo de delito, em se tratando de infração que deixe vestígio.

7. Segurança concedida para determinar o trancamento da ação penal na qual foi denunciada a impetrante. (MS 2007.01.00.001768-2/PA, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Segunda Seção, DJ 29/06/2007, p. 5, destaques)

Pois bem, superada essa questão, tenho que, no mérito, a ordem há de ser denegada.

Diferentemente do que se sustentou na exordial da impetração, é, sim, competente para processar e julgar a ação penal ajuizada contra a impetrante a Justiça Federal no Estado do Pará, posto que, consoante destacou a autoridade impetrada e precisamente observou o Procurador Regional da República que oficiou no feito, a infração penal foi praticada em detrimento de bem da União. A área onde foi flagrada a autora na prática de pesca de arrasto, Machadinho/Pacoval, na foz do Rio Pará, a par de se encontrar interdita para tanto pelo Ibama, situa-se em rio federal, Rio Amazonas.

Ademais, ao julgar o HC 2007.01.00.048409-7/PA, impetrado, justamente, pelo outro réu na ação penal que nestes se busca trancar, Fernando Antônio Pessoa Cebolão, a 3ª Turma deste Regional, à unanimidade, por reconhecer a competência da Justiça Federal, denegou a ordem pretendida. Ouça-se, por relevante, a ementa do referido aresto:

*Processo Penal. Habeas corpus. Rios internacionais e interestaduais. Bens da União. Competência da Justiça Federal. Denúncia válida.*

1. A competência para julgar os crimes ambientais não foi atribuída à Justiça Federal, salvo quando praticado em detrimento de bens, serviços

e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

2. Se a pesca proibida é feita em rio federal, ou seja aquele que é proveniente de território estrangeiro (internacional) ou aquele que corta mais de um estado da federação (interestadual), há lesão a bens, serviços e interesses da União Federal, como disposto no inciso III do art. 20 da Constituição Federal, determinando, por conseguinte, a competência da Justiça Federal. Na hipótese, a pesca proibida se deu nos Rios Amazonas e Pará, no Estuário do Rio Amazonas.

3. O Rio Amazonas é um rio federal, nascendo na , no lago Lauri ou Lauricocha, no e desaguardo no , junto à , no . Ao longo de seu percurso ele recebe os nomes Tunguragua, , , e finalmente Amazonas. Os primeiros exploradores chamaram o rio Amazonas de mar - *Mar Dulce*, ou Mar Doce. É um rio colossal, um quinto de toda a água doce lançada ao mar por todos os rios do mundo. Na foz, o Amazonas avança por dentro do oceano até uma distância de 150 quilômetros da costa.

4. O Rio Pará nasce na região das ilhas e deságua entre o Cabo Maguari e a ponta Curuçá, recebendo a vazão dos rios Anapu-Pacajá, Jacundá, Araticu, Cupijó, Tocantins, Moju, Acará e Guamá. Une-se, através do Estreito de Breves, ao Rio Amazonas, separando a ilha do Marajó do continente. Na verdade, o rio Pará não é um rio e sim um conjunto hidrográfico sem nascente própria, cujos seus principais formadores são os rios Araguaia, Tocantins, Capim, Acará, Moju, Guamá, Anapu, Jacundá, Pacajás e Araticum, cujas águas nele desembocam, dando origem a uma sucessão de baías e enseadas.

5. O Estuário do Rio Amazonas é composto por uma seqüência de baías, como a de Melgaço das Bocas, a partir dessa baía o canal é denominado de Rio Pará.

6. Denúncia não digna de encômios, mas que contém, ainda que não muito bem, a exposição do fato criminoso, permitindo, no entanto, que o denunciado possa se defender.

De se ver, portanto, que a pretensão externada na vestibular não merece guarida, na medida em que restou configurada a competência da Justiça Federal no Estado do Pará para processar e julgar a ação penal instaurada contra a impetrante

Pelo exposto, denego a segurança vindicada.

É o voto.

# Terceira Seção

## Embargos Infringentes em Apelação Cível

2004.34.00.026992-4/DF

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Embargantes:	Ingrid Neves Reale e outros
Advogado:	Dr. Anderson Nazareno Rodrigues
Embargada:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Divulgação:	e-DJF1 de 15/02/2008
Publicação:	e-DJF1 de 18/02/2008

### Ementa

*Administrativo e Constitucional. Concurso público para papiloscopista da Polícia Federal. Exigência de teste de barra fixa, modalidade dinâmica, para mulheres. Desproporção e falta de razoabilidade. Igualdade substancial entre os sexos. Princípio da isonomia.*

I – A mesma Quinta Turma desta Corte já decidiu que “a aplicação de prova de barra fixa, na modalidade dinâmica, para mulheres, fere o princípio da isonomia, ainda que exigida para homens em critério diverso, visto que subsiste sensível diferença entre o homem e a mulher em sua constituição física e nos aspectos bio-psicológicos. Tal diferença, notadamente no que tange à força física, revela-se apta a justificar a disparidade de tratamento entre pessoas do sexo masculino e feminino, como forma de dar efetividade ao preceito constitucional da isonomia (CF, art. 5º), de sorte a aquinhoar desigualmente os desiguais na medida em que estes se desiguam” (AG 2005.01.00.029810-0/DF. Rel. p/ acórdão: Des. Federal Fagundes de Deus. DJ de 10/08/2006, p. 103). Precedente, no mesmo sentido, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (1ª Turma. AG 61158/CE. Rel.: Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante. DJ de 22/03/2006, p. 56).

II – A exigência desse teste e a conseqüente discriminação das mulheres, que na prática resulta (conforme pareceres técnicos e dados estatísticos), só não seria inconstitucional se justificada por inafastável necessidade (razoabilidade e proporcionalidade) para o exercício da função policial. E a demonstração dessa necessidade inafastável caberia à Administração, tendo em vista que se trata de restringir um direito fundamental, aspecto que também torna impróprio o argumento de que a falta de impugnação ao edital teria ocasionado preclusão.

III – O exercício de algumas atribuições exige especial porte e vigor físico (ex.: segurança de dignitários; prisão, imobilização e condução de pessoas; vistoria em veículos e navios; repressão do contrabando ou descaminho nos rios da Amazônia etc.), mas a grande maioria das atividades da Polícia Federal é burocrática ou de exame de documentos, coleta de informações, inquirições etc. A necessidade de atendimento àquelas atividades pode ser suprida com a criação de equipes especiais, integradas por componentes escolhidos dentro do universo, especialmente masculino, de servidores.

IV – Embargos infringentes providos.

### Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 13/11/2007.

Desembargador Federal João Batista Moreira, Relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:*  
— Trata-se de embargos infringentes de acórdão em que, por maioria, foi reformada sentença na qual fora julgado procedente pedido para afastar, em relação às ora embargantes, candidatas em concurso público para Papiloscopista da Polícia Federal, a exigência editalícia do teste de “barra fixa dinâmica”.

Contra-razões às fls. 701-705.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 30, XXI, do Regimento Interno.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Proferi voto na Quinta Turma, em caso análogo (AC 2004.34.00.047437-6/DF), com os seguintes fundamentos:

### Litisconsórcio necessário

A submissão da autora ao teste de barra fixa, na modalidade estática, em vez do teste de barra fixa, modalidade dinâmica, não é apta a alterar a situação dos demais candidatos. Isto porque o exame de capacidade física é eliminatório e não, classificatório. Um candidato pode ter interesse em que não lhe seja alterada a classificação, não subsistindo, porém, interesse juridicamente defensável em simplesmente impedir a aprovação de outro candidato no concurso.

Rejeito, por isso, a preliminar de litisconsórcio necessário.

### Mérito

Esta Turma já decidiu, por maioria, que “a aplicação de prova de barra fixa, na modalidade dinâmica, para mulheres, fere o princípio da isonomia, ainda que exigida para homens em critério diverso, visto que subsiste sensível diferença entre o homem e a mulher em sua constituição física e nos aspectos bio-psicológicos. Tal diferença, notadamente no que tange à força física, revela-se apta a justificar a disparidade de tratamento entre pessoas do sexo masculino e feminino, como forma de dar efetividade ao preceito constitucional da isonomia (CF, art. 5º), de sorte a aquinhoar desigualmente os

desiguais na medida em que estes se desigualam” (AG 2005.01.00.029810-0/DF. Rel. p/ acórdão: Des. Federal Fagundes de Deus. *DJ* de 10/08/2006, p. 103).

A respeito do tema também se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

*Administrativo. Agravo de instrumento. Concurso público. Perito criminal da Polícia Federal. Teste físico de barra dinâmica. Inaptidão para medir a força muscular feminina. Entendimento de renomados especialistas de educação física. Ausência de prejuízo para a administração. Candidatas que ainda se submeterão ao curso de formação profissional. Agravo improvido.*

1. A leitura da decisão a quo revela entendimentos abalizados de especialistas em Educação Física acostados à inicial do processo originário, os quais apontam ser o teste de barra dinâmica para as mulheres inapto para avaliar a capacidade física feminina, tendo em vista que é muito superior ao resultado esperado como padrão do corpo feminino.

2. Consoante descrição sumariada das atribuições do cargo constante do Edital 244/2004 (fl. 33), o perito criminal federal deverá executar atividades técnico-científicas de nível superior de descobertas, de defesa, de recolhimento e de exame de vestígios em procedimentos pré-processuais e judiciários, revelando-se suas funções profissionais mais ligadas à atuação intelectual do que propriamente à sua compleição física.

3. Não se vislumbra qualquer prejuízo para a Administração com a determinação da continuidade das Agravadas no concurso público, até porque as mesmas terão que se submeter ao rigoroso Curso de Formação Profissional, 2ª etapa do certame.

4. Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido. (1ª Turma. AG 61158/CE. Rel.: Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante. Data do julgamento: 24/11/2005. *DJ* de 22/03/2006, p. 56)

A afirmação da isonomia formal (a lei é para todos) constituiu uma notável conquista, mas já não satisfaz às aspirações no campo dos direitos humanos. Persegue-se, há algumas décadas, a igualdade substancial, cujo ponto mais avançado das respectivas políticas consiste nas chamadas ações afirmativas, traduzidas em “tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão”.<sup>1</sup>

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Carlos Olavo e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado).

<sup>1</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

A maior barreira ao ingresso de mulheres não seria inconstitucional se justificada por inafastável necessidade para o exercício da função policial. No caso, a demonstração dessa necessidade inafastável caberia à Administração, tendo em vista, no mínimo, fundada suspeita de ofensa a um direito fundamental. Este aspecto também faz totalmente impróprio o argumento de que a falta de impugnação ao edital teria tornado preclusa a discussão. Chega a ser paradoxal que a Administração se escore em uma suposta isonomia formal dos candidatos, em face de uma simples previsão contida em edital de concurso, para impedir que se aprecie alegação de ofensa a direito fundamental.

Em primorosa doutrina, reproduzindo Aristóteles, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o critério determinante das igualações e desigualações justas é a finalidade.<sup>2</sup> Na mesma direção, entende o Ministro Joaquim Barbosa que em algumas situações especiais o tratamento discriminatório é chancelado pelo Direito. Acrescenta: “São situações em que a discriminação se reveste do caráter de inevitabilidade, seja em razão das exigências especiais do tipo de atividade, que exclui por princípio e com boa dose de razoabilidade certas categorias de pessoas, seja em função de características pessoais das pessoas envolvidas. O exemplo mais comum de discriminação legalmente aceita, encontrável aliás em diversos ordenamentos jurídicos e em convenções internacionais relativas à discriminação das relações de emprego (V. Convenção 111 da OIT), é a decorrente das necessidades inerentes ao trabalho a executar (“*business necessity*”). Vale dizer, a natureza da atividade ou do negócio às vezes pode validamente justificar algum tipo de discriminação”.

3

Diz o art. 5º, inciso I, da Constituição, especificando o princípio da isonomia, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, regra diante da qual a Administração não pode, por exemplo, como já aconteceu, impedir o acesso de candidato com tatuagem, pelo simples fato da tatuagem, ao cargo de policial militar, mas pode excluir da admissão a cargos de guarda de presídio masculino candidatos do sexo feminino e vice-versa. É, em situação semelhante, o que diz a Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal: “O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando

possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

O exercício de algumas atribuições exige especial porte e vigor físico (ex.: segurança de dignitários; prisão, imobilização e condução de pessoas; vistoria em veículos e navios; repressão do contrabando ou descaminho nos rios da Amazônia etc.), mas a maioria das atividades da polícia federal é burocrática ou de exame de documentos, coleta de informações, inquirições etc. (Pense-se no setor de expedição de passaportes e de controle, mediante vistos, do tráfego internacional de pessoas, ou numa tarefa de vigilância, em que, aliás, é desejável que a pessoa seja o máximo possível de um tipo comum ao ambiente). A necessidade de atendimento àquelas atividades que exigem força pode ser facilmente suprida com a criação de equipes especiais, integradas por componentes escolhidos dentro do universo, especialmente masculino, de servidores. Nas atribuições de perito, papiloscopista e, de certa forma, também de escrivão, cujas atribuições só muito raramente exigem força física, nem há tal necessidade.

A própria Administração reconhece a desigualdade, seja de origem orgânica ou cultural, inerente à diversidade de sexos e aceita resultado quantitativamente diferente para homens e mulheres no teste de barra fixa, numa atitude que o pensamento conservador, liberal e positivista só admitiria fosse feito por lei. Aceita, pois, tacitamente, a possibilidade de absorção do desnível em sua estrutura funcional. Só que a dose de discriminação positiva, aplicada para compensar o desequilíbrio, ainda não é suficiente, conforme estatisticamente se verifica, para colocar os dois sexos no mesmo nível de competição.

O excesso de exigências, em termos de compleição física, para o exercício do cargo de policial civil é, senão efeito do paradigma masculino e patriarcal de nossa sociedade (em fase de transição para o paradigma da complementaridade<sup>4</sup>), reminiscência das administrações militares a que o Departamento de Polícia Federal esteve por muitos anos submetido, sem contar que nas próprias Forças Armadas tais requisitos merecem ser adaptados à evolução tecnológica. Apesar de sempre considerada “legítima a exigência de sexo masculino (excluindo, portanto, as pessoas do sexo feminino) em certos setores das Forças Armadas”, a exceção “se torna a cada dia menos justificável, na medida em

<sup>2</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>3</sup>GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.

<sup>4</sup>Sob o ponto de vista da complementaridade, não há desnível, mas diferença, entre os sexos. A maior força física do homem é compensada por atributos próprios da mulher, como a maior intuição, capacidade de observação e sensibilidade.

que a função militar progressivamente vai se vinculando ao manejo de instrumentos de alta tecnologia, o que torna prescindível o elemento força, que era a justificativa para a exclusão das mulheres”.<sup>5</sup>

Pelos mesmos fundamentos, dou provimento aos embargos infringentes.

## Voto Vogal Vencido

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: —* Senhor Presidente, divirjo do eminente Relator e nego provimento aos embargos infringentes, em conformidade com o voto-vista que proferi por ocasião do julgamento da apelação.

## Voto Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: —* Examinando a hipótese em outro feito, assim manifestei meu entendimento que junto por ser pertinente à espécie:

Com efeito, merece reforma a decisão *a quo*.

Da análise dos autos, observa-se que a autora inscreveu-se no concurso público realizado pelo Departamento da Polícia Federal, regido pelo Edital 68/2005-DGP/DPF, logrando êxito na realização das provas objetiva e discursiva, nas quais foi classificada dentro do limite previsto no instrumento convocatório, qual seja o de três vezes o número de vagas oferecidas no Edital para cada um dos cargos.

A requerente, na ação cautelar, afirmou que se submeteu às provas de capacidade física, nos limites definidos por decisão judicial proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na cidade do Rio de Janeiro, que determinou, com efeito erga omnes, a substituição do teste em barra fixa dinâmica pelo de barra fixa estática, tendo obtido pontuação máxima em todos os testes.

Alega, entretanto, que a decisão foi suspensa pelo TRF da 2ª Região, que determinou às interessadas a realização de novo teste de esforço físico, contra o qual ela se insurgiu.

O MM. Juízo *a quo*, convencido da argumentação expendida pela agravada, deferiu a medida

liminar para determinar a União que considerasse eficaz o teste de barra fixa realizado pela agravada, tornando ineficaz o ato convocatório expedido através do Edital 68/2005 – DGP/DPF, mantendo sua aprovação na fase de avaliação física do concurso e autorizando-a a prosseguir no certame, participando da fase seguinte, consistente no Curso de Formação da Academia da Polícia Federal.

Em que pese a r. argumentação expendida pelo MM. Juiz não vislumbro razoabilidade na manutenção da decisão recorrida.

As normas que regem o concurso público vinculam não somente a Administração Pública, mas também os candidatos que participam do certame.

A agravada, ao submeter-se ao referido concurso, concordou com as disposições inscritas no Edital 68/2005-DGP/DPF, o qual previu a realização de provas de capacidade física e estabeleceu que as referidas provas obedeceriam ao disposto na Instrução Normativa 03/2004-DGP/DPF, como descrito no item 7.1.

Assim, a recorrida tinha plena ciência de que, para lograr aptidão no teste dinâmico de barra fixa, aplicado também aos candidatos do sexo feminino, deveria realizar, no mínimo, uma flexão, como expressamente descrito no art. 11 da Instrução Normativa 3/2004-DGP/DPF.

Não há nos autos qualquer notícia de que a recorrida tenha impugnado administrativamente o Edital quando de sua publicação, o que reforça o entendimento de que tinham ciência inequívoca das provas e testes a que seriam submetidas a fim de obter aprovação no mencionado concurso, ao final de todas as etapas.

Nesse diapasão, não se justifica acolher a pretensão da agravada, dispensando-lhe tratamento diferenciado em relação aos demais candidatos, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia.

Ademais, não se verifica qualquer ilegalidade no procedimento adotado pela Administração Pública quanto à realização do teste dinâmico de barra fixa para as candidatas do certame, isto é, quanto à exigência de realização de uma flexão.

Com efeito, afigura-se razoável tal exigência, tendo em vista a boa aptidão física de que devem gozar os integrantes das carreiras da Polícia Federal, no tocante às atividades cotidianamente desenvolvidas.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para revogar integralmente a decisão recorrida.

É como voto.

<sup>5</sup>GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

É fundada nos argumentos acima que manifesto minha divergência.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Acompanho a divergência.*

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, o meu entendimento a respeito desta questão é exatamente o dos votos vencedores na Turma e da divergência nesta Seção lavrada pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, cujo voto acompanho.*

### **Voto de Desempate**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Verifico que a divergência estabelecida nestes autos gira em torno da constitucionalidade da exigência de submissão de mulheres à prova de barra fixa, em concurso de papiloscopista da Polícia Federal.*

Considero, na linha de entendimento exposta pelo ilustre Relator João Batista Moreira, que a exigência em questão fere o dogma da isonomia, devendo ser afastada sua incursão do certame, na medida em que a força física da mulher é sabidamente inferior à do homem e isso a coloca, no concurso, em manifesta desvantagem perante candidatos do sexo masculino, já que, para estes, a prova de barra fixa dinâmica será realizada de maneira bem mais fácil e natural, devido à acentuada diferença entre os sexos, neste particular.

De outro lado, há que se levar em conta que o cargo de papiloscopista não demandará de seu titular maiores esforços físicos. Não se justifica, pois, que se exija dos candidatos, ao preenchimento desse cargo, especialmente de mulheres, o esforço impugnado, se o exercício do cargo não reclamará grande vigor físico.

Nessa ordem de idéias, além da contrariedade ao dogma isonômico retratado no art. 5º da Constituição Federal, sobre o qual bem discorreu o nobre relator, tem-se também como desarrazoada a exigência questionada, pelas razões já mencionadas. Trata-se, conso-

ante ensina a melhor doutrina, de uma diretriz da qual não se pode afastar a Administração Pública, sob pena de incorrer, por via oblíqua, em afronta ao princípio da legalidade, ou, em situações como a verificada nestes autos, em contrariedade direta à Constituição Federal. Confira-se o ensinamento do doutrinador:

Descende também do princípio da legalidade o princípio da razoabilidade. Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discricção administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. Para sufragar este entendimento ter-se-ia que atribuir estultice à própria lei na qual se haja apoiado a conduta administrativa, o que se incompatibilizaria com princípios de boa hermenêutica. É claro, pois, que um ato administrativo afrontoso à razoabilidade não é apenas censurável perante a Ciência da Administração. É também inválido, pois não se poderia considerá-lo confortado pela finalidade da lei. Por ser inválido, é cabível sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados. Não haverá nisto invasão do 'mérito' do ato, isto é, do campo da discricionariade administrativa, pois discricção é margem de liberdade para atender o sentido da lei e em seu sentido não se consideram abrigadas intelecções indubitavelmente desarrazoadas, ao menos quando comportar outro entendimento. (...)

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis —, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, 12ª edição, 2000, p. 39 e 79)

Firme em tais ensinamentos, reitero o que afirmei em Seção, a exigência desse teste para mulheres “só não seria inconstitucional se justificada por inafastável necessidade, dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para o exercício da função, pela Administração Pública”.

Diante do exposto, acompanho o voto do ilustre relator e dou provimento aos embargos.

É como voto.

Pelo exposto, conheço do Conflito de Competência e declaro competente a 4ª Seção deste Tribunal Regional Federal.

É como voto.

## Quarta Seção

---

### Conflito de Competência

2007.01.00.018528-3/MG

Relator originário:	O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Relator convocado:	O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto
Relator p/ acórdão:	O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias
Autores:	Sebastião Costa Faria e outro
Ré:	Fazenda Nacional
Procurador:	Dr. José Luiz Gomes Rolo
Suscitante:	Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG
Suscitado:	Juízo de Direito da Comarca de Bicas/MG
Divulgação:	e-DJF1 de 15/02/2008
Publicação:	e-DJF1 de 18/02/2008

---

### Ementa

*Conflito negativo de competência. Execução fiscal e ação anulatória. Justiça Federal e Justiça Estadual. Conexão. Competência.*

I – Nos termos do art. 103 do Código de Processo Civil, “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comuns o objeto ou a causa de pedir”, bastando apenas que um dos pré-requisitos para atestar conexas as ações — similaridade entre objeto ou da causa de pedir —, esteja presente para justificar a reunião dos feitos.

II – Verificada a conexão entre a ação de execução fiscal e a ação anulatória de débito fiscal, é imperiosa a reunião dos processos para julgamento simultâneo, evitando-se assim decisões conflitantes.

III — “As regras de distribuição previstas no Provimento 68/1999 da Corregedoria-Geral deste Tribunal não podem sobrepor-se aos princípios que regem o processo, em especial o da segurança e o da economia processual.” (CC 2005.01.00.029896-3/MG, Rel. Des. Federal Leomar Amorim, Quarta Seção, DJ 14/10/2005, p. 3 e CC 2004.01.00.054470-8/MG, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 12/04/2005, p. 4).

IV – Conflito conhecido, declarando-se competente para processar e julgar ambas as ações a Vara Única da Comarca de Bicas/MG, onde se processa a execução fiscal.

### Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Bicas/MG, suscitado.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 26/09/2007.

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*, Relator p/ acórdão.

---

### Relatório

Sebastião Costa Faria e Maria Aparecida de Oliveira Faria ajuizaram, em 10/09/2003, perante o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Bicas/MG, Ação

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:—*

Anulatória de Débito Fiscal contra a FN, requerendo, por primeiro, a sua distribuição por dependência à EF 0069.02.006312-4, ajuizada pela FN contra eles para a cobrança do mesmo débito agora discutido na ordinária.

A MM. Juíza de Direito Substituta Maria Cristina de Souza Trulio, da Vara Única da Comarca de Bicas, por decisão (f. 10/11) datada de 05/12/2005, declinou da competência para uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, ao entendimento de que a competência fixada pelo art. 109, I, da CF/1988 é absoluta em razão da pessoa e as exceções à essa competência não alcançam a AO.

Distribuídos os autos à 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, o MM. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julein de Rezende, por decisão (f. 3/9) datada de 15/03/2007, suscita conflito negativo de competência, ao entendimento de que, conexas a EF por primeiro ajuizada no domicílio dos devedores e a ação ordinária anulatória de débito fiscal, a competência delegada para a EF se prorroga para a AO e necessária a reunião das ações para que se evitem decisões díspares.

A PRR opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o suscitado, ao entendimento de que conexas as ações, é competente o juízo que primeiro despachou, ou seja, o juízo da EF.

Recebi os autos em Gabinete, em 04/06/2006, com parecer da PRR.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — O art. 109, I, da CF/1988 fixa a competência dos Juizes Federais para os feitos 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

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias, Leomar Amorim, Carlos Olavo e a Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada). Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Federais Carlos Olavo, Catão Alves e Maria do Carmo Cardoso.

Trabalho.

O mesmo art. 109, em seu § 2º explicita: “§ 2º – As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.”

A exceção ao acima disposto está consignada no § 3º do art. 109 da CF/1988: “§ 3º – Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.”

Em razão do permissivo constitucional, estabelece a Lei 5.010/1966, em seu art. 15:

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (art. 12), os Juizes Estaduais são competentes para processar e julgar:

I – os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas;

II – as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente for domiciliado na Comarca;

III – os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária.

Vê-se, então, observados os dispositivos legais referidos, que a competência para a AO é absoluta em razão da pessoa, sem que possível encaixá-la em qualquer das exceções existentes.

De outro lado, a EF ajuizada no domicílio do devedor, em razão do permissivo da Lei 5.010/1966, tem sua competência fixada no momento da distribuição, não podendo ser declinada, porque relativa.

Tem-se, assim, que a AO somente pode tramitar na Justiça Federal, em razão da competência absoluta, e a EF não pode ser remetida à Justiça Federal, porque, investido o juiz de direito de competência federal delegada, nos exatos termos do permissivo constitucional, materializado na normatividade da Lei 5.010/1966, competência relativa, pois, que se fica no momento do

ajuizamento da ação, que, no caso, foi anterior ao ajuizamento da AO.

A competência para processar e julgar a AO, então, em do Juiz Federal, suscitante.

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro competente o suscitante (Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG).

É como voto.

## Voto Vogal

*A Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reis Resende:* — Senhor Presidente, entendo que nas ações que são dependentes de execução fiscal, como embargos a execução, medida cautelar, na verdade, teria que ser o mesmo juízo o que, realmente, atrairia a competência. Agora, a minha dúvida é que, no caso, trata-se de uma anulatória, então, na verdade, seria uma modificação de competência por conexão e se a delegação federal alcançaria os casos de modificação de competência absoluta por conexão. Porque o STJ reconhece que a conexão, quando há uma questão de prejudicialidade, pode levar a suspensão do processo no juízo de origem da execução.

Peço vênia a Vossa Excelência, mas, nesse caso, ainda não me convenci de outro entendimento, tanto que na 7ª Turma votei acompanhando o entendimento do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar o Relator.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias:* — Senhor Presidente, peço vênia ao Juiz Federal Rafael e à Juíza Federal Anamaria e vou acompanhar a posição que está expressa no douto parecer da Procuradoria Regional da República. Peço vênia também ao meu sempre mestre Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, mas divirjo e faço os meus fundamentos os contidos no douto parecer da Procuradoria Regional da República.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim:* — Esta Seção, por maioria, tem entendido que, quando há co-

nexão entre execução fiscal e ação anulatória, os feitos devem ser reunidos no juízo da execução.

Já votei aqui no sentido de que, quando há conexão no juízo da comarca entre execução fiscal e ação anulatória, ou as ações incidentais e as ações anulatórias, o juízo competente para unificar os processos é juízo da execução. Fixada essa premissa, concluo no sentido de que, no caso, como a execução e a ação anulatória tramitam em vara da Justiça Estadual, havendo conexão das ações em razão das partes, da causa de pedir e do pedido, deve o juízo por simetria com o modelo da Justiça Federal, unificar as ações na vara de execução fiscal.

Portanto, peço vênia ao Relator para, no caso, considerar que o competente para o processo e o julgamento da ação anulatória, assim como o da execução fiscal, porque lá já estava tramitando, é o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Bicas.

## Voto de Desempate

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo:* — O ilustre Juiz Federal da 2ª Vara da Subseção de Juiz de Fora/MG suscitou o presente Conflito Negativo de Competência em face do MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Bicas/MG, que declarou-se incompetente para processo e julgamento de ação anulatória de débito fiscal ajuizada em desfavor da União (Fazenda Nacional), remetendo os autos ao Juízo suscitante.

A divergência estabelecida no julgamento tem por fundamento a circunstância de que existe evidente conexão entre a ação anulatória e a Execução Fiscal 0069.02.006312-4, que tramita perante o Juízo suscitado (comarca de Bicas).

Entendeu o ilustre relator, Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, convocado em substituição ao Desembargador Luciano Tolentino Amaral, que competente para o processo e julgamento da ação anulatória é o juízo suscitante (2ª vara de Juiz de Fora), sob o fundamento de que a competência para julgamento da ação ordinária é absoluta, decorrente da dicção do art. 109, § 2º, da Constituição Federal. Concluiu, após exame das normas que dispõem sobre a matéria, que “a AO somente pode tramitar na Justiça Federal, em razão da competência absoluta e a EF não pode ser remetida à Justiça Federal, porque, investido o Juiz de direito de competência federal delegada, nos exatos termos do

permissivo constitucional materializado na normatividade da Lei 5.010/1966, competência relativa, pois, que se fixa no momento do ajuizamento da ação, que, no caso, foi anterior ao ajuizamento da AO.” Acompanhou tal entendimento a Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada em substituição ao Desembargador Federal Antônio Ezequiel).

Iniciando a divergência, o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias adotou os fundamentos expostos no parecer da Procuradoria da República e considerou competente o Juízo suscitado. Foi acompanhado pelo Desembargador Federal Leomar Amorim, que consignou em seu voto o entendimento de que “quando há conexão no juízo da comarca entre execução fiscal e ação anulatória, ou as ações incidentais e as ações anulatórias, o juízo competente para unificar os processos é o juízo da execução.”

Registro que a ação anulatória foi despachada pelo Juízo suscitado em 05/12/2005, sendo certo, pelo que consta da decisão referida (fls.10/11) e da petição inicial (fls. 22/31), que a execução fiscal foi ajuizada anteriormente.

Considero acertado o posicionamento sustentado pela divergência, pelos fundamentos que passo a expor.

Consoante remansoso entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a ação anulatória ou desconstitutiva, assim como os embargos, constitui forma de oposição do devedor aos atos de execução, não havendo óbice à sua utilização pelo demandado, a qualquer tempo.

Desse mesmo entendimento decorre a conclusão, também reiteradamente afirmada pelo egrégio STJ, de que existe evidente laço de conexão entre a ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, e, conseqüentemente, recomenda-se a reunião dos processos, em nome da segurança jurídica e da economia processual. Neste caso, prorroga-se a competência do Juiz que despachou em primeiro lugar (art. 106 do CPC).

No caso, é certo que o Juiz estadual encontra-se investido de jurisdição federal (art. 109, § 3º, da CF/1988 c/c art. 15 da Lei 5.010/1966). Portanto, o presente conflito de competência instaurou-se entre juízos federais investidos, no que diz respeito à ação de execução conexa à ação anulatória, de idêntica compe-

tência territorial.

Em situações tais, conquanto sejam ponderáveis os argumentos expostos pelo Juízo suscitante, já está consolidado no âmbito do STJ que “refoge à razoabilidade permitir que a ação anulatória de débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar” (CC 31.963/RS, relator Min. Luiz Fux, DJ 05/08/2002) e que “o juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo”.

Nessa linha de raciocínio, tem reiteradamente decidido aquela Corte que o juízo competente para julgar os embargos também o é para a ação que visa anular o título executivo (RESP 573.659/SP, Relator Min. José Delgado, DJ 19/04/2004). Confira-se nos seguintes julgados:

*Conflito de competência. Execução fiscal. Ação anulatória. Conexão. Orientação da Primeira Seção. Art. 106, CPC. Competência do juízo suscitante.*

1. Na linha da orientação da Primeira Seção, “entre ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, há evidente laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos, prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (CPC, art. 106)” (CC 38.045-MA, DJ 09/12/2003, relator para acórdão o Ministro Teori Zavascki).

2. Ainda segundo a orientação desta Seção, “o juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo”, considerando que “refoge a razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada” (CC 31.963-RS, DJ 05/08/2002, relator para acórdão o Ministro Luiz Fux).

3. É de registrar-se que não se discute nestes autos eventual conflito entre o Juízo suscitante e outro Juízo, da mesma Seção Judiciária, especializada em execuções fiscais.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara de Campinas, São Paulo.” (CC 40.328/SP, Rel. Ministra Denise Ar-

ruda, Primeira Seção, julgado em 09/06/2004, DJ 02/08/2004 p. 278).

*Processo Civil. Execução fiscal e ação anulatória do débito. Conexão.*

1. Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional.

2. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência.

3. Assim como os embargos, a ação anulatória ou desconstitutiva do título executivo representa forma de oposição do devedor aos atos de execução, razão pela qual quebraria a lógica do sistema dar-lhes curso perante juízos diferentes, comprometendo a unidade natural que existe entre pedido e defesa.

4. É certo, portanto, que entre ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, há evidente laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos, prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (CPC, art. 106). Cumpre a ele, se for o caso, dar à ação declaratória ou anulatória anterior o tratamento que daria à ação de embargos com idêntica causa de pedir e pedido, inclusive, se garantido o juízo, com a suspensão da execução. (CC 38.045/MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 202).

*Processual Civil. Competência. Execução fiscal e ação anulatória. Conexão.*

Dispõe a lei processual, como regra geral que é título executivo extrajudicial a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei (art. 585, VI, do CPC).

Acrescenta, por oportuno que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução. (§ 1º, do 585, VI do CPC).

A finalidade da regra é não impedir a execução calcada em título da dívida líquida e certa pelo simples fato da propositura da ação de cognição, cujo escopo temerário pode ser o de obstar o processo satisfativo desmoralizando a força executória do título executivo.

À luz do preceito e na sua exegese teleológica colhe-se que, a recíproca não é verdadeira; vale dizer: proposta a execução torna-se despicienda e, portanto, falece interesse de agir na propositura de ação declaratória porquanto os embargos cumprem os desígnios de eventual ação autônoma.

Conciliando-se os preceitos tem-se que, precedendo a ação anulatória, a execução, aquela passa a exercer perante esta inegável influência prejudicial a recomendar o *simultaneus processus*, posto conexas pela prejudicialidade, forma expressiva de conexão a recomendar a reunião das ações como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis.

O juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo.

Refoge a razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada.

Reunião das ações no juízo suscitante da execução fiscal, competente para o julgamento de ambos os feitos.

Precedentes do e. STJ, muito embora nalguns casos somente se admita a conexão quando opostos embargos na execução e depositada a importância discutida.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul. (CC 31.963/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/04/2002, DJ 05/08/2002, p. 190).

Diante do exposto, acompanho os votos divergentes e declaro competente o Juízo suscitado (Juiz de Direito da vara única da comarca de Bicas/MG).

É como voto.

# Primeira Turma

## Apelação em Mandado de Segurança

**2002.34.00.004860-0/DF**

Relator: O Exmo. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)  
Apelante: Fundação Nacional do Índio – Funai  
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos  
Apelado: Adocildo José Soares  
Advogados: Dr. Mário de Andrade Macieira e outros  
Divulgação: e-DJF1 de 25/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 26/02/2008

### Ementa

*Constitucional e Administrativo. Servidor público. Desconto em folha de pagamento a título de responsabilidade civil. Lei 8.112/1990. Art. 46. Necessidade de anuência prévia. Impossibilidade de privação dos bens do devedor sem o devido processo legal. Art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal/1988.*

I – O desconto de quaisquer valores em folha de pagamento de servidor público pressupõe a sua prévia anuência, não podendo ser feito unilateralmente, uma vez que as disposições do art. 46 da Lei 8.112/1990, longe de autorizarem a Administração Pública a recuperar valores apurados em processo administrativo, apenas regulamentam a forma de reposição ou indenização ao erário após a concordância do servidor com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. (STF, MS 24.182/DF, Pleno, Ministro Maurício Corrêa, Informativo 337, de 16 a 20 de Fevereiro de 2004; AI 241.428 AgR/SC, Segunda Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 18/02/2000; STJ, RESP 336.170/SC, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Franciulli Netto, DJ 08.09.2003; RESP 379.435/RS, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Franciulli Netto, DJ 30/06/2003; RESP 207.348/SC, Segunda Turma, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 25/06/2001).

II – Não se nega à Administração o direito, e até mesmo o dever, de ressarcir-se pelos danos causados por seus agentes. Entretanto, não se pode olvidar que cabia à autoridade coatora descontar o valor que entende devido, com observância do devido processo legal.

III – O processo administrativo instaurado tinha por objetivo verificar a responsabilidade do impetrante por danos causados em acidente automobilístico. Entretanto, não foram assegurados ao impetrante o devido processo legal e a ampla defesa, com a manifestação em todas as suas fases, no que se refere aos descontos, inclusive a respeito do valor ou do percentual a ser descontado, ou mesmo dos juros e correção monetária.

IV – Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 26/11/2007.

Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes, Relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes: — Adocildo José Soares, qualificado nos autos, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra atos do Sr. Presidente da Fundação Nacional do Índio – Funai e do Sr. Coordenador de Gestão de Pessoal da Funai, objetivando assegurar que a autoridade coatora se abstenha de proceder a qualquer desconto nos seus vencimentos, a título de responsabilidade civil, em face dos danos supostamente causados em acidente automobilístico, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória a ser proferida em ação judicial a ser proposta contra o impetrante, pela Funai, e até que sejam esgotados quaisquer outros meios de execução judicial da dívida.

A decisão fls. 343/344 concedeu a liminar requerida.

Contra essa decisão, a União interpôs o agravo de instrumento de fls. 387/391.

Após o processamento do feito, foi prolatada a r. sentença de fls. 399/408, concedendo a segurança para declarar a ilegalidade do ato impugnado e determinar à autoridade impetrada que não proceda a nenhum desconto na remuneração do impetrante, por responsabilidade civil, sem o devido processo legal.

Não há remessa oficial.

A Funai ingressou com o recurso de apelação de fls. 423/430, sustentando, em síntese, que o impetrante foi submetido a sindicância, onde restou provada sua culpa pelo evento danoso, após processo regular, tendo-lhe sido dada oportunidade de defender-se em todas as fases do procedimento administrativo a que foi submetido. Alega que, uma vez comprovada sua culpa, após a garantia do contraditório e da ampla defesa, a imposição da obrigação de indenizar mediante desconto em folha é medida que se impõe, na forma do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal/1988.

O impetrante não apresentou contra-razões (certidão de fl. 432).

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento da apelação (fl. 438).

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: – Inicialmente, é de se esclarecer que o impetrante pede a concessão da segurança para que a autoridade coatora se abstenha de efetuar os descontos de valores devidos a título de responsabilidade civil, em face dos danos supostamente causados em acidente automobilístico.

Sobre a questão, a orientação desta Primeira Turma, respaldada na mais recente jurisprudência, inclusive do Plenário do STF, é no sentido de que a Administração não pode efetuar descontos em folha de pagamento de valores considerados indevidos, sem prévia anuência do servidor, conforme se verifica dos julgados transcritos a seguir:

1. Mandado de Segurança.
2. Desaparecimento de talonários de tickets-alimentação. Condenação do impetrante, em processo administrativo disciplinar, de ressarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado.
3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor.
4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo.
5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as conseqüências civis e penais.
6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa.
7. O Art. 46 da Lei 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado.
8. Mandado de Segurança deferido.  
(STF, Tribunal Pleno, MS 24182/DF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 03/09/2004, p. 9.)

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amilcar Machado e Luiz Gonzaga Barbosa Moreira. Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves.

*Administrativo. Mandado de segurança. Servidor Público aposentado. Lei 8.911/1994. Opção 55% DAS. Alteração da forma fe cálculo (25%). Lei 9.030/1995. Inexistência de ofensa aos princípios da irredutibilidade de Vencimentos e do Direito Adquirido. Parcelas recebidas de boa-fé. Não exigência de restituição. Sentença parcialmente reformada.*

1. Não obstante a Lei 9.030/1995 tenha alterado o percentual de opção previsto no art. 2º da Lei 8.911/1994, para os ocupantes de cargo em comissão do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores - DAS, a Lei 9.030/1995 também ampliou a base de cálculo sobre a qual incide o percentual, uma vez que a remuneração total fixada para o Grupo DAS, níveis 4, 5 e 6, foi contemplada com um aumento substancial, não havendo, assim, em tese, redução de vencimentos nem sequer ofensa a direito adquirido, eis que não há direito adquirido por servidor a determinada forma de remuneração. (Cf. TRF 1, AC 2000.01.00.0600170/DF, 1ª Turma, Relator Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, *DJ* 05/04/2004, p. 17; AMS 96.01.48915-0 / DF, Relator Convocado Juiz Lincoln Rodrigues De Faria, Segunda Turma, *DJ* 30/08/2001, p. 8; AMS 1997.01.00.043621-1/DF, 1ª Turma, Relator Des. Federal Juiz Luciano Tolentino Amaral, *DJ* de 22/07/2000, p. 046; AC 1999.34.00.038662-0/DF, 1ª Turma, Relator Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, *DJ* 25/10/2004, p. 12; AC 2000.01.00.081763-1/DF, Segunda Turma Suplementar, Rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (Conv.), *DJ* 10/03/2005, p. 98.)

2. No que tange à devolução da quantia recebida indevidamente pelo impetrante, este Tribunal tem se posicionado a respeito da questão, decidindo pela impossibilidade de restituição ao erário, sempre que, tratando-se de verba alimentar, o servidor tiver recebido de boa-fé os valores que lhes foram indevidamente pagos pela administração e que o pagamento efetivado tiver decorrido de equivocada interpretação da administração acerca da norma jurídica aplicável à espécie (Cf. TRF1, AC 1998.34.00.029483-1/DF, Primeira Turma, Relator Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (Conv.), *DJ* 27/09/2004, p. 06; AMS 1998.01.00.013657-9, Primeira Turma Suplementar, Relator João Carlos Mayer Soares (conv.), *DJ* 31/03/2005, p. 32; AMS 2001.37.00.00.6435-0/MA, Segunda Turma, Relatora Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, *DJ* 31/05/2005, p. 27; AMS 1999.01.00.113591-8/MA, Segunda Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz (conv.), *DJ* 18/11/2004, p. 48.) 3. Apelação parcialmente provida.

(TRF 1ª Região, 1ª Turma, AMS 2000.01.00.008597-4/DF, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), *DJ* 06/02/2006, p. 14.)

(...)

*Constitucional e Administrativo – descontos em Folha de pagamento A título de reposição ao erário – ausência de regular procedimento administrativo e de aquiescência dos servidores – precedente do Supremo Tribunal Federal – Segurança Concedida.*

1. A garantia constitucional ao devido processo legal exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, não deve atuar de maneira abusiva ou arbitrária para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica.

2. Nos termos da jurisprudência firmada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, o desconto em folha de pagamento de servidor público somente pode ser efetuado com a sua aquiescência, após regular procedimento administrativo, ou após sentença judicial transata em julgado.

3. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AMS 2004.35.00.015955-0/GO, Rel. Des. Federal José Amilcar Machado, *DJ* 05/06/2006, p. 33.)

Ao proferir o voto condutor do acórdão, o eminente Relator Desembargador Federal José Amilcar Machado destacou com propriedade o seguinte:

A pretensão dos impetrantes é que não sejam efetuados os descontos pretendidos pela impetrada, dos valores recebidos a título de adicional de insalubridade.

Observe, todavia, que não houve a realização de processo administrativo em que lhes fosse assegurada oportunidade de exercer defesa ampla, com observância do devido processo legal.

Como se sabe a garantia constitucional, em seu sentido processual, insere no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que tem como consectários a ampla defesa e o contraditório, exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, não atue de maneira abusiva ou arbitrária para que seu atos tenham legitimidade ético-jurídica.

Cumpra ter presente o magistério doutrinário de Alexandre de Moraes, para quem, o “devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitação do ilícito administrati-

vo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária ampla defesa". (*Direito Constitucional*, Atlas, 2ª Edição, 1997).

Cabe enfatizar, por necessário, a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, em decisão prolatada na AORMC 333/ES:

"O Estado em tema de punições de índole disciplinar ou de caráter político-administrativo, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade censória, o princípio da plenitude de defesa, pois – não custa enfatizar –, o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer sanção punitiva imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal." (*DJ-I* de 08/11/95, pág. 37.928).

Com efeito, far-se-ia necessária a realização de procedimento administrativo para a apuração do quantum a ser ressarcido, na forma do disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990, com a redação dada pela Medida Provisória 2.225-45, de 04/09/2001. E, ainda, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente mediante a anuência do servidor poderia ser efetuado o desconto.

Dessa forma, diante da discordância do impretrante com o desconto a ser efetuado, a Administração não pode, unilateralmente, privá-lo de parte de seus vencimentos/proventos, tendo em vista que o art. 46 da Lei 8.112/1990 não tem o alcance pretendido, o que qualifica a conduta como abusiva, em flagrante violação a direito constitucionalmente garantido.

Há que se ressaltar que não se nega à Administração o direito, e até mesmo o dever, de ressarcir-se pelos danos causados por seus agentes. Entretanto, não se pode olvidar que cabia à autoridade coatora descontar o valor que entende devido, com observância do devido processo legal.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal:

Artigo 5.º (...)

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Por outro lado, dispõe a Lei 9.784, de 29/01/1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 1.º. Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

No julgamento do AGRAG 21849/SC, relator o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

Proventos de aposentadoria. Alteração.

A alteração de proventos de aposentadoria pressupõe instauração de processo administrativo no qual seja assegurado ao servidor aposentado o lido direito de defesa. Descabe à Administração, a pretexto de corrigir situação irregular, adotar procedimento unilateral, desprezando os contornos próprios do "devido processo legal". A preterição da oportunidade de defesa do interesse ameaçado da servidora afeta a validade do ato impugnado no writ e assegura procedência à segurança, sem prejuízo a que a Administração reabra o caso, com observância dos cuidados reclamados pelo princípio do devido processo legal.

Ao negar seguimento ao Agravo de Instrumento 217.849-8-SC, o eminente Ministro Marco Aurélio destacou o seguinte:

1. (...) Conforme fez ver a Corte de origem, e insiste o Estado de Santa Catarina na ótica da legitimidade do ato praticado, a alteração dos proventos a que tiveram jus os Agravados, suprimindo-se certa parcela, não poderia ocorrer sem abrir-se oportunidade ao direito de defesa, ou seja, sem instaurar-se o processo administrativo a respeito. É hora de o Estado atinar para o afastamento do cenário jurídico-constitucional de posição de absoluta supremacia, considerada a relação jurídica com o servidor, quer se encontre em atividade, ou não.

2. Situações constituídas não de merecer, diante da presunção de legitimidade, análise segura, viabilizado o direito de defesa. Em momento algum, a Corte de origem adotou entendimento contrário aos incisos XXXVI e LV da Constituição Federal, no que asseguram a intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e acabado, da coisa julgada e a observância irrestrita do devido processo legal. Ao reverso, o que decidido mostra-se em consonância com as citadas garantias.

3. Pelas razões supra, conheço do pedido formulado pelo Agravante, mas o desacolho, mantendo, assim, o desfecho da controvérsia no âmbito da Justiça local.

4. Publique-se. Brasília, 19/06/1998. Ministro Marco Aurélio Relator.

Por fim, não assiste razão à apelante quando afirma que o impetrante foi submetido à sindicância, onde restou provada sua culpa pelo evento danoso, após processo regular, com observância do devido processo legal, tendo-lhe sido dada oportunidade de defender-se em todas as fases do procedimento administrativo a que foi submetido.

Com efeito, o processo administrativo instaurado tinha por objetivo verificar a responsabilidade do impetrante por danos causados em acidente automobilístico. Entretanto, não foram assegurados ao impetrante o devido processo legal e a ampla defesa, com a manifestação em todas as suas fases, no que se refere aos descontos, inclusive a respeito do valor ou do percentual a ser descontado, ou mesmo dos juros e correção monetária.

Isso posto, nego provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta.

É o meu voto.

# Segunda Turma

---

## Apelação Cível

**2002.38.00.054822-3/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves  
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Carmen Sílvia de Sousa Valadares  
Apelado: Valdir Carvalho de Oliveira  
Advogados: Dr. Manoel Frederico Vieira e outro  
Remetente: Juízo Federal da 28ª Vara – MG  
Divulgação: e-DJF1 de 27/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 28/02/2008

---

## Ementa

*Previdenciário e Processual Civil. Revisão de proventos. Sentença extra petita.*

I – Embora tenha sido expresso o autor, no item 2 da peça inaugural, no sentido de que não postulava na demanda equivalência do valor do benefício de que é titular com o número de salários mínimos a que correspondia a respectiva renda mensal inicial, mas com o de contribuição, na medida em que contribuía com o equivalente a 9,16 salários mínimos de contribuição e, passados os anos, seus proventos representavam o correspondente a 4,3, a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau, sem sequer fazer alusão ao assunto, condenou o réu a algo diverso, assim a aplicar, nos reajustamentos da aposentadoria objeto da lide, no período a contar da vigência da Lei 8.542/1992 até a edição da Medida Provisória 1.415/1996, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, a pretexto de preservar o valor real da prestação.

II – Caracterização, no caso, de vício de julgamento *extra petita*.

III – Recurso de apelação e remessa oficial providos.

## Acórdão

Decide a Segunda Turma, à unanimidade, dar provimento à Apelação e à Remessa Oficial, nos termos do voto do Relator.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 10/12/2007.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:*  
– O Instituto Nacional do Seguro Social manifesta recurso de apelação por meio do qual pede a reforma de r. sentença do Juízo Federal da 28ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais que, em ação sob procedimento ordinário a ele proposta por Valdir Carvalho de Oliveira, aposentado por tempo de

serviço a contar de 30 de dezembro de 1992, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na lide e, declarando incidenter tantum a incompatibilidade, com a ordem constitucional, do quanto disposto nos artigos 9 e 12 da Lei 8.542/1992, o condenou

*(...) a pagar ao autor as diferenças decorrentes do reajustamento do seu benefício previdenciário, a partir da vigência da Lei 8.542/1992, de acordo com a variação do INPC/IPC, o qual será aplicável até a*

edição da MP 1.415/1996, e a partir daí promover os reajustes subsequentes, respeitada a prescrição das parcelas anteriores a 18/12/1997.

A(s) renda(s) mensal(is) inicial(is) (RMIs) encontrada(s) mediante a observância do contido no parágrafo anterior, aplicar-se-ão os reajustamentos legais que se seguirem.

A correção dos valores atrasados devidos deverá ser apurada de acordo com a seguinte sequência de critérios: até junho/95 o IPC-r (Lei 8.880/1994); entre julho/95 e abril/96 o INPC/IBGE (MP 1.398/1996); a partir de maio/96 o IGP/DI (MP 1.415/96 e MP 1.663-10/1998, e Lei 9.711/1998, art. 10). O valor atualizado da condenação deverá ser acrescido, ainda, de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação nos termos da Súmula 204 do STJ, até 10 de janeiro de 2003. A contar de 11 de janeiro de 2003 (data da entrada em vigor do novo Código Civil), deverá o montante apurado em tal data ser acrescido de juros em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional nos termos do art. 406 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002). Esta taxa de juros corresponde, atualmente, à taxa referencial SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) para títulos federais acumulada mensalmente. Pela sua natureza, tal taxa deve ser computada isoladamente, sendo inacumulável com correção monetária, uma vez que também cumpre a finalidade desta.

Condeno o réu no pagamento de honorários advocatícios, ora arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (fls. 46).

Suscitando questão preliminar de nulidade do julgado, sob fundamento de ocorrência de vício de julgamento *extra petita*, argumenta, no mérito, inadmissível, no controle difuso de constitucionalidade das leis, atuar o juiz como legislador positivo, adotando critério de reajuste de benefício previdenciário diverso do estabelecido pelo legislador. Afirmo aplicável ao caso o duplo grau obrigatório da jurisdição, postulando, caso mantida a condenação, alteração dos critérios da atualização monetária dos valores devidos, e redução da taxa dos juros moratórios.

Sem apresentação de contra-razões, conforme certificado às fls. 54, verso, subiram os autos a esta Corte também para fins do reexame necessário do julgado.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves — Embora tenha sido expresso o autor, no item 2 da peça inaugural, no sentido de que não postulava na demanda equivalência do valor do benefício de que é titular com o número de salários mínimos a que correspondia a respectiva renda mensal inicial, mas com o de contribuição, na medida em que contribuiu com o equivalente a 9,16 salários mínimos de contribuição e, passados os anos, seus proventos representavam o correspondente a 4,3, a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau, sem sequer fazer alusão ao assunto, condenou o réu a algo diverso, assim a aplicar, nos reajustamentos da aposentadoria objeto da lide, no período a contar da vigência da Lei 8.542/1992 até a edição da Medida Provisória 1.415/1996, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, a pretexto de preservar o valor real da prestação.

Caracteriza-se, pois, no caso, de fato vício de julgamento *extra petita*, certo como, à luz do quanto disposto no artigo 460 do Código de Processo Civil, é defeso ao juiz proferir, a favor do autor, sentença de natureza diversa da pedida, ou condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Em tais condições, dou provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial para, anulando o julgado singular, determinar o retorno dos autos à origem, para que outra sentença seja proferida, em atenção e nos limites do objeto do litígio.

É como voto.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva e Francisco de Assis Betti.

# Terceira Turma

## Apelação Cível

**2005.35.00.014213-1/GO**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes  
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado)  
Apelante: José Ribeiro Cândido Araújo  
Advogado: Dr. Rodrigo Rodolfo Fernandes  
Apelante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra  
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias  
Apelados: Os mesmos  
Divulgação: e-DJF1 de 28/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 29/02/2008

## Ementa

*Civil. Servidão de passagem. Turbação. Perda de objeto. Indenização. Dano material e moral.*

I – Se no curso da ação de “reintegração de servidão” deixa de existir a turbação em face da qual se fez o pedido, porque refeita a estrada de acesso do autor ao seu imóvel rural, a pretensão perde seu objeto, tanto mais quando há informação do Incra de que a referida estrada será inserida em um corredor de cercas, dentro do assentamento rural que lhe pertence, para permitir o livre acesso do demandante, circunstância que sequer permite supor a ocorrência futura de uma nova turbação.

II – Qualquer pedido de indenização exige a demonstração do dano e da relação de causalidade desse com os fatos imputados lesivos ao requerente, de forma que se faz imprescindível para o acolhimento do pedido de dano material (incluindo lucros cessantes) a prova do prejuízo patrimonial, o que não se dá na hipótese, em que as pretensões se apresentaram somente por meio de mera alegação.

III – Constatada a ocorrência de desconforto temporário ao Réu, com reconhecidas dificuldades ao trânsito através de servidão de passagem existente (sem no entanto haver comprovado impedimento a este trânsito), cabe a fixação de compensação por este dissabor e inconveniente, a título de dano moral, fixada, no caso, em termos equitativos pela sentença.

IV – Apelações do Incra e do autor desprovidas.

## Acórdão

Decide a Turma negar provimento às apelações do Incra e do autor, por maioria.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 26/07/2007.

Juiz Federal *Saulo Casali Bahia*, Relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia:* — José Ribeiro Cândido Araújo, domiciliado em Uruaçu/

GO, ajuizou “Ação de Reintegração de Posse (servidão de passagem) c/c Reparação de Dano” contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, buscando “a retirada das cercas que estão obstruindo a

passagem do reclamante” a fim de garantir a servidão de passagem, e receber indenização pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência da impossibilidade de acesso ao seu imóvel.

Nos dizeres da sentença, dispõe a inicial (fl. 189):

Em sua petição inicial, às fls. 2-8, a parte autora aduz que: a) é proprietário de um imóvel rural denominado fazenda Novilho, situada no Município de Porangatu-GO, onde sempre desenvolveu, rotineiramente, atividades de produção agropastoril; b) na área de imóvel rural lindeiro, pertencente a Wolney Wagner Siqueira, desapropriado para fins de reforma agrária, foi instalado o Projeto de Assentamento Padre Josimo; c) em 23/04/2005, ao se dirigir para suas terras, viu obstruído o acesso, em razão dos trabalhos para delimitação das parcelas, dada a construção de uma cerca sobre a estrada; d) as atividades rurais referidas foram impedidas pela obstrução ao acesso provocado pela autarquia fundiária, gerando prejuízos de aproximadamente R\$ 100,00 (cem reais) por dia, bem como os oriundos de danos morais; e) além dos prejuízos pela obstrução da estrada de acesso, os futuros assentados provocam inúmeras e constantes incursões em suas terras, gerando transtornos pela prática de depreciações; f) invoca em seu favor os arts. 5º, XXIII, art. 170 III, da CF/1988, 1.228 e parágrafos, 1.383, 1.385, § 2º, do Código Civil.

Pede, *in letteris*: “seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela (art. 273, do CPC), no sentido de garantir o direito de propriedade, assegurando ao reclamante a servidão de passagem, determinado, em prazo exíguo a ser fixado por Vossa Excelência, a retirada das cercas que estão obstruindo a passagem do reclamante, com fixação de multa diária a cargo deste Douto Juízo em caso de descumprimento da ordem judicial, art. 273, do CPC, c/c art. 1.383, do Código Civil”, bem como “seja julgado em definitivo o pedido, reintegrando o autor na posse, garantindo a servidão de passagem, bem como seja a autarquia condenada a reparar os danos materiais e morais causados ao reclamante”.

Processado o feito, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido do autor para condenar o Incra em obrigação de pagar a José Ribeiro Cândido Araújo indenização por danos morais, fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), importância a ser corrigida desde a data do ajuizamento, acrescida de juros de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação (fl. 198).

Outrossim, deixou de condenar as partes nos ônus sucumbenciais, em razão da ocorrência da sucumbência recíproca (CPC, art. 21) e, por fim, deter-

minou que se oficiasse o Ibama, “dando ciência à autarquia ambiental, para as providências de mister, dos atos atentatórios ao meio ambiente narrados na contestação e outras peças de autoria do Incra” (fl. 198).

Irresignado, apela o autor (cf. peça de fls. 207-216), sustentando que, pela leitura dos depoimentos, comprova-se a existência da servidão de passagem; a impossibilidade de acesso à propriedade do autor, em razão da obstrução desta servidão; o erro do Incra ao demarcar os pontos das cercas, acarretando a obstrução da servidão de passagem do autor; e o período de obstrução de servidão de passagem, que se deu de 23/04/2005 a 19/09/2005.

Prossegue o apelante, argumentando que, comprovado, também por prova testemunhal, o prejuízo causado pelo Incra, faz jus ao recebimento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) (fl. 213) e lucros cessantes no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) (fl. 213), pois “não só perdeu com o pagamento dos fretes que se deslocaram em vão à fazenda, como também deixou de ganhar em virtude da impossibilidade de escoamento da produção (milho, arroz, soja, gado)” (fl. 212).

Tece, ainda, algumas considerações sobre a natureza do dano moral, e afirma que a quantia fixada pela sentença foi irrisória, não retratando a realidade sofrida pelo autor e estando inclusive abaixo do patamar jurisprudencial adotado para modalidade leve do dano moral, que gira em torno de 20 (vinte) salários-mínimos. Sugere, assim, a majoração do valor fixado a título de dano moral para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (fl. 214).

Também pretende a reforma da sentença para que se torne sem efeito a determinação de expedição de ofício para o Ibama, sob o argumento de que a presente demanda não engloba a pretensão de apuração de qualquer dano ao meio ambiente, podendo, se for o caso, o Incra adotar todos os meios legais para resolver as questões por ele apontadas, descabendo o impulso oficial.

Pleiteia, assim, a reforma da sentença para que sejam julgados totalmente procedentes os pedidos do autor, “reconhecendo a existência de ato abusivo, imoral e ilegal da recorrida, ferindo a honra e a moral do apelante, majorando os danos morais fixados tão-somente na quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), além de condenar o Incra no pagamento do dano material,

lucro cessante, honorários advocatícios e, ainda, seja declarada a improcedência da expedição de ofício para o Ibama” (cf. fl. 216).

Apela também a autarquia (fls. 222-233), alegando que, ao adquirir a propriedade da Fazenda Novilho pela desapropriação, como modo originário de aquisição, não fez qualquer declaração expressa em favor do apelado no sentido de permitir a continuação da alegada servidão de passagem (fl. 225); que nenhum confrontante se apresentou para reclamar limites e servidões, apesar da notificação na forma da lei, tanto que, se existia alguma servidão, ela se extinguiu quando a fazenda expropriada passou ao domínio público (fl. 226), não podendo mais ser objeto de reintegração, usucapião ou servidão de passagem, nos termos do art. 21, da Lei Complementar 76/1993, alterada pela Lei Complementar 88/1997, c/c o parágrafo único, do art. 191, da Constituição Federal/1988 (fl. 232); e que não havia qualquer registro de servidão à margem da matrícula do imóvel junto ao CRI competente, nos termos do art. 167 da Lei 6.015/1973, de forma que a alegada servidão era apenas aparente, sendo materializada por mera tolerância.

Assevera, ainda, que a construção da cerca não impediu a passagem, apenas foi dificultado o acesso, o que poderia ter sido reclamado diretamente à autarquia (fl. 229); que a estrada não foi cercada, como afirma o autor, o que houve foi um corte em dois pontos para a correção de curvas, sendo que o acesso ao imóvel vizinho se manteve livre para pessoas, animais e veículos (fl. 231); e que não houve esbulho por parte da autarquia, mas, ao contrário, parte da reserva legal da Fazenda Novilho foi esbulhada pelo autor, ao invadir uma área de 30 alqueires para extrair madeira como Aroeira, Baru, Capitão do Mato e outras espécies, o que se caracteriza como crime de invasão de terra pública, esbulho possessório, lesão ao meio ambiente e alteração de marcos de divisa (fl. 231).

Requer, assim, sob a afirmação de que “não restou comprovado qualquer iminência de desmoralização causada pelo Incra ao apelado”, a reforma da sentença para que seja exonerado da condenação ao pagamento de danos morais, com a inversão do ônus da sucumbência (fl. 233).

Processado o recurso, ascendem os autos a esta Corte, tendo o Ministério Público Federal, nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional

da República Elton Gherse, opinado pelo provimento do recurso do Incra, para que seja excluída a indenização por danos morais, e pelo não provimento da apelação do autor (fls. 264-266).

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia:* — Cinge-se a presente controvérsia em examinar a existência de obstrução de servidão de passagem, em decorrência da construção de cercas pelo Incra, na única estrada de acesso ao imóvel rural de propriedade do autor José Ribeiro Cândido Araújo; e, conseqüentemente, os prejuízos causados pela impossibilidade dessa passagem a fim de que se determine o pagamento de indenização por danos materiais e morais.

A sentença (fls. 189-198), julgando improcedente o pedido de reparação por danos materiais e prejudicado o pedido de reintegração de posse, “condenou o Incra em obrigação de pagar a José Ribeiro Cândido Araújo indenização por danos morais, fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), importância a ser corrigida desde a data do ajuizamento, acrescida de juros de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação” (fl. 198).

Insurge-se o Incra contra tal condenação, sustentando, em resumo, a inexistência de servidão sobre o imóvel em questão, assim como a não comprovação dos prejuízos, quer sejam materiais quer sejam morais, apontados nos autos pelo autor.

Também o autor impugna a condenação por entendê-la irrisória — abaixo do patamar jurisprudencial adotado para modalidade leve do dano moral, que gira em torno de 20 (vinte) salários-mínimos —, diante dos prejuízos que alega ter sofrido em razão dos transtornos causados pela impossibilidade de acesso ao seu imóvel, sugerindo, assim, a majoração do valor fixado a título de dano moral para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Pretende ainda o recebimento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 1.200,00 (um mil e du-

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro.

zentes reais) e lucros cessantes no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), argumentando que “não só perdeu com o pagamento dos fretes que se deslocaram em vão à fazenda, como também deixou de ganhar em virtude da impossibilidade de escoamento da produção (milho, arroz, soja, gado)” (fl. 212).

No que diz com a existência de servidão e a ilicitude do ato da autarquia, o julgador enfrentou a matéria, nos seguintes termos (fls. 192 a 195):

(...) Dos documentos que instruem o processo, mormente o juntado pelo Incra à fl. 39 (item 4), aliados aos depoimentos das testemunhas, é possível concluir, também, que o único acesso às terras do autor se dá por meio de uma estrada rural que corta o imóvel lindeiro, expropriado, para fins de reforma agrária, de Wolney Siqueira, local onde foi implantado o Projeto de Assentamento Padre Josimo.

Oportuno salientar que os assentados apenas detêm contrato de concessão de uso, sendo o Incra o proprietário das terras limítrofes por onde passa a servidão. A existência da servidão, aliás, é fato admitido pela autarquia fundiária em diversas ocasiões, fato confirmado pelos depoimentos testemunhais.

(...)

Mister saber se essa modificação de traçado da servidão, que, por si só não implica cometimento de ato ilícito, implicou algum tipo de prejuízo material ou moral ao serviente, ora autor.

Como se extrai do Código Civil, o ato ilícito somente se materializaria se houvesse a remoção da servidão de um local para outro, pelo dono do prédio dominante, o Incra, no caso, se houver ‘considerável incremento da utilidade e não prejudicar o prédio serviente’.

Para isso, mister analisar os documentos e demais provas que instruem o processo.

A foto à fl. 14 mostra cercas de arame erigidas sobre o leito de uma estrada secundária de terra. O mesmo se vê à fl. 16. Tais registros fotográficos não consubstanciam prova cabal da alegada obstrução da via rural e materialização de esbulho.

O Juízo presumirá que tais fotos, em que pese a ausência de marcos distintivos ou sinais que relacionem o local fotografado à narrativa inicial, efetivamente dizem respeito aos dois pontos em que a cerca erigida pelos assentados, segundo projeto preliminar a eles fornecido pelo réu, mormente pela ausência de impugnação nos autos quanto à respectiva autenticidade.

Assim, a impressão que se tem é a de que o trânsito ali não foi afetado sobremaneira, pois, ainda que houvesse necessidade de algum desvio para fora do leito da estrada, permaneceu transitável.

De fato, do depoimento das testemunhas da parte autora, colhidos por precatória, em termos às fls. 138-9 e 140-1, extraem-se as afirmações de que não teria sido possível chegar à sede da fazenda do autor com um caminhão, pois havia muitas grotas.

Todavia, não se pode precisar exatamente a acepção das testemunhas quanto ao termo grotas, utilizado por ambas, cuja denotação pode ser de braços de rios ou represas, nas fotos a que se fez menção antes, não é possível ver qualquer acidente na superfície lateral à cerca que invadiu a estrada, salvo capim e outra vegetação rasteira, que não impediria a passagem, à margem da via, de veículos, pedestres ou semoventes.

Essa impressão é confirmada pelo Relatório Técnico à fl. 39, de onde retira que o acesso não foi impedido, que a cerca cortou apenas duas pequenas curvas na estrada que materializa a servidão, trecho que, somado, não chega a 80 metros, e que, na lateral do trecho obstruído, havia apenas pastagem.

De outra parte, dada a inconsistência das provas carreadas pelo autor aos autos, não é possível admitir que houve obstrução da estrada. Sequer foi provada, salvo pela testemunha, conforme termo à fl. 138-9, a alegação de que um caminhão fretado pelo autor teria sido obrigado a retornar pela estrada, pela impossibilidade de passar adiante dos pontos de estrangulamento provocados pelo réu. Não existe nos autos nota de serviço, sequer um recibo do valor do referido frete, que se afirmou ser de R\$ 1.2000,00 (fl. 178).

Assim, não está caracterizado nos autos o esbulho, pela obstrução total da pista, mas turbacão, pela dificuldade (mínima) imposta ao autor pelos assentados do PA Padre Josimo, sob responsabilidade do réu, que erigiram a cerca de arame sobre pontos da estrada de acesso às terras do primeiro.

Essa dificuldade, que pode-se concluir, não implicou óbice total de trânsito pela servidão, deve ser considerada pelo Juízo, pois consentida pelo Incra, por seu preposto, autor, conquanto tenha procedido rapidamente à regularização dos pontos em que a passagem descrita foi dificultada, confirma que essa situação, ainda que não tivesse contornos tão drásticos, merecia ser corrigida.

Dos autos, retira-se que um veículo médio, como o exposto na foto à fl. 49, bem como referida pela testemunha à fl. 167, poderia passar, como se alegou ter passado, pelos obstáculos colocados no percurso rotineiro, mediante leve desvio de rota.

O depoimento prestado pela segunda testemunha arrolada pelo pólo ativo afirma que os limites impostos na estrada o obrigaram a retornar pela mesma via, sem cumprir seu intento de carregar a carreta que dirigia com o gado do autor. A alegação deixa claro que apenas um veículo de grande porte não poderia transitar pela estrada.

Outrossim, para finalizar, a testemunha arrolada pela parte requerente esclarece, à fl. 138, que não teria conseguido entrar na fazenda com o caminhão que entregaria um trator, mas aduz, mais adiante, de “qualquer caminhão tinha *dificuldade* de acesso a propriedade do reclamante com essa cerca que foi construída” (grifei). Dificuldade de trânsito não é impossibilidade. Ainda que haja pequena contradição interna no testemunho, essa segunda parte harmoniza-se com o restante do material probatório acostado aos autos.

Como se observou, não se comprovou nos autos a ocorrência de esbulho, isto é, não há provas de que o autor tenha sido despojado, contra sua vontade, da posse de seu imóvel, sem que assistisse ao violentador qualquer direito ou autoridade a justificar o ato.

Patente ficou, pelo aferido na documentação e depoimentos que instruem o processo, a materialização de turbação, que é “fato injusto, ou todo ato abusivo, que venha ferir direitos alheios, impedindo, ou procurando impedir o seu livre exercício” (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 15ª ed., p. 836).

(...)

No caso, o ato lesivo consistiu na turbação contra a posse do autor, pelas dificuldades impostas ao acesso viário às suas terras. O depoimento de fl. 167, prestado pela testemunha do Inbra, técnico agrícola vinculado à autarquia, foi elucidativo: “o anteprojeto elaborado pelo Inbra e entregue aos assentados do Projeto Padre Josimo não constaram todas as curvas existentes da estrada”.

Visualizo clara a materialização da negligência por parte do Inbra, termo que denota “falta decorrente de não se acompanhar o ato com a atenção com que deveria ser acompanhado; é a falta de diligência necessária à execução do ato” (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 15ª ed. Rio de Janeiro, 1998, p. 553).

Assim, caracterizada a ilicitude do ato, por ter sido cometido por negligência. Passo a analisar os efeitos de tal ato, a saber, os danos eventualmente dele decorrentes.”

Pelo que se pode observar da sentença, os fatos que lastreiam o processo não permitem concluir que o requerente tenha sido tolhido no seu direito de pas-

sagem, que apenas foi dificultada e, mesmo assim, em circunstâncias eventuais. De qualquer forma, considerando que o Inbra já promoveu a recomposição dos pontos em que a cerca do assentamento rural criava essa dificuldade, bem como pelo fato de afirmar que há previsão no projeto de assentamento da estrada ser mantida em um corredor entre cercas, para a continuidade do acesso livre ao imóvel do autor, de forma que, não se evidenciando sequer o temor de uma futura turbação no seu direito de passagem, tenho que o pedido de manutenção da servidão perdeu seu objeto (cf. docs. fls. 39 e 69).

Da mesma forma, tenho que não merece reforma o reconhecimento da improcedência do pedido de reparação civil por dano material e lucro cessante, pois como bem salientou o magistrado (fl. 196) e o membro do Ministério Público Federal (fl. 266), do exame dos documentos, percebe-se que o autor se restringiu a meras alegações, não apresentando qualquer prova desse prejuízo, o que é imprescindível, considerando, principalmente, que se trata de fato de fácil comprovação.

A caracterização do dano material passa pela demonstração da perda pecuniária e patrimonial da vítima, bem como a sua responsabilização pela demonstração de que um ato do requerido tenha provocado o suposto dano, demonstrando haver entre eles uma relação de causalidade.

Na hipótese dos autos, é possível se ter a certeza de que a cerca feita pelo Inbra, para a divisão dos lotes dos assentados, causou embaraço no acesso do requerente ao seu imóvel, pois o fato sequer é negado pelo demandado, mas não há demonstração de que, desse embaraço, tenha decorrido prejuízo à atividade rural do autor. Os depoimentos das testemunhas, quando dizem que tiveram muita dificuldade para fazer a entrega de um trator na fazenda (fls. 138-139), ou de que não foi possível pegar animais do autor com um caminhão trucado (fls. 140-141), não são suficientes para demonstrar de que maneira essas ocorrências representaram uma perda patrimonial para o autor, cuja prova lhe incumbia.

No que tange à questão do dano moral, tenho que a sentença deve ser mantida, já que o Inbra não nega haver criado o já referido embaraço ao Autor, e este embaraço foi descrito pelos testemunhos de Sansão Pereira da Silva (fl. 138), Vavá Ferreira Mendonça (fl.

140), José Carlos Pinheiro (fl. 167) e Valdir Gomes da Cruz (fl. 168). E este embaraço, tanto que inadequado, foi desfeito pela Ré, posteriormente, como confirmado nos autos. Cabe, assim, uma compensação pelo embaraço provocado, que de modo prudente e proporcional, ao meu sentir, foi fixada em primeiro grau na importância de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) acrescida de juros, e que mantenho. Do exposto, nego provimento aos apelos.

É o voto.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Data venia* da divergência, vou acompanhar o Juiz Federal Saulo Casali. Apesar do pouco valor, dois mil reais, já há uma satisfação para o autor. Na verdade, o fato de se começar a fazer a cerca já causou um aborrecimento ao dono do terreno. Se não houvesse uma interferência do Poder Judiciário, poderia até haver briga.

Assim, *data venia* da divergência, acompanho o Relator.

## Voto Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: —* Senhor Presidente, vou divergir do Relator até na concessão do dano moral para dizer que o abalo não é significativo, a mera mágoa, o mero constrangimento só por si não justifica a imposição de dano moral.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali: —* Só mantive o patamar tão baixo, porque alguma conseqüência deve haver. Implantar uma cerca no meio de uma servidão e ficar por isso mesmo, sem compensação alguma. A pessoa se aborrece, diligência, constitui advogado.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: —* Mas digo-lhe isso, Juiz Federal Saulo Casali, porque se formos entender dano moral para essas questões com condenações simplesmente pelo caráter punitivo, penso que dois mil reais a ser imposto ao Incra não pune ninguém. Não há um abalo significativo. E este abalo que é criado de dentro para fora é mais uma representação interna da pessoa a partir do que ela verifica, mas aí é uma questão meramente subjetiva.

Vejo condenações por dano moral de duzentos reais, de trezentos reais e, a meu ver, são condenações que nem afetam a questão reparadora, nem tutelam a questão punitiva.

Vou discordar de Vossa Excelência nesse ponto do dano moral para dar provimento ao recurso do Incra, negar provimento ao recurso da parte e condenar o autor na sucumbência.

# Quarta Turma

## Agravo de Instrumento

2007.01.00.039418-8/PA

Relator: O Exmo. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes  
Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)  
Agravante: Josué Bengtson  
Advogados: Dr. Frederico Coelho de Souza e outros  
Agravado: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. José Augusto Torres Potiguar  
Divulgação: e-DJF1 de 20/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 21/02/2008

### Ementa

*Processo Civil. Agravo de instrumento. Improbidade administrativa (Lei 8.429/1992). Pressupostos de admissibilidade presentes. Decisão que recebe a petição inicial fundamentada. Temas de mérito que não podem ser objeto de análise pelo Tribunal. Inépcia do pedido. Indisponibilidade. Possibilidade de atingir bens anteriores ao ato ímprobo. Bloqueio das contas correntes. Impossibilidade. Quebra do sigilo bancário e fiscal. Decisão fundamentada.*

I – Somente deverá ser rejeitada a petição inicial quando o julgador se convencer de plano, da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita – art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992 –, o que não se verifica ser a hipótese dos autos.

II – A decisão que recebeu a ação de improbidade administrativa cumpriu o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, pois, ainda que concisa, explicitou suficientemente os motivos do recebimento da petição inicial. O juiz não está obrigado a analisar um a um os fundamentos apresentados pela defesa

III – As questões de mérito que foram suscitadas pelo ora agravante, como a inexistência do dolo e a ausência de prejuízo ao erário, ainda não foram analisadas pelo MM. Juízo Federal a quo, não sendo passíveis de análise por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

IV – Não há que se falar em inépcia do pedido indenizatório formulado pelo d. Ministério Público Federal, haja vista não ter o ora agravante logrado demonstrar, neste momento, a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no art. 295 do Código de Processo Civil.

V – A indisponibilidade de bens nos termos do art. 7º da Lei 7.429/1992 pode atingir bens adquiridos antes da prática do ato delituoso. Precedente desta Corte Regional Federal.

VI – Merece reforma a r. decisão agravada quanto ao bloqueio das contas correntes do agravante, pois tal medida implica indisponibilidade de valores indispensáveis à sua subsistência. Precedentes desta Corte Regional Federal.

VII – Apresenta-se correta a decisão que decreta a quebra de sigilo fiscal de forma fundamentada.

VIII – Embora o sigilo bancário esteja protegido no texto constitucional, não se trata de direito absoluto, sofrendo mitigação, mormente quando sobrepujar o interesse público sobre o particular, ou em face de circunstâncias hábeis a demonstrar a possibilidade da prática de conduta delituosa, como em tese, apresenta-se a hipótese dos autos. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional Federal.

IX – Agravo parcialmente provido.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar parcial provimento ao agravo de instrumento.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 22/01/2008.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, Relatora convocada.

### Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho*: — Trata-se de agravo de instrumento interposto, com pedido de efeito suspensivo, por Josué Bengtson contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Pará que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, recebeu a petição inicial e decretou a indisponibilidade dos bens e a quebra dos sigilos bancário e fiscal do agravante (fls. 41/47).

O ora agravante sustentou, em resumo, que:

a) Dispõe o art. 295, I, do CPC, que a petição será indeferida quando for inepta, entendendo-se como tal a que não especificar o pedido (parágrafo único, I, do art. 295 do CPC) (fl. 12);

b) (...) se o MPF pretende o ressarcimento de supostos valores que teriam sido pagos indevidamente pelas Unidades Móveis de Saúde, com fundamento em licitações alegadamente irregulares, teria ele, MPF, forçosamente, que explicitar e quantificar o montante que pretende ver ressarcido, e não, simplesmente, somar os valores da emendas apresentadas pelo parlamentar, como fez (fl. 12);

c) Culminou a impropriedade com o arbítrio perpetrado no bloqueio do valor irreal de oito milhões seiscentos e trinta mil reais (R\$ 8.630.000,00), que *teoricamente* teria sido liberado pelas emendas do então parlamentar Josué Bengtson, sem ao menos examinar a documentação acostada à manifestação preliminar para, com pouco esforço, visualizar que no máximo 10% (dez por cento) deste valor havia sido gasto na compra de ambulâncias das empresas Planam e Santa Maria” (fl. 13);

d) (...) merece repúdio a acusação, na medida em que a má-fé, ou seja, a consciente e deliberada intenção de cometer ato contrário ao direito, é elemento essencial para a configuração da improbidade administrativa, e no presente caso, não restou provada, sequer indiciariamente (...) (fl. 19);

e) A jurisprudência pátria evidencia *que a comprovação efetiva do dano, desde a exordial, se reveste de pressuposto essencial da improbidade*. Sem

a comprovação efetiva e preliminar pelo “parquet”, do *quantum* desviado, não há que se falar em improbidade” (fl. 23);

f) (...) a pretensão genérica do MPF de o agravante nessa ação devolver à União a integralidade dos valores destinados pelas emendas – como se não tivesse havido a aquisição de viatura de qualquer espécie e qualidade, por qualquer uma das dezenas de prefeituras beneficiadas – não encontra sustentação legal, afeiçoando-se, ademais, desarrazoada, a determinação de bloqueio integral, genérico e indiscriminado, de bens do agravante (fls. 25/26);

g) Faz-se imprescindível – porque medida de exceção – que o Autor demonstre que o Réu está adotando medidas com vistas a se esquivar de possível responsabilidade pelo ressarcimento do hipotético dano, o que não é o caso pois como dito anteriormente o MPF não forneceu sequer indícios de que o *agravante estaria tentando dilapidar seu patrimônio até mesmo por que o agravante tem o seu patrimônio todo declarado, plenamente compatível com os seus níveis de rendimentos e, mais que isso, continua a desempenhar suas atividades, evidenciando estar em plena atividade, razão pela qual não se justifica a medida extrema e desarrazoada do excessivo bloqueio de seus bens* (...) (fl. 27);

h) (...) a decisão não analisou a peça preambular, senão teria verificado que os bens do agravante são anteriores à data dos atos a eles atribuídos como ímprobos (...) (fl. 30); e

i) (...) o puro e simples pedido requerendo a quebra dos sigilos bancário e fiscal do agente público, sob argumento de que são necessários para a verificação de um possível enriquecimento ilícito presumido, deverá vir precedido do nexo de causalidade, consistente do exercício da função pública de maneira grave pois, do contrário, prevalece a manutenção do direito fundamental do sigilo de dados do investigado (fl. 36).

À fl. 293, o MM. Desembargador Federal reservou-se para examinar a possibilidade de concessão do efeito suspensivo para após as informações prestadas pelo MM. Juízo Federal *a quo*.

Informações do MM. Juízo Federal *a quo* às fls. 296/297.

Por meio da decisão de fls. 299/301, indeferi o pedido de concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

O agravado apresentou contra-razões às fls. 351/354.

O d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 355/358, na condição de fiscal da lei, manifestou-se pelo improvimento do presente agravo.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho*: — Presentes os requisitos de admissibilidade deste recurso, dele conheço.

Verifica-se dos autos que o agravante está a se insurgir contra a r. decisão do MM. Juízo Federal *a quo*, que, em síntese, recebeu a petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa e determinou o bloqueio dos bens e a quebra dos sigilos bancário e fiscal do requerido, ora agravante.

Afigura-se, *data venia* de eventual entendimento em contrário, não assistir razão ao agravante.

Inicialmente, não há que se falar em inépcia do pedido indenizatório formulado pelo d. Ministério Público Federal, haja vista não ter o ora agravante logrado demonstrar, neste momento, a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no art. 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil, vejamos.

O mencionado pedido encontra-se disposto da seguinte forma, na petição inicial do *Parquet* Federal, em ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, oferecida em desfavor do ora agravante, *verbis*:

Requer o MPF que este Juízo, após a concessão das medidas liminares acima requeridas, *que deverão ser deferidas sem a oitiva prévia do demandado, se digne em determinar*:

(...)

h) Julgar procedente a presente demanda, nos seguintes termos:

(...)

h.2) condenando o réu nos termos do art. 12, incisos I e II, da Lei 8.429/1992, impondo-lhe as seguintes sanções: a) na *hipótese do art. 9º*, ressarcimento do dano fixado em R\$ 8.630.000,00 (oito milhões, seiscentos e trinta mil reais), valor que deverá ser corrigido monetariamente e acrescido de juros legais; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; b) na *hipótese do art. 11*, ressarcimento integral do dano, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente e acrescidos de juros legais, tudo apurado em posterior liquidação de sentença; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do acréscimo patrimonial; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (fls. 0079/0081).

Dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 295, parágrafo único:

Considera-se inepta a petição inicial quando:

I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III – o pedido for juridicamente impossível;

IV – conter pedidos incompatíveis entre si.

Não ocorrendo nenhuma das hipóteses previstas no art. 295, I a IV, do Código de Processo Civil, afasto a alegação do agravante de ser inepta a petição inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal.

É importante ressaltar que somente deverá ser rejeitada a petição inicial quando o julgador se convencer de plano, da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, a teor do que prescreve o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, o que não é o caso dos autos.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Klaus Kuschel (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

Não é o que ocorre na espécie, em que a questionada ação de improbidade encontra-se revestida dos pressupostos de admissibilidade, sendo acertada a r. decisão do MM. Juízo Federal *a quo*.

*In casu*, a petição inicial descreve fatos que estão a configurar, em tese, atos de improbidade administrativa descritos na Lei 8.429/1992. É o que se colhe da leitura dos excertos a seguir transcritos extraídos da petição inicial da mencionada ação civil pública. Confira-se:

Consta que Josué Bengston apresentou emendas orçamentárias, contemplando Municípios no Estado do Pará com emendas para a área da saúde, no interesse do bando, com vistas a favorecer sistemática e ilícitamente as empresas manipuladas por seu núcleo empresarial.

O demonstrativo sintético de emendas apresentadas por Josué Bengston para ações potencialmente destinadas à aquisição de unidades móveis de saúde, objeto das licitações fraudadas pela organização investigada, totalizam R\$ 8.630.000,00 (oito milhões, seiscentos e trinta mil reais) somente no período de 2002/2004 (fls. 59/64 do PA 112PA<sup>1</sup> e Doc 1 e Doc 2 do CD\_Resumo anexos), ressaltando que as atividades do grupo tiveram início antes desse período e, também, o próprio mandato do parlamentar que se iniciou em 1999.

É certo que a proposição de emendas aos projetos de Lei Orçamentária Anual corresponde a atividade inerente ao desempenho do mandato parlamentar. Contudo, restou provado que o demandado, na verdade, direcionou as aludidas emendas no contexto das atividades da organização criminosa.

Tanto é que, em razão da prática de seus atos de ofício, Josué Bengston previamente acertava com Darci José Vedoin e Luiz Antônio Trevisan Vedoin o recebimento de vantagens indevidas como contrapartida às emendas apresentadas e executadas.

Como prova, citamos o depoimento de Luiz Antônio Tresivan Vedoin perante o Juízo da segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso (fls. 65 do PA e Doc 3 fl. 31 do CD\_Resumo anexos) sobre o “esquema” Planam no Estado do Pará:

“que no Estado do Pará, o interrogando realizou licitações nos seguintes municípios (...); que todas essas licitações estavam direcionadas e com o conhecimento dos prefeitos; que esses municípios foram beneficiados com emendas dos Deputados

Josué Bengston, Raimundo Santos e Renildo Leal” (grifo nosso)

Da mesma forma, urge frisar o depoimento de Darci José Vedoin também perante o Juízo da segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso (fl. 68 do PA e Doc 4 fl. 13 do CD\_Resumo anexos) sobre o “esquema” Planam, especificadamente em relação ao Deputado Josué Bengston, ora demandado:

“que conheceu o parlamentar através do deputado Nilton Capixaba, no ano de 2001; que o reinterrogando nunca chegou a acertar com o parlamentar um percentual de comissão sobre o valor das emendas a serem apresentadas para aquisição de unidades móveis de saúde; *que o parlamentar perguntou ao reinterrogando “quanto era que o pessoal estava cobrando”, referindo-se à comissão que os parlamentares cobravam por fazer as emendas;* que o parlamentar disse que não cobraria isso tudo e que, se caso viesse a precisar, indicaria para o reinterrogando para onde deveria ser feito algum depósito; *que também deixou bem claro que esses depósitos não seriam a seu favor, mas para entidades;* que o responsável por fazer o contato com os municípios era o próprio parlamentar; que o deputado indicava o nome do prefeito a ser procurado para tratar acerca dos detalhes do direcionamento da licitação; que por parte das empresas do reinterrogando e Luiz Antônio, como representante comercial, comparecia Jair Costa”; (grifos nossos)

Há comprovação que Josué Bengston recebeu, em contrapartida à sua participação no “esquema”, um cheque assinado por Darci Vedoin no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), em 18/09/2006; depósitos em dinheiro nos valores de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais) na conta da Igreja do Evangelho Quadrangular (Agência 1232-7, Conta 7074-2, Banco do Brasil), respectivamente nos dias 15/02/2001 e 11/04/2001; uma transferência bancária, via “DOC”, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), oriundos da conta da empresa PLANAM (Agência 3325-1, Conta 14054-6, Banco do Brasil) tendo por beneficiário o próprio Josué Bengston (Agência 1542, Conta 132013, HSBC Bank Brasil SA), em 23/05/2003; e um depósito em dinheiro no valor de R\$ 14.992,00 (quatorze mil, novecentos e noventa e dois reais) em outra conta de própria titularidade (Agência 3596-2, Conta 269206-6, Banco do Brasil), em 11/05/2004.

(...)

Reforçando a comprovação da origem desse dinheiro, urge atentar para o depoimento de Darci José Vedoin perante o Juízo da segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso (fls. 66/67 do

<sup>1</sup> Procedimento Administrativo PR/PA 1.23.000.003613/2006-42, numeração do MPF

PA e Doc 3 fls. 82/83 do CD\_Resumo anexos) sobre o “esquema” Planam, *especificadamente em relação à origem dos valores acima explanados e sua destinação ao ora demandado*:

“que o documento, de fls. 25 do avulso V, refere-se à contabilidade dos pagamentos realizados, de acordo com os documentos de fls. 34 e 36 de mesmo avulso; que os depósitos de fls. 34 foram destinados à Igreja Evangélica Quadrangular, a pedido parlamentar; que os depósitos, de fls. 36 e 37, do avulso V, ocorreram na conta do deputado, nos valores de R\$ 5.000,00, em 23/05/2003, e R\$ 14.992,00 em 11/05/2004, respectivamente; (...) (fls. 0063/0067).

Por outro lado, na r. decisão agravada, o MM. Juízo a quo explicitou, ainda que de modo perfunctório, os motivos do recebimento da petição inicial, conforme se pode constatar do excerto a seguir transcrito:

Em análise tangencial, de conhecimento perfunctório, tenho presente a plausibilidade da pretensão liminar.

A medida requerida objetiva a decretação da indisponibilidade dos bens do requerido, bem como o seqüestro, como meio de garantir eventual condenação indenizatória buscada na ação de improbidade administrativa, exigindo a presença de requisitos de *fumus bonis juris* e *periculum in mora*.

A Constituição Republicana de 1988, ao vincular o exercício da atividade administrativa aos ditames da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37), também erigiu medida repressiva à improbidade administrativa, por violação desses princípios, ao editar o texto do § 4º, do art. 37: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (grifei).

A Lei 8.429/1992 disciplinou o permissivo constitucional, especificando os atos de improbidade e as sanções pertinentes, a teor dos arts. 9º, 10, 11 e 12.

Postas as premissas, evidencia-se necessária a indisponibilidade dos bens do requerido diante dos indícios trazidos com a inicial, mediante documentação constante do Procedimento Administrativo 1.23.000.003613/2006-42 – PR/PA, de onde se infere a gravidade dos fatos imputados.

Dentre os documentos, podem-se destacar cópias de cheques e extratos de depósitos em favor do demandado e da Igreja Evangélica Quadrangular, com a qual o requerido tem ligação, entre os

anos de 2000 e 2004, onde constam como Emitente/Depositante Darci José Vedoin e Planam Ltda. (fls. 78/84), dois dos principais envolvidos no famoso esquema de corrupção.

Demonstrativo, produzido no âmbito da CPMI das “Ambulâncias”, de emendas apresentadas pelo parlamentar, destinadas à aquisição de unidades moveis de saúde, no período de 2000/2006, coincidente em parte com o período de depósitos mencionado supra (fls. 69/74).

Cópia dos termos de interrogatório prestados por Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Darci José Vedoin à Justiça Federal em Mato Grosso, informando a forma de participação do requerido no já notório esquema de corrupção.

Tais documentos corroboram modus operandi narrado pelo MPF às fls. 17/22, atribuído ao requerido, denotando, prima facie, a possível ocorrência de práticas tipificadas nos arts. 9º, I e IX, e 10, I, V, VIII, IX e XII da Lei de Improbidade.

Presente, portanto, o *fumus bonis jûris*.

No que concerne ao perigo na demora, resta presente, ante a possibilidade de dilapidação do patrimônio do demandado e do vulto do possível dano causado ao erário (R\$ 8.630.000,00). Assevero, por oportuno, em face da manifestação do requerido, que critério apontado pelo MPF para aferição do possível prejuízo ao erário, consistente nas emendas apresentadas pelo parlamentar para a compra de ambulâncias, mostra-se o possível e razoável no presente momento processual, sem prejuízo de sua exata aferição no decorrer da instrução processual.

Em face do exposto e com fulcro no art. 7º e 16 da Lei 8.429/1992, Concedo, em parte, a liminar, para decretar a indisponibilidade dos bens de Josué Bengtson, nos termos apontados na letra “a” e parte da letra “c” da inicial, ressalvadas as verbas de natureza comprovadamente alimentar. Transcrevo os itens mencionados, nas partes em que interessam, de forma a facilitar o cumprimento da decisão, ver-bis:

a) a indisponibilidade dos bens do demandado (móveis e imóveis), no limite de R\$ 8.630.000,00 (oito milhões seiscientos e trinta mil reais) tendo por base as emendas apresentadas pelo ex-parlamentar no período de 2000/2004 potencialmente destinadas à aquisição de unidades móveis de saúde (fls. 59/64 do PA e Doc 1 e Doc 2 do CD\_Resumo anexos) devendo ser oficiado aos registro de imóveis de Ananindeua/PA, Belém/PA, Brasília/DF e, assim como o Detran, dos Estados do Pará e do Distrito Federal para a efetivação da medida;

(...)

c) (...) indisponibilizar todos os valores encontrados nas contas bancárias (contas correntes

ou qualquer tipo de aplicação financeira) do demandado, devendo qualquer tipo de movimentação, ser antecedida de decisão desse juízo, mediante a comprovação da necessidade e da origem dos recursos movimentados, evitando-se, desta forma, a possível movimentação de acréscimo patrimonial indevido decorrente da improbidade praticada pelo demandado;

Defiro os pedidos de quebra dos sigilos bancário e fiscal do demandado, no intuito de aferir a verdadeira extensão do acervo patrimonial do requerido, tendo em vista a inexistência de garantias absolutas, a supremacia do interesse público e a fim de resguardar a regular administração da justiça, determinando que sejam requisitadas à Receita Federal e ao Banco Central informações acerca das declarações, dos bens, rendas e valores depositados em contas bancárias em nome do requerido, no período investigado (nesse diapasão, STJ – AGA – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 445996)

Oficie-se aos órgãos mencionados na inicial (registro de imóveis de Ananindeua/PA, Belém/PA, Brasília/DF, Detran, dos Estados do Pará e do Distrito Federal, à Receita Federal e ao Banco Central), para cumprimento, bem como às Justiças Federal, Estadual e do Trabalho, comunicando a indisponibilidade decretada na presente decisão.

Indefiro o pedido de seqüestro dos automóveis elencados na letra “b”, uma vez que a indisponibilidade dos mencionados bens, já deferida, é suficiente a garantir eventual ressarcimento, tendo em vista que os automóveis, em princípio, devem possuir registro nos Detran’s, tratando-se, portanto, de bens cuja alienação, transferência ou doação é, em princípio, controlável e aferível pela via da indisponibilidade.

Recebo a petição inicial, tendo em vista que, face à fundamentação adotada supra, não há evidência preliminar de ausência de ato de improbidade ou de improcedência da ação (art. 16, parágrafo 8º da Lei 8.429/1992). (fls. 42/45).

De fato, o recebimento da petição inicial de ação de improbidade administrativa deve ser feito por meio de decisão fundamentada, conforme entendimento já esposado por esta Corte Regional Federal, todavia essa cognição inicial não precisa ser extensa, exauriente, pois esgotaria o objeto da lide e representaria pré-julgamento.

Nesse limiar entre a prelibação e o mérito (repite-se ainda que sucintamente) o MM. Juiz *a quo* desenvolveu raciocínio concatenado e suficiente ao momento processual do ato judicial questionado.

Por outro lado, a argumentação do agravante no sentido de ser excessivo o bloqueio do montante indicado pelo Ministério Público Federal também não merece prosperar.

Não restou demonstrado que, consoante afirma o agravante, apenas 10% (dez por cento) desse valor foi efetivamente utilizado para a aquisição das unidades móveis de saúde. Destarte, como bem observou o agravado, em suas contra-razões, “(...) afigurou-se razoável tomar por base os dados disponíveis correspondentes às emendas subscritas pelo agravante nos anos de 2000 a 2004, ou seja, possivelmente a menor do que foi liberado indevidamente, uma vez que a legislatura do demandado estendeu-se até fevereiro de 2007” (fl. 353).

Ainda a esse respeito, deve ser considerado que o d. Ministério Público Federal, no parecer da lavra do em. Procurador Regional da República, Dr. Luiz Augusto Santos Lima, asseverou que:

Efetivamente a emenda parlamentar não implica em execução financeira posto cuidar-se apenas de lançamento na proposta orçamentária da União. O dano efetivo, em termos financeiros, a ser reparado importa sobre o que tenha sido executado, ou seja, efetivamente dispendido, pago.

Em caso, efetivamente a inicial reporta-se a valores totais pertinentes à proposta orçamentária, que, em sua integralidade, pode não ter sido executada, como alega o Agravante.

Todavia, pelos próprios termos da inicial, não se tem a comprovação de extrato emitido por órgão oficial do quanto que foi executado financeiramente com base no orçamento da União, composto pelas emendas parlamentares apresentadas pelo Agravante.

Desta forma, em face do princípio da precaução, milita em favor do interesse público a indisponibilidade dos bens ao valor do dano, *prima facie*, pertinente ao valor das emendas parlamentares na sua integralidade. (fl. 357).

Outrossim, quanto ao periculum in mora, cumpre mencionar que o *modus operandi* de que se valia o agravante, beneficiando terceiros e até entidades religiosas, denota sua intenção em ocultar a origem dos valores recebidos indevidamente como contrapartida à sua participação no esquema de corrupção. Além do mais, impossível se faz in casu a prova do elemento subjetivo consistente em “intencional vender”.

Igualmente não merece acolhida o argumento sustentado pelo agravante no sentido de que a indis-

ponibilidade patrimonial não pode recair sobre bens adquiridos em período anterior à prática dos supostos atos de improbidade.

Com efeito, esta Corte Regional Federal já se posicionou no sentido de que a indisponibilidade de bens nos termos do art. 7º da Lei 7.429/1992 pode atingir bens adquiridos antes da prática do ato delituoso. Esse entendimento foi adotado no precedente a seguir transcrito:

Ação de improbidade administrativa. Cautelar de indisponibilidade de bens. Nulidades processuais inexistentes. Ausência de perda de eficácia da medida cautelar. Competência da Justiça Federal. Legitimidade ativa do Ministério Público. Não-Ocorrência de litispendência. Procedimento administrativo. Natureza inquisitorial. Indisponibilidade. Possibilidade de atingir bens anteriores Ao ato ímprobo. inadmissibilidade de inclusão de pedido novo. Proporcionalidade da medida. Desnecessidade de sobrestamento.

I – Sentença que não adere à tese do recorrente não pode ser considerada não-fundamentada.

II – Despachos de mero expediente, quando não representam qualquer interesse às partes, não precisam ser publicados. Inexistência de nulidade processual sem comprovação de prejuízo.

III – Em tese, a juntada de elemento probatório novo enseja a audiência bilateral das partes, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Todavia, se esse novo elemento não influenciar no julgamento da causa, sendo irrelevante ao deslinde da demanda, não se deve declarar nulidade processual, por ausência de prejuízo.

IV – O trintídio para a propositura da ação principal conta-se da efetivação da medida cautelar, e não do seu ajuizamento.

V – “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal” (Súmula 208 do STJ).

VI – O Ministério Público Federal tem legitimidade e interesse para propor ação de improbidade administrativa.

VII – Não há litispendência entre ação de improbidade administrativa e ação penal, em virtude da completa divergência entre os pedidos de ambas.

VIII – O procedimento administrativo instaurado no âmbito do Ministério Público possui natureza inquisitorial e, sendo constituído por meras

peças de informação, não se rege pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

XIX -- Ora, não é possível discutir direito material nos autos do processo cautelar. As medidas cautelares servem ao processo, e não ao direito da parte.

*X – A orientação jurisprudencial formada pelo TRF 1ª Região é clara no sentido de que a indisponibilidade a que se refere o art. 7º da Lei 8.429/1992 pode atingir os bens adquiridos anteriormente à prática dos supostos atos de improbidade administrativa.*

XI - Na apelação não pode ser introduzida tese que não foi debatida na sentença nem nos embargos declaratórios. Pelo princípio devolutivo, a apelação só transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada. Não pode o apelante impugnar senão aquilo que foi decidido na sentença, sob pena de supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

XII - Não há desproporcionalidade entre a indisponibilidade decretada e o valor do prejuízo quando o valor dos bens tornados indisponíveis é bem inferior àquele do gravame causado ao Erário.

XIII - O julgamento da ação de improbidade administrativa (e da cautelar de indisponibilidade) não depende necessariamente da verificação do fato delituoso, razão pela qual é desnecessária a sua suspensão até o desfecho da ação penal.

XIV - Apelação desprovida.

(AC 1999.01.00.068805-5/PA, Relator Juiz Federal José Magno Linhares Moraes (convocado), 3ª Turma, julgado por unanimidade em 04/07/2006, publicado no *DJ* de 21/07/2006, p. 38) (negritei).

Todavia, merece reforma a r. decisão agravada quanto ao bloqueio das contas correntes do agravante, pois tal medida implica indisponibilidade de valores indispensáveis à sua subsistência, o que não se afigura razoável.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte Regional Federal:

*Processo Civil. Agravo de instrumento. Ação de improbidade. Decisão do TCU. Indisponibilidade dos bens. Procedimento antes da defesa preliminar. medida cautelar. Bloqueio de recursos para subsistência do réu e de sua família.*

1. O fato de o acórdão do Tribunal de Contas da União -- TCU sobre as irregularidades das contas da gestão do agente não ter transitado em julgado não impede que a ação de improbidade seja ajuizada, ante o que dispõe o inciso II do art. 21 da

Lei 8.429, de 02/06/1992. As decisões do TCU não vinculam as do juiz.

2. A decisão que determina a indisponibilidade de seus bens é medida que pode e deve, muitas vezes, ser tomada antes do exame de recebimento da inicial, antes mesmo de proceder-se a notificação (§ 7º do art. 17 da Lei 8.429/1993), desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para cautelamento dos bens do réu, enquanto aguarda-se o desenrolar do processo. Trata-se de uma medida cautelar preparatória, não implicando cerceamento de defesa.

3. Não pode haver bloqueio absoluto, total, dos ativos financeiros do réu, sob pena de não permitir ou dificultar sua subsistência e de sua família. Devem ficar livres do bloqueio os valores referentes aos salários, proventos e rendas provenientes de seu trabalho.

(AG 2006.01.00.020535-3/MA, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ de 09/03/2007, p. 13.) (negritei)

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Decisão de apreciação De efeito suspensivo. Agravo Regimental. Não-Cabimento. Improbidade Administrativa. Cautelar. Decisão Que Tornou Indisponíveis Bens Do Agravante. Bloqueio De Conta-Corrente.*

1. A interposição de agravo regimental em face da decisão que negou em parte o efeito suspensivo pretendido, encontra óbice no § 1º, do art. 293, do Regimento Interno deste Tribunal.

2. A decisão do Juízo de primeiro grau encontra-se bem fundamentada, demonstrando os requisitos necessários à concessão da tutela cautelar.

3. *A indisponibilidade, todavia, de valores existentes em contas-correntes do Agravante pode lhe causar danos irreparáveis privando-o até mesmo de meios de subsistência, o que não é razoável.*

4. Inviável o pleito de limitação da indisponibilidade somente a bens adquiridos após o pretensão ato de improbidade. O art. 7º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.429/1992 não faz tal restrição, determinando expressamente que a indisponibilidade recaia 'sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano'. Aquele que comete ato de improbidade deve responder com seu patrimônio pela reparação do dano causado, limitando-se a indisponibilidade dos bens ao valor do suposto dano.

5. Agravo regimental não conhecido. Agravo de instrumento provido em parte.

(AG 2006.01.00.002061-1/AP, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), Quarta Turma, DJ de 25/10/2006, p.10.) (negritei)

fiscal, não se verifica qualquer irregularidade, uma vez que o MM. Juízo Federal a quo, ao decretá-la, o fez de forma fundamentada.

Ressalte-se, ainda, que embora o sigilo bancário esteja protegido no texto constitucional, não se trata de direito absoluto, sofrendo mitigação, mormente quando sobrepujar o interesse público sobre o particular, ou em face de circunstâncias hábeis a demonstrar a possibilidade da prática de conduta delituosa, como em tese, apresenta-se a hipótese dos autos.

Neste sentido os seguintes precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional Federal, conforme se constata da leitura dos acórdãos, cujas ementas transcrevem-se:

*Agravo Regimental - Agravo de Instrumento - Ação Cautelar Inominada antecedente de Ação Civil Pública - Ministério Público do Estado do Paraná - Concessão liminar de quebra de sigilo, bancário, fiscal e telefônico e indisponibilidade de bens, cumulada com determinação de afastamento de cargo, por prática de infrações e improbidade administrativa - Lei 8.429/1992 - Improbidade Administrativa - Reexame de Provas - Incidência da Súmula 07 desta Corte.*

*O sigilo bancário, como não se configura em direito ilimitado ou absoluto, pode ser quebrado em nome do interesse público ou do interesse social e para a regular administração da justiça. Não há perder de perspectiva, no entanto, que o interesse que protege a pessoa está expressamente elencado entre as garantias individuais, de sorte que o interesse público, social e o da distribuição de justiça, para justificar o sacrifício daquele, deverá emergir estreme de dúvida (cf. "O processo e a quebra do sigilo bancário". Artigo da autoria deste Magistrado publicado no Informativo da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 13, n. 1, p. 27-56, jan/jun 2001).*

Para se aferir se presentes ou não as condições que permitiram a decretação da indisponibilidade de bens do recorrente, inevitável seria o revolvimento do panorama probatório, o que é vedado a teor da Súmula 7 do Tribunal Superior.

Agravo regimental provido, para conhecer de parte do recurso especial interposto por Arno Wolter, mas lhe negar provimento.

(STJ, AgRg no Ag 445996 / PR, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Neto, Julgado em 22/03/2005, Publicado no DJ de 20/05/2005, p. 192) (negritei)

*Administrativo. Processual Civil. Ação de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Quebra de sigilo bancário.*

No que diz respeito à quebra de sigilos bancário e

1. Correta a decisão agravada. Na hipótese, há indícios de lesão ao erário e deve ser assegurado o resultado útil do processo.

2. O direito ao sigilo bancário não é absoluto. Cede lugar à sua quebra quando o interesse público relevante o justifica.

3. Agravo improvido.

(TRF – 1ª Região, AG 2004.01.00.011899-4/DF, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, julgado em 29/06/2004, publicado no *DJ* de 09/08/2004, p. 21).

Por fim, as demais questões relativas ao mérito, como a presença ou não do dolo na conduta do acusado e a inexistência de dano ao erário somente poderão ser dirimidas por ocasião da sentença, tendo em vista que a apreciação dessas matérias requer o exame aprofundado de provas, o que não se mostra viável no presente momento processual. Além disso, a apreciação dessas questões em sede do presente recurso implicaria em indevida supressão de instância.

Diante disso, *dou parcial provimento* ao presente agravo de instrumento para afastar a indisponibilidade das contas correntes do agravante.

É o voto.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel:* — Senhor Presidente, estou de acordo com a Relatora, exceto em relação à disponibilização das contas correntes, tendo em vista que essa medida se revela extrema a meu ver, porque tais valores são necessários à manutenção cotidiana de seu titular, que necessita fazer pagamento de conta de água, luz, cartão de crédito. Então, se se deixar esses valores indisponibilizados por um longo tempo, como acontece normalmente até o julgamento dessas ações, a pessoa fica praticamente impedida de exercer atos da vida cotidiana. Creio que a indisponibilização tão-somente de valores depositados em contas correntes só se justifica se se provar que há valores exorbitantes lá depositados ou que a parte está querendo dilapidar esses valores, o que, no caso, não vislumbrei.

Dou parcial provimento ao agravo tão-somente para liberar valores depositados em conta corrente, não eventuais aplicações.

## Voto Vogal Vencido em parte

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Dou provimento ao agravo em maior extensão do que a extensão que foi dada pela Relatora e pelo Juiz Klaus Kuschel. Entendo que a indisponibilidade de bens, em matéria de ação de improbidade administrativa, visa resguardar o ressarcimento do alegado prejuízo causado ao poder público com o ato de improbidade e, como tal, dispensa, por força do próprio enunciado da Lei de Improbidade Administrativa, demonstração de *periculum in mora*, que de si já é evidente pela nota de assegurar ressarcimento de prejuízo.

No caso, todavia, estender-se a indisponibilidade de bens para bloquear, com essa cláusula, as movimentações bancárias e eventuais aplicações financeiras do agravante é uma demasia, porque, além da alegada garantia do ressarcimento do prejuízo, está ocorrendo uma interdição do agravante para exercer atos de sua vida civil, abrangendo todo o seu patrimônio, que, como se sabe, é constituído de bens móveis, imóveis, bens corpóreos e incorpóreos, créditos e débitos, tanto que se pode falar patrimônio positivo e patrimônio negativo. Considere-se! em se bloqueando todos os bens do agravante, móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, numa perspectiva em que se afasta também a apuração de seu patrimônio passivo, retira-se até a própria garantia de credores, que certamente existem nos atos da vida civil da pessoa que está sendo atingida pela draconiana medida, colocando-a, ré que é, numa ação de improbidade, numa posição que vai além dessa posição de ré, para reduzi-la a uma situação de interdito civil, interditado civilmente, por força da decisão judicial, cujo prolator, o juiz, fica sendo o curador do réu na improbidade, que foi por Sua Excelência interditado civilmente, de fato.

É claro que o raciocínio vem da peculiaridade do caso, dos desdobramentos práticos de uma decisão dessa natureza, quando apanha em bloco todo o patrimônio da pessoa, sem fazer essa distinção, que deveria balizar o convencimento do magistrado de que o patrimônio não é só o conjunto de ativo, mas o conjunto de ativo e passivo, que no caso não se tem como aprioristicamente demonstrado.

Nessas condições, dou parcial provimento ao agravo em maior extensão, para retirar da nota de in-

disponibilidade dos bens as contas correntes, os ativos financeiros em instituições bancárias que eventualmente pertençam ao agravante, tanto mais quanto na inicial não se alegou que o agravante tenha desviado para si valores de verbas do orçamento, senão que os desviara em benefícios de terceiros, em particular uma entidade religiosa que se teria locupletado com a conduta desenvolvida pelo agravante.

# Quinta Turma

## Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF

Relatora:	A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Relator para acórdão:	O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus
Apelante:	Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Procuradora:	Dra. Maria Paula Dallari Bucci
Apelado:	Banco BCN S/A
Apelado:	Banco Bradesco S/A
Advogados:	Dr. Alberto de Orleans e Bragança e outros
Publicação:	DJ 2 de 05/10/2007

### Ementa

*Constitucional e Administrativo. Competência para apreciar atos de concentração de instituições financeiras. Atribuições Jurídicas conferidas ao Bacen e ao Cade, respectivamente, pelas Leis 4.595/1964 e 8.884/1994, que não de ser exercidas com fundamento no princípio da complementaridade. Inexistência de força vinculante no parecer da AGU, que submeta o Cade a lhe dar fiel observância no que concerne, especificamente, ao conteúdo de seus julgamentos e à sua competência prevista na Lei Antitruste.*

I – Exclusivamente, os preceitos inscritos na Lei 4.595/1964, que tratam do Sistema Financeiro Nacional, foram recepcionados pela atual Constituição da República com o *status* de lei complementar (art. 192, CF). As normas do citado diploma legislativo que cuidam de matéria concorrencial têm natureza de lei ordinária, pois o art. 173, § 4º, da Carta Política é desprovido de referência à lei complementar.

II – A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao Bacen pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/1964, não exclui nem substitui a competência deferida ao Cade pela Lei 8.884/1964 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração.

III – A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/1964 com a Lei 8.884/1994, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/1964. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico.

IV – Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/1993, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo Cade, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos — no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos —, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.

V – Apelação do Cade e remessa oficial, tida por interposta, providas.

## Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento à apelação do Cade e à remessa oficial, tida por interposta.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 30/08/2007.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator p/ acórdão.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:* — Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Banco BCN S/A e Banco Bradesco S/A contra suposto ato ilegal do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, “que determinou aos Impetrantes a apresentação àquela autarquia, para aprovação, de operação de aquisição de controle acionário de instituição financeira, cuja competência privativa para análise e aprovação é do Banco Central do Brasil (‘Bacen’)” (fls. 3).

Em suas razões de impetração narram os impetrantes, ora apelados, que (fls. 4-6):

Por tratar-se de aquisição de controle de instituição do Sistema Financeiro Nacional (doravante ‘SFN’), a compra do BCN pelo Bradesco ficou condicionada à aprovação prévia do Bacen nos termos dos arts. 10, inciso X, alíneas ‘c’ e ‘g’, e 18, § 2º, todos da Lei 4.595/1964. Com o objetivo de obter a aprovação em referência, foi o negócio jurídico devidamente apresentado para análise do Bacen em 03/12/1997 (doc. 3), tendo sido a operação aprovada em 20/01/1998 (doc. 4), tornando-se plenamente eficaz a partir daquela data.

Posteriormente, em 1º/04/2001, Alliance Capital Management Corporation of Delaware (‘Alliance’) e o BCN celebraram contrato de compra e venda de ações, por meio do qual ficou ajustada a venda pela Alliance de ações representativas de 50% do capital social da empresa BCN Alliance Capital Management S.A. (‘BCN Alliance’) para o BCN, o qual já detinha as demais ações da empresa. A BCN Alliance havia sido formada para atuar como veículo de uma associação entre a Alliance e o BCN, especificamente nos mercados de prestação de serviços de administração de fundos de investimentos e de carteira de valores mobiliários.

Em 12/04/2001, as partes submeteram tal operação à apreciação do Cade (doc. 5), nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994 (Ato de Concentração 08012.002381/2001-23). Não o fizeram em relação ao Bacen por não envolver a operação instituições

financeiras, não se encontrando, portanto, inserida nas categorias previstas nos artigos 17 e 18 da Lei 4.595/1964, os quais determinam as operações societárias que dependem de autorização prévia do Bacen para sua eficácia.

Em decisão tomada em 29/05/2002, o Cade aprovou sem restrições as operações de constituição e desfazimento da associação entre BCN e Alliance, tendo sido o acórdão publicado no *DOU* em 13/06/2002 (doc. 6).

No entanto, dentre as informações submetidas pelo Bradesco ao Cade no âmbito do Ato de Concentração 08012.002381/2001-23, constava a informação relativa à obtenção do controle do BCN, o que, além de ser fato público e notório, já havia sido informado pelo Bradesco ao Cade em outro Ato de Concentração anteriormente apresentado a tal autarquia.

Sob o argumento de que tomara conhecimento da operação de aquisição do controle do BCN pelo Bradesco pela análise dos autos do Ato de Concentração 08012.002381/2001-23, o Conselheiro-Relator determinou a sua apresentação ao Cade, no que foi acompanhado pelos demais Conselheiros.

Transcreva-se os respectivos trechos do voto do I. Conselheiro-Relator (doc. 7) e do Acórdão:

‘Determino, ainda, a apresentação da operação de aquisição do controle do Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN, pelo Banco Bradesco, da qual tomou-se conhecimento pela análise dos autos, mas cujos os efeitos deverão ser apreciados em oportunidade específica’. (grifos no original)

*‘Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente Substituto, Conselheiro Thompson Almeida Andrade e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, por unanimidade, aprovar sem restrições as operações de constituição e desfazimento da joint venture (...) determinando, ainda, a apresentação, aos órgãos de defesa da concorrência, da operação de aquisição, pelo Banco Bradesco S.A., do controle do Banco de Crédito Nacional – BCN. (...) Brasília, 29/05/2002 (data do julgamento)’* (grifamos)

*Inconformado com a decisão transcrita acima, o BCN opôs embargos de declaração (doc. 8), requerendo fossem supridas lacunas no acórdão quanto aos seguintes aspectos:*

*Não obstante a clareza dos argumentos apresentados nos embargos de declaração, o Cade entendeu por acolher em parte o recurso apresentado, não lhe atribuindo os efeitos infringentes pleiteados. O acórdão relativo a essa nova decisão foi publicado em 1º/10/2002 no DOU (doc. 9), nos seguintes termos:*

*‘Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, por unanimidade, conhecer dos embargos declaratórios para dar-lhes parcial provimento, determinando, ainda, que o cumprimento da decisão ocorra no prazo de 15 dias úteis, contados da publicação do acórdão, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 10.641,00 (dez mil seiscentos e quarenta e um reais), nos termos art. 26 da Lei 8.884/1994. Vencido o Presidente João Grandino Rodas que, por entender que o Parecer AGU 01/2001 vincula toda a Administração Pública, considerou o Cade incompetente para julgar operações envolvendo Instituições Financeiras (...). Brasília, 04/09/2002 (data do julgamento).’ (grifamos)”.*

Sustentam os impetrantes: “(a) a incompetência do Cade para analisar operações de aquisição de instituições financeiras, tendo em vista a legislação específica que regulamenta a implementação dessas operações e as submete ao crivo prévio do Bacen; (b) a possibilidade jurídica de se rever atos de concentração envolvendo entidades do SFN ocorridas em época em que o Cade não afirmara a sua suposta competência para a análise dessas operações e (c) as conseqüências de uma eventual determinação do Cade de desfazimento da operação cuja submissão é objeto do ato atacado pelo presente mandado de segurança” (fls. 7).

Alegam que os princípios gerais do sistema financeiro nacional estão dispostos no artigo 192 da Constituição Federal, bem como que, “com fundamento no art. 10 da Lei 4.595/1964, lei complementar por recepção, que compete privativamente ao Bacen a análise e aprovação das operações de transferência de controle das instituições financeiras, pelo que se exclui dessa competência qualquer outra entidade da Administração Pública. O termo ‘privativamente’, contido no texto legal, impõe a interpretação de que somente ao Bacen e mais ninguém é atribuída competência para o exame e aprovação das operações envolvendo as empresas que

operam no SFN” (fls. 11).

Afirmam que “a atribuição ao Bacen da competência para a análise da operação em causa não se resume aos aspectos regulatórios, sendo de sua competência analisar também os aspectos concorrenciais. Essa atribuição é confirmada pelo disposto no art. 18, § 2º, da Lei 4.595/1964, o qual explicita que caberá ao Bacen, ‘no exercício da fiscalização que lhe compete’ regular ‘as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena’. Sendo da competência do Bacen aprovar as operações de transferência de controle das entidades que atuam no mercado financeiro e bem assim, regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras, que outra competência se poderia atribuir ao Cade, sem que se revogue expressamente a Lei 4.595/1964? Nenhuma, pois esta foi a vontade do legislador constitucional, confirmada pelo legislador complementar” (fls. 11-12).

Acrescentam, ainda, “as Leis 8.884/1994 e 4.595/1964, como não poderia deixar de ser, se adequam e refletem o caráter geral e específico, respectivamente, que lhes foram atribuídos pelos arts. 170 e 192 da Constituição Federal” (fls. 13).

Defendem, assim, que as competências conferidas ao Cade e ao Bacen para apreciação, respectivamente, de operações que dizem respeito a mercados de livre acesso e a operações relativas ao mercado financeiro, cujo acesso é mais restrito, não se confundem nem se complementam. O que ocorre, de fato, é que o fundamento constitucional da Lei 4.595/1964 retira do Cade a competência para analisar as operações que devem ser privativamente, autorizadas pelo Bacen. O termo ‘privativamente’, expresso no art. 10 Lei 4.595/1964, afasta eventual competência de qualquer outro órgão, não havendo necessidade de que tal exceção venha prevista na própria Lei 8.884/1994, pois a lei específica anterior pode excepcionar a lei geral posterior (fls. 13-14).

Asseveram, igualmente, que a decisão do Cade é ilegal por violar o parágrafo 1º do art. 40 da Lei Complementar 73/1993, que determina a vinculação das decisões da Administração Pública Indireta aos pareceres proferidos pela AGU, desde que aprovado pelo Presidente da República. Assim, se exarado parecer pela Advocacia-Geral da União (Parecer AGU

LA-01/2001), afirmando a “competência privativa do Bacen para análise e aprovação de Atos de Concentração de instituições integrantes do SFN, bem como para regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis” (fls. 17), não poderia o Cade decidir de forma diversa.

Aduzem, ainda, que o ato do Cade viola o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, bem como o parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999, ao argumento de que somente muito após a aquisição do BCN pelo Bradesco começou o Cade a arrogar-se competência para apreciar transações que envolvessem instituições financeiras. Tal operação já havia sido formalmente notificada, ainda que indiretamente, pelo Bradesco ao Cade que, em fevereiro de 2001, publicou na Imprensa Oficial decisão sobre o caso onde a existência da transação foi informada, sem que exigisse qualquer providência nesse sentido (fls. 21).

Arrematam argumentando que admitir-se uma competência posterior do Cade para a análise e aprovação dessas operações poderia levar a um caos no setor financeiro, afetando toda a coletividade dos poupadores e a vida das pessoas em geral, mesmo aquelas desprovidas de acesso ao SFN (fls. 22).

Requerem, ao final, a concessão de medida liminar para suspender os efeitos do acórdão do Cade, bem como a concessão da segurança no sentido de assegurar o exercício do direito líquido e certo dos Impetrantes de não serem obrigados a submeter a operação ao Cade (fls. 26).

Foi deferido o pedido de medida liminar para suspender efeitos do acórdão administrativo do Cade, publicado em 1º/10/2002, prolatado nos autos dos embargos de declaração no Ato de Concentração 08012.002381/2001-23 (fls. 245). Contra tal decisão foi interposto agravo de instrumento, tendo sido indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 306)

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 293-300).

Ao proferir sentença o julgador de primeiro grau concedeu a segurança vindicada para desconstituir o ato do Presidente do Cade consistente em determinar a submissão da operação de compra do BCN pelo Bradesco a julgamento por esse órgão (fls. 348), adotando os seguintes fundamentos:

sobre a regulação do sistema financeiro

nacional, conquanto a Constituição tenha estabelecido o tratamento da matéria pela via da Lei Complementar (CF, art. 192) é a Lei 4.595/1964, recepcionada com esse status, que define as regras acerca do trato da matéria. E o faz de forma detalhada, mormente no que toca à definição da estrutura do sistema financeiro, seu controle e fiscalização.

Trata-se, pois, de norma dotada de especialização em tema de sistema financeiro. Com base nela o Banco Central do Brasil atua de modo a controlar toda e qualquer operação envolvendo instituições financeiras, vejamos:

Art. 1º O sistema financeiro nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:

I – do Conselho Monetário Nacional;

II – do Banco Central do Brasil;

III – do Banco do Brasil S. A.;

IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;

V – das demais instituições financeiras públicas e privadas.

No cumprimento de sua prerrogativa pode autorizar que instituições financeiras sejam transformadas, fundidas ou encampadas, como se vê do seguinte texto, verbis:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(*omissis*)

X – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

(*omissis*)

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;

De igual modo o art. 18, em seu § 2º, do mesmo diploma legal assim dispõe:

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.

Ora, o poder de conceder as autorizações para as operações de concentração, como sói acontecer no presente caso, passam, necessariamente, por uma análise dos impactos que a eventual aquisição de uma instituição financeira por outra possa ocasionar em matéria de concorrência no mercado financeiro e no tocando ao consumidor. A submissão prévia do negócio jurídico ao BC é resultante do seu poder de polícia. In casu, como ensina Hely Lopes Meirelles, quem tem competência para regular tem competência para policiar (Direito Administrativo Brasileiro, p. 114).

Não teria sentido do ponto de vista jurídico que a mesma operação de compra fosse submetida ao duplo controle, quando é consabido que o Banco Central é autarquia que detém o corpo técnico especializado na área de finanças (art. 3º, Lei 9.650/1998), com conhecimento sobre todas as atividades vinculadas às competências legais do Bacen. A regra aqui é a exclusividade do policiamento das atividades envolvendo as regras do sistema financeiro nacional, como pontifica Hely Lopes Meirelles acerca do exercício do poder de polícia (ob. Cit. P. 114). Prescinde de interpretação o vocabulário ‘privativamente’, posto no art. 10 da lei que trata das competências do BC.

Ademais disto, o parecer da Advocacia Geral da União LA-01/2001, longe de traduzir submissão ao escopo do Cade, dá cumprimento à regra posta no art. 40 da Lei Complementar 73/1993, que alcança todos os órgãos da Administração Pública, como sói acontecer com o Cade:

Vejamos:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Pois bem, em que pese a tese de defesa colocar o Cade em posição de total independência na sua atuação, na tentativa de expandir a formação tripartite dos poderes do Estado, o fato é que se trata de Administração Pública. O que, em que pese sua destacada relevância na análise das concentrações de empresas, não deixa de ser descentralização do Poder Executivo estando, portanto, subordinados ao princípio da legalidade estrita e, de conseguinte, à regra acima transcrita.

Por fim, cumpre destacar que a interpretação teleológica da Lei que regula o sistema financeiro nacional (Lei 4.595/1964) não deixa dúvida que nessa seara não cabe a submissão das concentrações aos aspectos da Lei 8.884/1994, o que faz cair por terra a tese de que existe complementariedade entre as normas em tela”.

Inconformado, apela o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade pleiteando a reforma da sentença, sob os seguintes argumentos:

A Constituição Federal dispôs no art. 173, § 4º, que a ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. Seguindo os preceitos constitucionais, no

intuito de aperfeiçoar os mecanismos de defesa da concorrência, foi sancionada a Lei 8.884/1994, que definiu com maior precisão as práticas consideradas ofensivas à concorrência, bem como conferiu ao Cade competência ‘para decidir sobre a ocorrência de infração à ordem econômica’, nos termos de seu artigo 7º, inciso II.

O art. 15 da mesma lei estabeleceu, de forma clara, ao Cade a atribuição de efetivar a análise de atos de concentração de entes privados, sem conferir imunidade a nenhum setor da economia.

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a *quaisquer associações de entidades ou pessoas*, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Por seu turno, o art. 2º da mencionada lei estabelece que as suas disposições aplicam-se a todas as práticas comerciais desenvolvidas no território nacional, sem excetuar nenhuma espécie. Finalmente, seu artigo 54 dispõe que ‘os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar *ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência*, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, *deverão ser submetidos à apreciação do Cade*’. (Grifo nosso).

Como se vê, não há qualquer exceção, a setor específico algum, seja da economia ou de determinada prática comercial, que justifique imunidade de submissão ao Cade. Ao contrário, todas as *expressões existentes na legislação sugerem uma interpretação extensiva da competência do Conselho*. É o que se pode deduzir do disposto nas menções ‘qualquer forma, quaisquer associações’ etc, presentes na Lei 8.884/1990.

O que se observa da análise de todo o texto da Lei 8.884/1994 é que todos os atos relacionados à concentração de mercado deverão ser obrigatoriamente submetidos ao Cade, sem excetuar aqueles relativos às instituições financeiras, uma vez que as ações do Banco Central e do Cade não são opostas, pois os textos dos artigos 2º, 15 e 54 da Lei 8.884/1990 são plenamente compatíveis com o artigo 18 da Lei 4.594/1964.

Sustenta em seu recurso a inexistência de hierarquia entre as Leis 4.595/1964 e a 8.884/1994, dizendo que “a primeira trata do controle prudencial e tem raiz no art. 192 da Constituição Federal. A segunda cuida do controle concorrencial de estruturas e funda-se nos artigos 170 e 173, § 4º, da Carta Magna. O art. 192 não tem qualquer relação com o problema da concorrên-

cia, a relação que pode eventualmente existir é a mesma de qualquer outro setor que trate de uma atividade econômica ou de um serviço público específico” (fls. 355).

Refuta, ainda, o argumento de que a Lei 4.595/1964 é de natureza específica, enquanto que a Lei 8.884/1994, de caráter geral, isso porque “no exame da relação entre as Leis 4.595/1964 e 8.884/1994, o que se conclui é que a lei antitruste é que é especial no que se refere à adjudicação concorrencial das concentrações do sistema financeiro, como no caso ora em julgamento”. (fls. 355).

Conclui tal tese jurídica, consignando que “a Lei 4.595/1964 há que se admitir que ela não foi talhada para a defesa da concorrência. Não há ali, sequer minimamente, a construção de qualquer tipo jurídico dogmático-concorrencial. O que há é apenas uma menção genérica à ‘abusos de concorrência’, a demonstrar sua completa inaptidão para a tutela da concorrência no setor financeiro, como pretendem os defensores da tese da competência do Bacen” (fls. 356).

Defende, ainda, a complementaridade das ações do Cade e do Bacen, aduzindo que ao primeiro compete “a análise de concentrações e aplicação de sanções, à luz da defesa da concorrência, em sua função de prevenção e repressão a lesões à ordem econômica nacional”, enquanto que ao segundo “compete uma análise de natureza regulatória, no marco de suas atribuições de fiscalizar e aplicar a política monetária nacional, cumprindo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. É dentro deste espectro que se compreendem as funções do Banco Central de analisar atos de concentração e regular as condições de concorrência, aplicando as normas da legislação específica do setor bancário, para sancionar eventuais infrações a tais regras” (fls. 356).

Neste mesmo sentido, afirma que o Bacen “atua no sistema financeiro como órgão regulador, destinado a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, que possuem relevante interesse social. Essa perspectiva setorial, formuladora de políticas públicas, com natureza normativa, é que caracteriza o papel do Bacen neste contexto”; o Cade, por sua vez, “possui atuação distinta. Primeiramente, sua função não é normativa, mas meramente adjudicativa – não formula regras a serem obedecidas, mas apenas aplica as normas legais pré-estabelecidas.

Ademais, não formula políticas públicas, apenas sanciona ou previne lesões à ordem econômica, com foco na preservação do ambiente competitivo no mercado, visando proteger os interesses dos consumidores e da coletividade, em geral” (fls. 357).

Aduz, ainda, a necessidade de se preservar a independência decisória do Cade, visando resguardar o pleno exercício de suas atribuições legalmente instituídas, apontando que, no caso, o que se pretende é “retirar do Cade, por ato infralegal, as competências lhe que foram atribuídas por lei. É flagrante a ilegalidade e a inconstitucionalidade de tal procedimento, pois sendo o Cade órgão criado especificamente para conhecer e julgar as infrações contra a ordem econômica, não cabe à Advocacia-Geral da União (AGU) ou qualquer outro órgão administrativo limitar essa competência” (fls. 360).

Denuncia que o “parecer da Advocacia-Geral da União estabelece uma imunidade aos atos praticados por instituições financeiras, que como visto, não encontra qualquer respaldo legal” (fls. 360).

Requer, ao final, o provimento do recurso, para “reformular a sentença concessiva da segurança, declarando válida a sanção administrativa aplicada no Ato de Concentração 08012.002381/2001-23” (fls. 361).

Foram apresentadas contra-razões pelo Banco BCN S/A e Banco Bradesco S/A (fls. 363-386).

O Ministério Público Federal – Procuradoria Regional da República 1ª Região –, opinou pelo provimento do recurso, por entender que “o Cade tem competência para analisar e aprovar os atos de concentração envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN), de acordo com a Lei 8.884/1994, exercendo atividade concorrente com o Bacen na defesa da fiscalização da concorrência das instituições financeiras” (fls. 392).

Os impetrantes juntaram aos autos pareceres jurídicos elaborados pelos Professores Eros Roberto Grau (fls. 401-460) e José Afonso da Silva (fls. 461-483).

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:* — A lide

A controvérsia *sub judice* é meramente jurídica, versa a demanda sobre nulidade de ato administrativo, mas o pano de fundo é o conflito de atribuições entre duas autarquias federais. O Conselho de Defesa Econômica (Cade) e o Banco Central do Brasil (Bacen) chamam para si o direito de controlar o mercado financeiro, examinando atos de concentração e conduta infracionais à ordem econômica relativos ao setor.

Alegam os apelados que o Cade, em 29/05/2002, quando do exame de outro negócio jurídico, fora do sistema financeiro, determinou que a operação de aquisição do Banco BCN S/A pelo Banco Bradesco S/A fosse notificada aos órgãos da defesa da concorrência.

As razões dos apelados podem ser sumariadas com base no parecer do ilustre jurista José Afonso da Silva que instrui os autos. Para uma precisa noção do que se sustenta, arrola a seguir os principais argumentos favoráveis à competência exclusiva do BACEN de analisar todo o sistema financeiro, inclusive para fins de concorrência:

a) a Constituição, embora inserindo as instituições financeiras, no título “ordem econômica”, lhes deu regulamentação especial (art. 192);

b) a disciplina jurídica das atividades econômicas é de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, I), enquanto a regulação do sistema monetário da política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores das instituições financeiras e suas operações é de exclusiva competência da União (art. 22, VI e VII e 48, XIII, CF/88);

c) a Lei 4.595/1964 é lei especial porque incide sobre setor especial das relações econômicas. Daí que suas disposições que disciplinam o controle dos atos de concentração bancária, também tem a natureza de lei especial em relação à lei que disciplina o controle dos atos de concentração das empresas em geral;

d) a Lei 8.884/1994 regula e disciplina os atos de concentração das empresas em geral, enquanto a Lei

4.595/1964 regula apenas aspectos particulares desses interesses, que seriam os relativos ao controle de atos de concentração bancária;

e) se o direito concorrencial pode ser tido como especial em relação ao direito econômico em geral, será direito geral em relação ao direito concorrencial bancário, e este especial em relação a ele;

f) entendeu o legislador constituinte que o controle de atos de concentração bancária seria mais convenientemente regulado por uma lei especial;

g) é da competência exclusiva do Banco Central o controle dos atos de concentração de instituições financeiras porque se fundamenta nas disposições da Lei 4.595/1964;

h) não existe conflito entre as competências atribuídas pela Lei 4.595/1964 ao Bacen e aquelas atribuídas pela Lei 8.884/1994 ao Cade;

i) tudo que envolve as instituições financeiras constitui matéria reservada àquela lei complementar, inclusive as questões referentes à fiscalização, transformação, fusão, incorporação ou encampação de instituições financeiras, assim como a regulação da concorrência entre elas e a repressão de abusos com aplicação das penalidades cabíveis;

j) não existe isenção antitruste para o controle da estrutura como para o de conduta de competência prevista do Bacen.

O Ministério Público Federal, por sua vez adotou entendimento que confere legitimidade à pretensão do Cade, conforme se lê às fls. 293/300:

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Banco BCN S/A e outro contra ato do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*, objetivando a suspensão dos efeitos do acórdão que impôs aos impetrantes a apresentação da operação de aquisição do controle do BCN pelo Bradesco e o pagamento de multa pecuniária por atraso na notificação.

Aduzem os impetrantes que submeteram à apreciação do Cade o Ato de Concentração 08012.002381/2001-23 (fl. 66/70), consubstanciado na operação de aquisição de 50% do capital social da Empresa BCN Alliance Capital Management Corporation S.A. pelo Banco BCN S/A, consistindo no desfazimento de uma “joint venture”. O referido negócio foi consubstanciado no Contrato de Compra e Venda de Ações, acordado em 10 de abril de 2001.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e João Batista Moreira.

A mencionada operação foi submetida à apreciação do Cade, em razão do disposto no art. 54 da Lei 8.884/1994, pois os grupos possuíam faturamento anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Informam os impetrantes que a operação obteve aprovação sem restrições pelo Cade, em julgamento realizado em 29/05/2002, publicado no DOU de 13/06/2002 (fls. 72/81). No entanto, aquela autarquia determinou, ainda, a apresentação da operação de aquisição do controle do BCN pelo Bradesco, sob o argumento de que tomara conhecimento desta aquisição pela análise dos autos e o pagamento de multa pecuniária por atraso na notificação.

Diante da referida determinação imposta pelo Cade, o BCN interpôs Embargos de Declaração (fls. 83/97), requerendo omissão no endereçamento da determinação de apresentação da operação de aquisição do BCN pelo Bradesco e do prazo para o cumprimento da decisão, sob o argumento de que não compete ao Cade analisar e aprovar os atos de concentração envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional – SFN.

Porém, no acórdão publicado em 1º/10/2002, no DOU (fls. 99/105), o Cade deu parcial provimento aos Embargos, no sentido de explicitar os agentes econômicos instados a apresentação da referida operação.

Em respeitável decisão de fl. 245, a liminar requerida na Inicial foi deferida.

Regularmente notificada, a autoridade ora coatora prestou informações às fls. 248/287, oportunidade em que refutou os argumentos trazidos pelos impetrantes.

Em síntese, é o que consta dos autos.

Quanto ao mérito da questão, a segurança deve ser denegada. Vejamos!

A controvérsia no presente mandamus resume-se a apreciação da competência do Cade para analisar os atos de concentração realizados por instituições financeiras, tal matéria já foi examinada pelo Ilustre Procurador da República Orlando Martello Junior nos autos do Mandado de Segurança 2002.34.00.014981-0, *verbis*:

“A Constituição Federal dispõe que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’ (art. 173, § 4º).

Com o intuito de aperfeiçoar os mecanismos de defesa da concorrência reclamados pela nova Constituição, o Cade, criado em 1962, foi

transformado em Autarquia Federal pela Lei 8.884/1994.

Essa mesma lei, com o objetivo de garantir efetividade à norma constitucional, ampliou os poderes do Cade, definindo com maior precisão as práticas consideradas ofensivas à concorrência, bem como, dentre outras atribuições, conferiu-lhe competência para decidir sobre a ocorrência de infração à ordem econômica (art. 7º, II, Lei 8.884/1994) e apreciar os ‘atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços’ (art. 54, Lei 8.884/1994).

Importante observar que a legislação em questão, ao definir a competência do Cade, não faz qualquer restrição a determinado setor da economia. Vale dizer, na técnica do direito econômico, que a Lei 8.884/1994 não institui imunidade aos atos praticados por instituições financeiras; ao contrário, a sua redação ‘os atos sob qualquer forma manifestados’ sugere uma interpretação extensiva da competência do Cade, de modo a abranger, inclusive, as operações relativas ao sistema financeiro.

O art. 1º da Lei 8.884/1994 também identifica a amplitude de aplicação desta lei ao dispor que o seu objetivo é prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, sem qualquer restrição:

‘Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Protege-se, assim, por meio desta Autarquia, toda a coletividade, titular dos bens jurídicos assegurados, conforme expressão do parágrafo único acima transcrito, contra toda infração à ordem econômica.

O art. 15 da lei em comento, da mesma forma, confirma a intenção do legislador em aplicá-la ‘às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio’. Mais uma vez, ao especificar o limite subjetivo de sua aplicação, a Lei 8.884/1994 não fez qualquer restrição.

Nosso ver, pois, todo ato de concentração (fusões, aquisições, incorporações, *joint venture*, *transferência de controle acionário* etc.), praticado

por qualquer pessoa, deve obrigatoriamente ser submetido ao Cade, nos termos do expresso art. 54 da Lei 8.884/1994.

Note-se que a CF, no que diz respeito à repressão ao abuso do poder econômico, exigiu a expedição de lei ordinária para regulamentar a matéria (Art. 173, §. 4º - 'A lei reprimirá o abuso do poder econômico ...'), o que foi feito com a promulgação da Lei 8.884/1994.

Com isso, entretanto, não se está a afirmar que a Lei 8.884/1994 revogou os artigos 10, inciso X; alínea 'g', e 18 da Lei 4.595/1964. O que se defende é que ambas as normas coexistem validamente. A "atribuição" das duas autarquias é complementar, e não excludente.

O Cade possui uma estrutura especialmente criada para conhecer e julgar atos de concentração, sob o enfoque concorrencial, em qualquer setor da atividade econômica, de modo que não procede o argumento de não estar preparado para apreciar a aquisição do controle acionário de instituição financeira. Ainda que tal afirmativa fosse verdadeira, seria necessário que aquela Autarquia melhor se estruturasse para lidar com matérias monetárias e financeiras, com vista ao cumprimento de suas funções constitucionais e legais, mas jamais diminuir-lhe a sua competência em razão de seu suposto despreparo.

As duas autarquias exercem, nesse sentido, atividades concorrentes, o que é possível e até salutar. Isto porque a função fiscalizadora e normativa exercida pelo Banco Central — que não possui competência para julgar — tem por finalidade maior a preservação do sistema financeiro e o seu equilíbrio, enquanto o enfoque do Cade extrapola esse setor, possuindo um caráter mais geral, que está fora do alcance daquele órgão

(...)

O ideal seria que Bacen e o Cade, na apreciação dos atos de concentração relativos ao sistema financeiro, se articulassem com vistas a um melhor controle e resultado em suas intervenções, conforme ocorre hoje com as agências reguladoras federais (Aneel, Lei 9.247/1996, art.), corroborando esse entendimento, Ana Maria de Oliveira Nusdeo assim pronunciou-se:

'Um dos grandes desafios do novo modelo, que diz respeito à implantação e manutenção da concorrência nos setores envolvidos, é compatibilizar a atuação das agências com regras gerais existentes para o funcionamento dos mercados e com a ação de outros organismos estatais responsáveis pelas políticas de livre concorrência no país, com é o caso da SDE, Seae e do próprio Cade.

Com efeito, é evidente que a criação de agências autônomas não significa a criação de um mundo à parte. O isolamento desses setores não é, nem deve ser, o objetivo colocado pela legislação criadora desse novo tipo de regulação estatal no Brasil. Nessa medida, a análise desenvolvida acima demonstra como as funções da ANP, Aneel e Anatel, ligadas à promoção e manutenção da concorrência nos setores regulados, não excluem a competência daqueles órgãos legalmente investidos de poderes para realizar essa espécie de controle em uma perspectiva ampla do mercado. Coloca-se, assim, o desafio, para as autoridades administrativas e para o intérprete do Direito de um modo geral, de coordenar adequadamente a atuação das agências e dos órgãos de defesa da concorrência. A sobreposição de esferas administrativas, nesse sentido, longe de ser um mal, gerador de dificuldades burocráticas e operacionais, apresenta-se como uma vantagem do sistema, propiciando que a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência se coloque como uma instância revisora das decisões ou omissões no âmbito das agências reguladoras, de maneira a corrigir eventual "contaminação" que as agências possam sofrer em decorrência da influência direta das empresas do setor.

Verifica-se, assim, que a atribuição concorrente — ou mesmo a sobreposição de competências, como ocorre com a maioria das agências reguladoras — a dois órgãos para fiscalizar atos de concentração é perfeitamente possível, sobretudo porque, no caso dos autos, como já referido, têm eles enfoques diversos.

É certo que o órgão próprio para tal mister é o Cade, órgão julgador de controle da concorrência por excelência, nada obstando, porém, que outro órgão, no caso o Banco Central, também verifique a prática de atos de concentração, desde que autorizado por lei, como de fato está pelo art. 18 da Lei 4.595/1964.

(...)

Sendo o Cade órgão especialmente criado para conhecer e julgar as infrações contra a ordem econômica, cabe a este estabelecer o alcance e o limite de sua competência; jamais à Advocacia Geral da União (AGU) ou qualquer outro órgão administrativo.

A autonomia para julgar, ao inverso do entendimento dos Impetrantes, também compreende o poder de estabelecer a sua competência. Aliás, a credibilidade da atuação do Cade depende desta autonomia, sob pena de haver indevida interferência do Executivo ou de seus órgãos nos julgamentos do Cade, sob o argumento de ausência de competência.

Em outras palavras: se assim não fosse, quando houvesse a discordância do Poder Executivo em relação às decisões do Cade, bastaria retirar-lhe a competência para apreciar o caso.

Vê-se, portanto, que o CADE possui atribuição para aplicar a multa questionada no presente writ.

Tais as circunstâncias, o Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança.

### *O Cade e o Parecer Normativo AGU/LA-01/2001*

Vejamos, inicialmente, a questão da vinculação do Cade ao parecer normativo da AGU aprovado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso.

O Bacen suscitou Conflito Positivo de Competência 0001.00.6908/2000-25 alegando deter exclusividade para regular o setor financeiro e o Cade arguiu que sua atividade seria complementar, ou seja, que as duas autarquias procederiam a exame dos fatos de perspectivas diversas.

A AGU, com fundamento na Lei Complementar 73/1993 decidiu o conflito de atribuições e expedindo parecer normativo. O Parecer AGU/LA-01/2001 entendeu que as normas da Lei 4.595/1964 que dizem respeito a concorrência foram recepcionadas como lei complementar e considerou que a Lei 8.884/1994, da sua natureza de lei ordinária, não afastou a competência do Bacen.

A tese defendida pelo Bacen advoga que o parecer normativo tem eficácia de lei para toda a Administração e que cumpriria ao Cade observá-lo.

É deveras inegável que a autonomia dos entes autárquicos é relativa, porquanto são órgãos da Administração Pública. Na espécie, o Cade é vinculado ao Ministério da Justiça (Lei 8.884/1994, art. 3º). A Constituição em seu art. 131, *caput*, também prevê a vinculação de órgãos da Administração à AGU.

Mas é relevante lembrar aqui o disposto no art. 50 da Lei 8.884/1994 segundo o qual “as decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo”.

A peculiaridade do Cade é que ele é o que se denomina na doutrina “um quase tribunal” e um órgão que tenha por fim institucional emitir julgamentos não pode ter o conteúdo de suas decisões supervisionado pela Administração. O controle exercido pelo Poder

Executivo sobre autarquias é *controle administrativo*, coisa distinta do parecer normativo em discussão que deliberou sobre aquilo que o Cade pode julgar. Admitir que o controle autárquico exercido pelo Poder Executivo sobre um quase tribunal possa dizer sobre sua competência, poderá também ser admitido que pareceres normativos digam como julgar.

O chamado controle autárquico diz respeito à orientação e fiscalização que se exerce sobre os atos das autarquias e seus agentes. Trata-se, portanto, de um controle limitado a atos de administração, de gerenciamento. A atividade fim do Cade não comporta revisão sobre o mérito de suas decisões nem sobre a afirmação de sua competência.

Quando o art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/1993 dispõe que “o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração federal”, significa que, no caso do Cade, que a vinculação dos pareceres normativos da AGU se dá nas hipóteses do controle de atos administrativos da atividade meio.

No que tange ao controle autárquico é compreensível que se confira, mediante a edição de pareceres vinculantes, uma uniformidade sobre questões relativas à legislação de pessoal, licitação, contratos etc. Todavia, no que concerne a interpretação e aplicação das normas relativas do direito de concorrência cabe ao Cade dizer o que é da sua competência. Entendimento diverso implicaria em não se ter um órgão especializado independente, em contrariedade ao disposto no artigo 50 da Lei antitruste.

Daí que andou mal a r. sentença apelada ao reconhecer uma vinculação do Cade ao parecer da AGU, no tema da competência da agência, pois na esfera administrativa o Cade é o único juiz de sua competência.

### *Defesa da concorrência no sistema financeiro – modalidades*

A regulamentação e a fiscalização do sistema financeiro é de suma relevância para o mercado porque os investidores, sejam grandes ou pequenos, só se sentem seguros se as instituições onde têm seus valores são confiáveis. A insegurança e a desconfiança relativamente aos agentes financeiros, que operam regularmente, podem ser desastrosos para o mercado. Enfim, é público e notório que o ambiente do crédito tem que ser organizado, transparente, seguro e confiável.

O Bacen é o órgão que opera a fiscalização das instituições financeiras, regulando atividades como concessão de crédito e câmbio além de executar a política monetária formulada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

O Ministério Público Federal, em seu parecer perante o primeiro grau de jurisdição, sustenta que na hipótese as competências são concorrentes.

Existe uma tendência generalizada dos mercados financeiros se estruturarem de forma monopolista em uma atividade que, em princípio, é extremamente regulada, o que impossibilita um regime de concorrência perfeita. Diminuição de crédito para pequenas e médias empresas e aumento de tarifas bancárias são algumas das conseqüências mais conhecidas do processo econômico de concentrações não competitivas.

A questão de como se proceder a defesa da concorrência nesse sistema que tende a concentração tem despertado a atenção de juristas e economistas. Entre nós Gesner Oliveira, (*vide Concorrência no Brasil e no Mundo*, S. Paulo, Saraiva 2001 e *Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do Setor Bancário*), menciona três modalidades de órgãos relacionados à regulação técnica, econômica e da defesa da concorrência dentro de cinco modelos de repartição de atividade entre os agentes de defesa da concorrência e de autoridades de regulação monetária.

Para resumir os tipos de modelo que o citado autor descreve, teríamos os seguintes tipos:

1. isenção antitruste — as agências reguladoras têm também atribuição de defesa da concorrência, prevalecendo a legislação especial sobre a regra geral da lei antitruste;

2. nos casos de competências concorrentes as agências reguladoras e de concorrência aplicam penalidades antitrustes e estabelecem normas de regulação econômica;

3. na hipótese de competência complementar cada órgão age somente em sua área de especialização, isto é, a autoridade de regulação trata apenas da regulação técnica e econômica e o órgão da defesa da concorrência aplica a lei antitruste;

4. o quarto modelo é o da regulação antitruste no qual a agência de defesa da concorrência também detém a atribuição de aplicar as normas antitruste e também faz a regulação técnica e econômica;

5. o último modelo seria o da desregulamentação, onde a competência é exclusiva da agência antitruste, inexistindo regulamentação de ordem técnica e econômica.

O mencionado autor analisa todos os sistemas observando neles vantagens e desvantagens dependendo de conjunturas e situações específicas.

Não vou me ater aqui a tais análises posto que esta não é uma decisão acadêmica, mas para solução de um caso concreto de conflito de atribuições entre dois órgãos da Administração federal que se dizem competentes para apreciar casos de concentração no sistema financeiro, é importante a visão de vários modelos existentes e é preciso se fazer o enquadramento de um deles, seguindo normas que regem a espécie entre nós.

A atividade bancária, pelos riscos que propicia para os que a ela recorrem e para a economia como um todo, é plena de restrições para quem quer entrar no mercado. As regras de acesso e de permanência criam restrições a livre concorrência. Se a estrutura do mercado financeiro é moldada pela agência reguladora para dificultar o acesso de novas instituições, o setor torna-se tendencioso ao surgimento de condutas antitruste.

As regras que dificultam o acesso podem criar nível de concentração no setor sem que haja de forma correspondente benefício aos consumidores.

O legislador, considerando as peculiaridades do sistema financeiro, cria regras de natureza prudencial e estabelece condições menos favoráveis a livre concorrência entre os bancos.

Tendo em vista a necessidade de se harmonizar a liquidez do mercado e a defesa da concorrência, vários modelos existem no concerne a disciplina da competência entre órgão regulador e a agência antitruste.

A isenção antitruste do sistema financeiro nasceu por ocasião da Grande Depressão da década de 30, mas passou a declinar a partir de 1940 quando a autoridade monetária começou a ter em vista também a defesa da concorrência.

O modelo estrutural foi criado pelos Estados Unidos depois da crise de 1929. Tal modelo fixou a área de atividades dos bancos, normas sobre a prestação dos serviços. Mas recentemente os G-10 mudaram o paradigma e o Comitê da Basileia decidiu-se pelo modelo prudencial. Por esse novo modelo não se restringe os tipos de atividade bancária, contudo exige-se capital

mínimo segundo os riscos em causa. Partiu daí o surgimento de grande concentração de agentes financeiros. O modelo prudencial procura a eficiência e não só a estabilidade do mercado.

A decisão que se busca é tão somente, pois, dizer qual o modelo que é adotado no ordenamento jurídico do país. Todavia, há que se salientar que a discussão sobre o modelo ideal da defesa da concorrência está em pauta em diversos países do mundo. No âmbito da OCDE existe recomendação para que se busque um equilíbrio entre as funções regulatória e adjudicativa da autoridade monetária e a função adjudicativa de defesa da concorrência. Isto porque é uma realidade que as autoridades monetárias buscam basicamente a estabilidade monetária e a segurança do sistema financeiro. Procuram afastar de qualquer forma a possibilidade do temido risco sistêmico, posto que esse compromete o sistema econômico como um todo, inclusive aqueles que não tem acesso ao sistema financeiro.

A recomendação que a OCDE faz no sentido de haver uma harmonização entre a atividade de proteção contra os riscos sistêmicos e da defesa da concorrência, procura evitar os naturais aumentos de níveis de concentração. É oportuno recordar que em condições monopolistas o sistema financeiro tende a afastar o acesso da pequena e média empresa, além de ensejar a prática de preços abusivos, conforme já observado.

Passo, então, a analisar as atribuições do Bacen e do Cade, à luz do ordenamento jurídico.

*O Conselho de Administração de Defesa Econômica – Cade e a defesa da concorrência*

Antes de examinar especificamente a competência do Cade, procedo a um retrospecto de como se instituiu a defesa do direito da concorrência no Brasil.

Foi a Constituição Federal de 1946 a primeira a dedicar norma específica ao abuso de poder econômico, prevendo no seu artigo 148 que: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões de agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Em 10/09/1992 foi promulgada a Lei 4.137 que criou o Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, arrolando as atividades que representa-

vam ameaça à ordem econômica.

A Lei 4.137/1962 atribuiu ao Cade a apuração e aplicação de punições de atos abusivos do poder econômico. O Cade nasceu, assim, como órgão contencioso da Administração direta. As decisões do Cade eram tomadas em processos administrativos instaurados com denúncia de infração decorrentes de abuso do poder econômico.

A Constituição Federal de 05/10/1988 também cuidou da questão do abuso do poder econômico no art. 173, § 4º dispondo que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros”.

A Constituição vigente menciona como princípios da ordem econômica a defesa do consumidor e a livre concorrência, corolários que são da livre iniciativa. A intenção do legislador constituinte é aumentar a competitividade e a eficiência do mercado, favorecendo assim o desenvolvimento e o consumidor. O Estado brasileiro chamou para si a defesa da concorrência e a proteção do consumidor.

No título referente à ordem econômica, a Constituição de 1988 não abriga regra expressa que assegure o regime de mercado. O consenso, porém, é que o Constituinte desapegou-se do dirigismo econômico e passou a acolher o regime de economia de mercado porque previu que a participação estatal na atividade econômica, como agente normativo e regulador (art. 174), deve pautar-se pelo princípio da subsidiariedade<sup>1</sup>.

Os princípios orientadores da ordem econômica *ex vi* do art. 170 da Constituição são os seguintes:

Art. 170. 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.

(...)

II – propriedade privada.

III – função social da propriedade;

IV – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

<sup>1</sup> Paulo Lucena de Menezes, Comentários à Lei 8.884/94 e Estudos Doutrinários, p. 141.

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previsto em lei.

“A livre iniciativa constitui princípio fundante da ordem econômica enquanto a livre concorrência é seu princípio diretor” (...) “O princípio da livre concorrência serve de fundamento à regra contida no § 4º do art. 173 da Constituição, mas certamente não se exaure ali o seu conteúdo normativo”.<sup>2</sup>

A legislação infraconstitucional disciplina as regras do jogo competitivo, de forma preventiva ou repressiva de condutas nefastas dos agentes econômicos. A legislação ordinária atuará igualmente na estrutura do mercado, analisando as ações concentracionistas (fusões, aquisições, incorporações, *joint ventures*).

A repressão ao abuso do poder econômico, que figurava como princípio da ordem econômica e social na Constituição revogada (art. 160, inciso V), foi deslocada, na Carta vigente, para a condição de 4º parágrafo do art. 173. Isto significa que a preservação da livre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natureza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela livre concorrência sobrepõe-se às normas de repressão ao abuso do poder econômico. Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da ordem econômica, em comparação com o parágrafo 4º do art. 173, como em uma relação entre ‘meios’ e ‘fim’, embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do art. 170 e constitua também um ‘instituto jurídico’ autônomo, pela complexidade de normas que engloba<sup>3</sup>.

Depois sobreveio a Lei 8.884, de 11/06/1994, que regulamentou o art. 173, § 4º da Constituição Federal de 1988 e transformou o Cade em uma autarquia federal. Essa é a lei antitruste vigente.

<sup>2</sup>Voto da Conselheira Neide Teresinha Malard em voto no Processo Administrativo 61/62, *apud* Paulo Lucena de Menezes, op. cit. p.142.

<sup>3</sup>Isabel Vaz, *Direito Econômico da Concorrência*, Rio de Janeiro. Forense, 1993, p.101).

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dispõe para sua atuação o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae.

Do Sistema de Defesa da Concorrência participam também outros organismos públicos, de maneira episódica ou rotineira, a saber:

1. O Ministério da Defesa que dá pareceres técnicos sobre a existência de ilícito e a conveniência de processos de concentração econômica.
2. O Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, ouvido em questões que envolvem política comercial, industrial e *anti-dumping*.
3. O Ministério da Agricultura, que dá pareceres em processos que envolvem produtos agropecuários; outros Ministérios como Saúde, Comunicações e Transportes são ouvidos para fornecimento de informações e parecer diante de questões que envolvam a sua área de atuação;
4. O Banco Central, que dispõe de amplo universo de informações e regula consórcios para a aquisição de bens duráveis;
5. A Secretaria de Administração Federal e o Tribunal de Contas da União, quando há indícios de ilícitos em processos de licitação pública.
6. A Superintendência Nacional do Abastecimento – Sunab, autarquia do Ministério da Fazenda, que tem competência para aplicação da Lei Delegada 4, de 26/09/1962, que regula a intervenção no domínio econômico; a Lei Delegada, como é conhecida, permite aos fiscais da Sunab realizarem investigações *in loco* e a coleta de provas, diligências que podem ser requisitadas pela Secretaria de Direito Econômico.
7. O Departamento de Polícia Federal, ligado ao Ministério da Justiça, através de seu departamento de perícia técnica, auxilia a produção de provas.
8. As Coordenadorias de Proteção e Defesa do Consumidor estaduais e municipais – Procons, quando examinam-se práticas que violam concomitantemente a legislação de defesa da concorrência e o Código de defesa do consumidor.<sup>4</sup>

Todavia, é importante dizer alguma coisa também sobre a competência da SDE para contrastá-la com a atividade judicante do Cade. Compete a SDE promover

<sup>4</sup>Lúcia Helena Salgado, *A Economia Política da Ação Antitruste* Editora Singular, pp. 183-184.

investigações prévias à instauração de processo administrativo por infração à ordem econômica e instaurar processos relativos a essas, recorrer de ofício ao Cade quando considerar que as averiguações preliminares ou o processo administrativo devem ser arquivados. Em instaurando processo, cabe-lhe remetê-lo ao Cade, para a devida deliberação, e também celebrar compromisso de cessação, subordinando-o à averiguação do Cade, e, se procedente, acompanhar seu cumprimento. Compete-lhe sugerir os termos do compromisso de desempenho e fiscalizar sua colocação em prática, adotar medidas preventivas para cessação de infração à ordem econômica, podendo estabelecer valor de multa diária pelo descumprimento, além do prazo que deve perdurar a medida. Deve monitorar o mercado, razão pela qual pode solicitar documentos e prestação de esclarecimentos (em sigilo, se for o caso), sempre que necessários à contestação dos indícios existentes, lembrando que, conforme o caso concreto, a Secretaria poderá determinar medidas preventivas que levem à cessação da prática ofensiva à ordem econômica.

“Abuso do poder econômico é uma violação ao mercado e à ordem jurídica, na medida em que o mercado é um bem protegido pela ordem jurídica. Esta não é, também, uma infração contra terceiros diretamente, mas um ato excessivo e prejudicial às condições básicas de mercado, pois afeta interesses de terceiros, os quais precisam, nele, desenvolver suas atividades. O mercado é um bem juridicamente protegido como bem coletivo. Pertence a todos, inclusive àqueles que não exercem atividades comerciais diretas e têm o direito de exigir ou buscar proteção legal e institucional para se alcançar o seu funcionamento equilibrado. Por isso, o ato ou conduta que fere o mercado não é, propriamente, uma infração contra terceiro, titular de um bem específico, mas uma prática infrativa contra as regras de funcionamento de mercado, que é direito de todos. Esta é a razão pela qual dominar mercado, eliminar a concorrência ou obter lucros arbitrários em si não são infrações ou atos infrativos, porque são a negação, pura e simples, do bem coletivo que se protege: equilíbrio de mercado, concorrência e lucro”<sup>5</sup>.

Vê-se, pois, que a finalidade da Lei 8.884/1994 é preventiva e repressora de abuso econômico. A com-

petência preventiva do Cade está demonstrada pelo fato da autarquia, no curso de procedimento administrativo, poder adotar medidas preventivas quando presentes indício ou fundado receio de que a atividade em discussão possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação.

O Cade é um quase tribunal administrativo. O art. 7º da lei antitruste estipula a competência do plenário do Cade dentre as quais: averiguar a existência de infração à ordem econômica e, em caso positivo, aplicar as devidas penas, podendo também determinar medidas para cessação de prática ofensiva; julgar os processos instaurados pela SDE e decidir os recursos de ofício de seu Secretário; firmar os termos do compromisso de desempenho e de cessação de prática nociva, determinando que a SDE acompanhe o cumprimento de ambos; comunicar aos interessados todas as suas decisões, de modo a possibilitar o contraditório; fazer o pedido de informações, em sigilo, se for o caso, e determinar diligências no sentido de bem desempenhar suas funções; contratar a realização de vistorias por profissionais, sendo que o pagamento das despesas deve ficar a cargo da sociedade que vier a ser punida no processo; analisar atos ou condutas a ele submetidos nos termos do art. 54, fixando, se for o caso, compromisso de desempenho; fazer valer suas decisões, requerendo ao Poder Judiciário que sejam executadas.

Funciona junto ao Cade uma Procuradoria, cujas principais atribuições, segundo o art. 10, são executar judicialmente as decisões do Cade; requerer, mediante autorização do Plenário do Cade, medidas que visem a eliminar infrações à ordem econômica; propor acordos judiciais, com autorização do Plenário e manifestação do Ministério Público, nos processos relativos às infrações contra a ordem econômica.

Para melhorar os resultados de sua atividade, o Cade a desempenha, desde 1996, baseado por uma estratégia que favorece a decisão em tempo econômico; a propagação da cultura da concorrência; a globalização da defesa da concorrência; a articulação de suas atividades com as políticas públicas; a capacitação do próprio Cade e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup>Aurélio Wander Bastos, Cartéis e Concorrência, julho-dezembro de 1997, p.108.

<sup>6</sup>Maria Cecília Mendes Borges *et alli*, O cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista e

A Lei 8.884/1994 previu tanto o abuso do poder econômico como o ato de concentração como infração à ordem econômica, atribuindo competência para determinar medidas de cessão das práticas ofensivas ao Cade. É importante ressaltar que, ao conferir competência a um órgão judicante administrativo para as decisões sobre ato de concentração, o legislador quis que tais decisões fossem ato de Estado e não mais ato de governo (Em princípio parece ser assim. A leitura atenta das disposições da Lei 8.884/1994 revelarão a indecisão do legislador ordinário nesta questão). Recordemos que, ao tempo da Lei 8.157/1991, a atribuição de decidir sobre ato de concentração era do SNDE com recurso ao Ministro de Estado da Justiça.

Nos sistemas legislativos encontram-se dois modelos de proteção das práticas restritivas da concorrência: os que proibem as práticas restritivas da concorrência por acarretarem um dano potencial na economia e os que reprimem apenas as práticas que significam um dano efetivo.

“Quanto ao sistema que reprime as práticas restritivas, reguladas pelos artigos 20 e seguintes da Lei 8.884/1994, há a tendência de privilegiar uma noção estrutural de concorrência e de avaliar esta como um bem em si mesmo — concorrência-fim, também chamada como teoria de concorrência-condição, razão pela qual se estabelece uma proibição genérica, e a *priori*, de todos os acordos e práticas susceptíveis de atingirem a estrutura concorrencial do mercado, combatendo-se, portanto, a concentração por meio da proibição das práticas que a ela possam conduzir. Esse sistema abstrai dos resultados efetivos das restrições à concorrência, para centrar a sua atenção no perigo que estas, por si mesmas, representam. Nesse sistema, o controle e a técnica da proibição tendem a ser *a posteriori*, uma vez que somente após a prática dos atos é que, em rigor, podem ser aferidos os seus efeitos.

O segundo sistema tende a privilegiar os comportamentos efetivos dos agentes econômicos. A concorrência é dada como um bem entre outros e não um bem em si mesmo, podendo ser sacrificada em favor de outros bens, também protegidos pela legislação. É a teoria da concorrência-meio, e pode, em certas circunstâncias, ser afastada para o efeito da proteção de

outros interesses ou da realização de outros fins socialmente relevantes. Tal sistema não pretende em abstrato, combater os acordos, oligopólios ou quaisquer outros fatores de domínio de mercado nos quais venha a se manifestar a concentração econômica. Preocupa-se apenas em reprimir tais atos quando, por particulares condicionamentos, se mostrem nefastos ao interesse geral, declarando ilícitos os acordos ou práticas que produzam efeitos negativos na concorrência, não justificados por outras razões. Relativamente ao controle e técnica da proibição, na observação do direito comparado, tende a adotar um controle prévio das práticas restritivas por um órgão administrativo ou jurisdicional que poderá declarar nula ou não determinada prática. A legislação atualmente vigente no Brasil permite, também para esse sistema de controle, a verificação, a *posteriori*, da prática do ato.

Em síntese, dependendo do bem jurídico a ser tutelado pela lei de defesa da concorrência, temos diversas respostas jurídicas ao ato praticado pelo agente econômico, surgindo os dois grandes sistemas da defesa da concorrência: sistema da concorrência-fim, também chamado de concorrência-condição, na qual a concorrência-meio, também chamado de concorrência-instrumento, na qual a convivência é vista como um instrumento utilizado para se chegar a um outro objetivo que é ainda maior, objetivo esse que, para ser definido, depende do país, do momento econômico, das políticas públicas, dos valores previstos na ordem econômica constitucional etc.

A legislação brasileira adotou o sistema da concorrência-meio no art. 54 da Lei 8.884/1994. Evidente, pois, que, em prejuízo à defesa da concorrência como um fim, esta poderá ser sacrificada para a tutela de outros interesses, igualmente protegidos em nível constitucional, como a defesa do consumidor. Assim é que é possível a autorização, pelo Cade, de um ato de concentração horizontal de empresas que inevitavelmente sacrificará a concorrência, dado os benefícios que ele poderá colacionar aos consumidores, como a redução dos preços, o aumento das eficiências em termos qualitativos e quantitativos dos produtos etc.

Seguindo os ditames constitucionais do sistema da concorrência-meio, a Lei 8.884/1994 evidencia a possibilidade de sacrificar-se a defesa da concorrência em favor de outros interesses sociais em seu art. 54, uma vez que o “Cade poderá autorizar os atos, sob

---

seus reflexos prejudiciais aos direitos do consumidor, Revista de Informação Legislativa, n° 155, 2002, pp. 226-227.

qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, desde que tenham por objetivo “aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”. Pode também ser provado o ato que sacrifique a concorrência quando seus benefícios “sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Denota-se que a Lei 8.884/1994 admite um certo abrandamento da defesa da concorrência na perseguição de determinados fins coletivos, mas não a elimina, nem a despreza<sup>7</sup>.

#### *A proteção ao consumidor pela lei da concorrência*

O Cade sustenta que sua competência para o conhecimento do objeto da controvérsia é favorável ao consumidor. Olhemos mais atentamente este discurso que é envolvente, mas que exige a análise de teses econômicas.

A defesa do consumidor também se encontra protegida pela Constituição com o princípio da livre concorrência.

O consumidor é o agente mais frágil da relação de consumo e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, inclusive o Cade que exerce as funções de quase tribunal administrativo, decidindo questões pertinentes ao controle de estruturas e de condutas, podem favorecer, indiretamente, o consumidor. Indiretamente, o consumidor pode emergir também como destinatário econômico das normas da defesa da concorrência.

“A Escola Econômica Neoclássica indica que as leis antitrustes devem ter apenas um objetivo legítimo, que é a maximização do bem-estar do consumidor. Isso porque a consideração de outros objetivos na aplicação de normas concorrenciais cria uma situação paradoxal, dado que, em certas situações, bem-estar do consumidor e defesa da concorrência indica soluções antagônicas. Tal situação poderia ser comprovada em concentrações econômicas. Segundo a escola, se levarmos a extremos a proteção da concorrência,

operações que beneficiariam o consumidor com formação de economias de escala poderiam ser vetadas pelas autoridades de defesa da concorrência. O oposto também seria verdadeiro. Esse paradoxo demonstraria que bem-estar do consumidor e defesa de concorrência não poderiam conviver. Assim, o fim da legislação antitruste seria o bem-estar do consumidor, entendido para esses teóricos como redução de preços conseguida como resultado da eficiência econômica, que iria beneficiar o consumidor.

Esse ponto de vista foi contestado pela sua parcialidade, merecendo destaque as críticas oriundas da Escola Ordo-Liberal. Os ordo-liberais contestam o entendimento de que redução dos custos por meio da formação de economias de escala implica necessariamente na redução dos preços aos consumidores. Isso porque nada garante que os ganhos de escala decorrentes de uma maior eficiência econômica serão revertidos em favor dos consumidores e não totalmente apropriados pelos próprios produtores. Assim, o objetivo último da legislação antitruste deveria ser bem-estar do consumidor, não apenas no sentido de eficiência econômica, mas no sentido de liberdade de escolha, que possibilitará essa repartição<sup>8</sup>.”

É bem de ver que nada demonstra que a eficiência econômica em si assegura que os ganhadores maiores do produto beneficiariam o consumidor. Seja como for, é inegável que a livre concorrência é benéfica ao consumidor à medida que enseja produtos com preços mais competitivos. Além do que ela permite a possibilidade de escolha com melhor informação. Ora, se o mercado é competitivo, haverá mais publicidade e com o acesso à informação o consumidor poderá escolher melhor. Em resumo, a lei antitruste protege diretamente o interesse institucional da ordem concorrencial. Indiretamente, as proibições de acordos de dominação de mercado, da eliminação da concorrência com preços predatórios e do aumento arbitrário de lucros favorece o consumidor.

Mas temos dois subsistemas distintos, o da defesa da concorrência e o da defesa do consumidor. O consumidor inclusive pode acionar o Cade *ex vi* do art. 29 da Lei antitruste. Convém, porém, advertir que o

<sup>7</sup>José Martins Proença, Direito Concorrencial, Aspectos Jurídicos e Econômicos, pp. 373-374.

<sup>8</sup>Ana Paula Martinez, A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais, Revista de Direito do Consumidor n. 52, RT, p.11.

consumidor que busca exclusivamente a sua satisfação em relações determinadas e específicas de consumo (contratuais ou não) vai buscar a proteção em primeiro lugar no Direito do Consumidor e os órgãos privilegiados para isso são os juizes civis e criminais do Poder Judiciário. O consumidor aí é, sobretudo o indivíduo concreto. Mas no caso do direito da concorrência o consumidor é um pouco como o cidadão de Rousseau ou sujeito transcendental racional de Kant. Ele não é uma pessoa em particular mas uma figura hipotética. No Cade ele não vai obter a satisfação imediata, mas apenas o instrumento para futuras satisfações, ou seja, vai obter a manutenção de um ambiente que se acredita – sim, acreditar no mercado é um ato de fé, ao fim e ao cabo – possa vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes, alternativas.

Esta, parece-me, é uma diferença fundamental e compreensível do enfoque que os direitos do consumidor e da concorrência dão ao indivíduo.

O Cade está aberto a receber queixas dos consumidores e não se recusa a examinar contratos privados. Ao fazer isto, entretanto, não se considera como órgão de jurisdição sobre negócios privados, senão quando eles apresentam algum efeito macrossocial ou macroeconômico, ou seja, quando resultem atual ou potencialmente em diminuição do ambiente concorrencial. O Cade encara os interesses dos consumidores como um subproduto de mercados competitivos e eficientes.

“Os consumidores que procuram o Cade em geral estão preocupados com aumentos de preços. A lei de defesa da concorrência faz uma referência tradicional ao aumento de preços. Os advogados de consumidores esforçam-se para equiparar aumentos abusivos de preços a condições potestativas e a cláusulas usurárias. No entanto, há ainda muito por fazer, pois das decisões estudadas não é possível ainda determinar precedentes inequívocos.”<sup>9</sup>

É importante assinalar que ao se apreciar o conteúdo das decisões do Cade, ele é um órgão de defesa do direito da concorrência e, indiretamente, tutela os interesses dos consumidores.

A seguir, passo a examinar a função do Bacen no controle dos atos de concentração e a questão da tutela dos interesses dos consumidores sob a perspectiva da autoridade monetária.

*O Banco Central e os atos de concentração no sistema financeiro nacional*

O sistema financeiro nacional está regulado pela Lei 4.595 de 31/12/1964. O art. 192 da Constituição é a base do sistema financeiro nacional e a Lei bancária é sua prática.

O Conselho Monetário Nacional – CMN detém competência normativa e o Bacen regulamenta as resoluções do CMN. Cabe a ele também fiscalizar o sistema bancário, emitir moeda e aplicar penalidades às instituições financeiras. Tem poder para autorizar seu funcionamento no país, instalar ou transferir suas sedes ou dependências. Autoriza, ainda, transformações, fusões, incorporações e alterações de estatutos (*vide* art. 10 da Lei Bancária).

Em março de 1997 veio a lume a Lei 9.447 que outorgou poderes ao Bacen para que, em hipóteses em que se configurem crises de instituições financeiras possa assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores. Permitem os incisos II e III do art. 5º da Lei 9.447/1997 que a autoridade monetária determine, em casos específicos, a transferência do controle acionário da instituição ou que reorganize do ponto de vista societário, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

*Ex vi* do art. 6º da do mencionado diploma legal, o Bacen, no curso dos regimes de intervenção, liquidação extra-judicial ou administração especial temporária, poderá autorizar a transferência para outra ou outras sociedades de bens, direitos e obrigações da instituição financeira, bem como a constituição ou reorganização de sociedade ou sociedades para as quais sejam transferidos no todo ou em parte, bens, direitos e obrigações da instituição sob regime especial.

O panorama da concentração no sistema financeiro nacional tem variado significativamente, desde a época em que era aberto, isto é, quando se pretendia um aumento das instituições financeiras com a desconcentração do setor.

Essa situação foi se alterando no final do ano de 1965 quando o Bacen passou a exigir cotas de autori-

<sup>9</sup>José Reinaldo de Lima Lopes, Direito da Concorrência e Direito do Consumidor, Revista de Direito do Consumidor, n. 34, 2000, RT, pp. 86-87.

zação para funcionamento de dependência. Em 1970 o Bacen suspendeu a autorização para instalação de novas agências com o objetivo de fortalecer as instituições então existentes no mercado. Deixou de autorizar, ainda o funcionamento de novas instituições nas áreas bancárias, bem como de novas sedes e agências de dependências, tendo em conta o nível da capacidade instalada no SFN na época.

Com a Constituição de 1988 foi reaberto o sistema pelo Conselho Monetário Nacional que passou a exigir situação econômica compatível com o empreendimento, capacidade técnica e reputação ilibada dos candidatos a banqueiro. O número de bancos teve um crescimento expressivo, pois a cultura inflacionária, mas o Plano Real, em 1994, traria mudanças nos índices de concentração. A crise decorrente do fim das receitas inflacionárias causou impacto nas instituições médias e pequenas. As causas foram inúmeras, como restrição ao crédito, inadimplência, inexistência de método de avaliação de risco, má gestão de administradores e ausência de fiscalização eficaz por parte da autoridade monetária

Um ano após o lançamento do Plano Real, a crise se tornou aguda e dois grandes bancos apresentaram problemas de liquidez. O Banco Econômico foi objeto de intervenção e a crise no Banco Nacional deflagrou o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, para evitar o que seria o início de uma crise sistemática. Para tanto, à época, foram injetados nas instituições financeiras deficitárias, pelo Bacen, mais de vinte bilhões de reais.

O Proer financiou as reestruturações bancárias e criou obstáculos ao ingresso de novos bancos. No período de 1994 a 2001, o processo gradual de concentração ocorreu com a aquisição por parte dos grandes bancos dos pequenos e médios regionais. O movimento de concentração também se justifica quando se tem em mente que o ingresso de bancos estrangeiros fez com que as instituições financeiras nacionais procurassem se fortalecer para não perder suas posições no mercado

O Proer teria por finalidade operar a reorganização societária e operacional dos bancos em dificuldades, tendo sido incentivado pelo Bacen a transferência do controle acionário de vários bancos. Foi então editada a Lei 9.447/1997 que conferiu maior poder de intervenção ao Bacen sobre as instituições financeiras.

Instituições financeiras estrangeiras foram incentivadas a integrar o sistema financeiro nacional e bancos públicos foram privatizados. O cenário do nível de concentração no setor aumentou bastante, pois a regulação introduzida pelo Proer restringiu bastante o acesso de novos interessados no mercado.

Esse breve panorama tem por escopo fazer ver que o problema da análise de atos de concentração bancária pelo Bacen está interligada com a questão da política monetária e a possibilidade de riscos sistêmicos.

Pelo que se extrai da história recente do país, ou pelo menos a partir de 1964, o princípio da livre concorrência não é regra adotada pela autoridade monetária a qual se norteia por critérios da política monetária, como acontece em regra em todos os países do mundo. As questões relativas ao incremento da concorrência para o efeito de criar condições de acesso e preços mais benéficos do consumidor passam na linha do horizonte da autoridade monetária. Se para o Cade o consumidor é o sujeito transcendental de Kant, para o Bacen é uma abstração anatômica.

Não se vislumbra, até o momento, aptidão do Bacen para operar no sentido de incentivar a competição.

Isto porque o Bacen parte da tese que a concentração do mercado garantiria um sistema mais estável e assim institui restrições sobre a abrangência de atividade, estrutura societária das instituições financeiras, carteiras, adequação de capital mínimo, nível de reserva compulsória, obstáculo a criação de agências bancárias subsidiárias.

A autoridade monetária no Brasil não deve ver a aplicação das normas da defesa da concorrência como algo alheio dos seus fins institucionais porque não há demonstração na teoria econômica, acima de toda dúvida razoável, que um índice demasiado alto seja garantia contra o risco sistêmico. Pelo contra, a quebra dos *big big banks* pode ser devastadora para a economia.

*A inaplicabilidade da Lei 8.884/94 ao sistema financeiro*

As normas antitrustes relativas a competência do Cade em proceder a análise de atos de concentração de empresas privadas são basicamente as seguintes:

Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Bra-

sil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”(Lei 8.884/1994)

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. (Lei 8.884/1994)

As normas que atribuem, na Lei bancária atribuições reguladoras e adjudicativas estão previstas na Lei 4.595/1964:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

VIII – Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades;

IX – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

- a) funcionar no País;
- b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
- c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
- d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena () nos termos desta lei.

Art. 42. O art. 2º da Lei 1808, de 07/01/1953, terá a seguinte redação:

“Art. 2º Os diretores e gerentes das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante sua gestão, até que elas se cumpram.

Parágrafo único. Havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante.”

Art. 43. O responsável pela instituição financeira que autorizar a concessão de empréstimo ou adiantamento vedado nesta lei, se o fato não constituir crime, ficará sujeito, sem prejuízo das sanções administrativas ou civis cabíveis, à multa igual ao dobro do valor do empréstimo ou adiantamento concedido, cujo processamento obedecerá, no que couber, ao disposto no art. 44, desta lei.

Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I – Advertência.

II – Multa pecuniária variável.

III – Suspensão do exercício de cargos.

IV – Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras.

V – Cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais, ou privadas.

VI – Detenção, nos termos do § 7º, deste artigo.

VII – Reclusão, nos termos dos artigos 34 e 38, desta lei.

§ 1º A pena de advertência será aplicada pela inobservância das disposições constantes da legislação em vigor, ressalvadas as sanções nela previstas, sendo cabível também nos casos de fornecimento de informações inexatas, de escrituração mantida em atraso ou processada em desacordo com as normas expedidas de conformidade com o art. 4º, inciso XII, desta lei.

§ 2º As multas serão aplicadas até 200 (duzentas) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, sempre que as instituições financeiras, por negligência ou dolo:

a) advertidas por irregularidades que tenham sido praticadas, deixarem de saná-las no prazo que lhes for assinalado pelo Banco Central da República do Brasil;

b) infringirem as disposições desta lei relativas ao capital, fundos de reserva, encaixe, recolhimentos compulsórios, taxa de fiscalização, serviços e operações, não atendimento ao disposto nos arts. 27 e 33, inclusive as vedadas nos arts. 34 (incisos II a V), 35 a 40 desta lei, e abusos de concorrência (art. 18, § 2º);

c) opuserem embaraço à fiscalização do Banco Central da República do Brasil.

§ 3º As multas cominadas neste artigo serão pagas mediante recolhimento ao Banco Central da República do Brasil, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da respectiva notificação, ressalvado o disposto no § 5º deste artigo e serão cobradas judicialmente, com o acréscimo da mora de 1% (um por cento) ao mês, contada da data da aplicação da multa, quando não forem liquidadas naquele prazo;

§ 4º As penas referidas nos incisos III e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando dá reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 5º As penas referidas nos incisos II, III e IV deste artigo serão aplicadas pelo Banco Central da República do Brasil admitido recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho Monetário Nacional, interposto dentro de 15 dias, contados do recebimento da notificação.

§ 6º É vedada qualquer participação em multas, as quais serão recolhidas integralmente ao Banco Central da República do Brasil.

§ 7º Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores.

§ 8º No exercício da fiscalização prevista no art. 10, inciso VIII, desta lei, o Banco Central da República do Brasil poderá exigir das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as referidas no parágrafo anterior, a exibição a funcionários seus, expressamente credenciados, de documentos, papéis e livros de escrituração, considerando-se a negativa de atendimento como embaraço à fiscalização sujeito à pena de multa, prevista no § 2º deste artigo, sem prejuízo de outras medidas e sanções cabíveis.

§ 9º A pena de cassação, referida no inciso V, deste artigo, será aplicada pelo Conselho Monetário Nacional, por proposta do Banco Central da República do Brasil, nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com as penas previstas nos incisos III e IV deste artigo.”

No que tange ao controle de condutas, art. 11, inciso VIII, da Lei bancária dispõe que compete ao Bacen exercer permanentemente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizam.

A interpretação que se pode extrair do art. 10 c/c o art. 18, § 2º da Lei 4.595/1964 é que compete ao Bacen aplicar a política monetária nacional, observando as diretrizes elaboradas pelo Conselho Monetário Nacional, dispor sobre normas reguladoras que criam condições adequadas entre as instituições financeiras.

Pode-se também entender que a fiscalização do Bacen deve-se dar para verificar o descumprimento de normas da Lei bancária e da legislação sobre instituições financeiras, nela incluídas as normas regulamentadoras baixadas pela própria autoridade monetária.

Além das disposições da Lei 4.595/1964 a Lei 9.447/1997, editada após a crise de liquidez decorrente da estabilização econômica levada a cabo pelo Plano Real, no seu art. 5º determinou que em caso de insolvência ou pré-insolvência de determinada instituição financeira, o Bacen poderá ordenar a capitalização da sociedade com o aporte de recursos necessários ao seu soergimento em montante por ela fixado, poderá determinar a transferência do controle acionário e/ou pode facultar a reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Com relação a tias atos de concentração, que tiveram por fundamento legal as normas do art. 5º da Lei 9.447/1997, também falece ao Cade competência para rever, neste caso porque decorrentes da função reguladora do Bacen em hipóteses de crise do sistema.

O Cade sustenta que o Bacen não teria como punir infrações à ordem econômica em virtude da falta de previsão na Lei 4.595/1964.

Os apelados, por outra parte, alegam que *ex vi* do artigo 192 da Constituição Federal, a Lei 4.595/1964 foi recepcionada como lei complementar, podendo somente ser alterada por outra de igual hierarquia.

Afirmam, também, que se trata de lei complementar e especial, prevalecendo sobre a lei antitruste de natureza geral.

Vejamos, inicialmente, a questão da natureza da Lei bancária e sua recepção pela Constituição.

A Constituição de 1988 balizou o sistema financeiro nacional em seu art. 192, dispondo que lei complementar regularizaria o setor. Até hoje dita lei não veio ao mundo jurídico, de sorte que o eg. Supremo Tribunal Federal admitiu a velha lei de 1964 como recepcionada pela Constituição ora vigente.

O constituinte inseriu no capítulo da ordem econômica um subsistema que denominou de “financeiro”.

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive sobre:

I – a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;

III – as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

os interesses nacionais;

os acordos internacionais;

IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V – os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI – a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII – os créditos restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maíós desenvolvimento;

VIII – o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias, das instituições financeiras.

Esta fora de questionamento, pois, que futura lei complementar regulará o sistema financeiro nacional *ex vi* do art. 192 da CF/1988. A questão jurídica controvertida não é essa. A indagação que se coloca é se as normas atinentes à defesa da concorrência, inscritas na Lei bancária, recepcionada como complementar, também têm idêntica natureza ou se foram recepcionadas como lei ordinária, segundo afirma o Cade.

A Constituição, como se sabe, dispõe quais matérias são reservadas à lei complementar e à lei ordinária. Assim, quando uma lei velha for recepcionada pela nova ordem constitucional, há que se constatar se a lei anterior contém matéria que deva se inserir na competência da lei ordinária ou complementar. Em resumo, é matéria objeto de lei complementar o que a norma constitucional diz que deve ser objeto de lei complementar com expressa previsão do constituinte. É considerada como norma de natureza ordinária aquelas que na lei velha são tidas como ordinária na nova Constituição.

A Constituição, no que diz respeito à proteção contra o abuso do poder econômico, determinou no seu artigo 173, § 4º, que *lei* reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Vê-se que o constituinte dispôs que lei ordinária regularia o direito da concorrência. Portanto, segundo a atual Constituição as normas existentes na Lei 4.595/1964 que digam respeito a concorrência possuem natureza de lei ordinária, pois esta modalidade de regras, com fundamento no art. 173, § 4º, da Carta Política, são ordinárias.

Os argumentos do apelante não são surrealistas ou “tortuosos” como declaram os apelados em seu memorial. Está correto o Cade, quando afirma que ao se dar o fenômeno da recepção, deve o intérprete e aplicador constatar, segundo a nova ordem jurídica constitucional, quais matérias a Constituição reserva para a esfera da lei complementar e da lei ordinária. Lei complementar não pode regular matéria que segundo a Constituição foi reservada à lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal já teve, inclusive, oportunidade de enfrentar tal controvérsia quando

declarou a distinção entre as normas de natureza complementar relativas à estrutura do sistema financeiro e outras normas da Lei 4.954/1994 sobre direito do servidor que deteriam natureza de lei ordinária. Isto porque o artigo 52 da Lei 4.595/1964 diz respeito aos funcionários do Bacen e seu regime jurídico, regulado por lei ordinária *ex vi* do art. 39 da Constituição de 1988.

Para alguns a Lei 8.112/1990 não seria aplicável aos servidores do Bacen, porquanto o art. 52 da Lei bancária teria sido recepcionado como lei complementar. O Supremo Tribunal Federal entendeu, contudo, deferentemente.

No julgamento da ADIn 449/DF, o STF, Rel. Min. Carlos Veloso entendeu que:

I – O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990.

II – *As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/1988, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no artigo 192, IV, da Constituição.*

III – O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.

IV – ADIn julgada procedente.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual as normas de defesa do consumidor são aplicáveis aos bancos, não havendo que se invocar para tanto a norma do art. 192 da Constituição, podendo, assim, ser aplicado às instituições financeiras o Código de Defesa do Consumidor, ainda que sendo lei de natureza ordinária.

Em síntese, em análise do conteúdo das normas da Lei 4.595/1964 e com base no art. 173, § 4º, da CF/1988, conclui-se que os dispositivos da Lei 4.595/1964 que dispõem sobre o direito da concorrência têm natureza de lei ordinária.

A solução da lide não se dá, pois, com fundamento no art. 192 da Constituição, pois não está em debate a estruturação do sistema financeiro, mas o direito da defesa da concorrência. Não é correto ainda afirmar que, tendo sido a Lei 4.595/1964 recepcionada como lei complementar, todo o sistema financeiro restou

submetido às regras de lei complementar presente e futura.

Chegando-se, agora, à conclusão de que as normas da defesa da concorrência da Lei 8.884/1994 e as da Lei 4.595/1964 têm a mesma hierarquia, devemos proceder à resolução do conflito aparente de normas.

O conflito na espécie é de ser resolvido com base na teoria do conflito de leis no tempo, para o fim de se saber qual delas incidirá sobre a matéria da defesa da concorrência relacionada ao setor bancário. Analisando as duas leis especiais que tratam de atos de concentração, nota-se que os atos de concentração na esfera do sistema financeiro são da competência da autoridade monetária, porque a lei bancária é especial em relação a lei antitruste. Por outras palavras, a Lei 8.884/1994 é a lei geral da defesa da concorrência e a Lei 4.595/1964 é lei especial, pois disciplina, inclusive, o direito concorrencial no âmbito do sistema financeiro.

O constituinte não isentou o setor financeiro da disciplina concorrencial, mas o legislador ordinário o submeteu a autoridade reguladora.

A distinção entre aspectos sistêmicos e concorrencial não é prevista na Lei 4.595/1964. De fato, o capítulo da Constituição sobre a ordem econômica é concernente a toda a economia e sua regulação quanto à produção e o consumo. O constituinte cuidou do sistema financeiro nacional em um subcapítulo em razão de sua especificidade, trata-se, pois, de um subsistema dentro da ordem econômica geral.

Ademais não se pode negar que a Lei 4.595/1964 não cuida dos atos de concentração, vale dizer, o lado da prevenção da defesa da concorrência está previsto no art. 10, IX e X, “c” e “g” da Lei 4.595/1964, que dispõe que compete ao Bacen fiscalizar as instituições financeiras, analisar e aprovar os atos de transformação, fusão, incorporação, encampação, alienação ou qualquer forma de transferência de controle acionário.

A regulamentação das condutas anticoncorrencias está prevista no art. 18, § 2º, da Lei bancária, que estabelece que o exercício de qualquer atividade financeira deve receber prévia autorização do Bacen.

É verdade que o exame da Lei 4.595/1964 demonstra que os poderes do Bacen são singelos para lidar com o problema das condutas lesivas ao livre mercado e à concorrência e, conferir, assim, eficácia às sanções previstas no art. 44 do citado diploma legal. A

autoridade monetária sequer detém o aparato organizacional do Cade, já visto em item anterior deste voto.

Não se percebe, ademais, que o sistema financeiro esteja apoiado na competição por uma série de razões conforme afirmei anteriormente. A rigor, sabe-se que o sistema financeiro não está plenamente inserido na livre iniciativa, posto que é uma atividade plena de limitações, devendo ser autorizada. De igual forma, não se tem conhecimento de eficácia das sanções do BACEN contra atos anticoncorrenciais ou de abuso do poder econômico e a estrutura da Lei 4.595/1964 está em descompasso com o atual estágio do mercado financeiro.

Mas qualquer que seja a crítica que se ofereça a ineficácia da autoridade monetária no que diga respeito a possíveis condutas abusivas das instituições financeiras, o certo é que *legem habemus* que pela sua especificidade afasta a Lei 8.884/1994, aplicável aos outros setores da ordem econômica.

Se a autoridade monetária na sua atuação em defesa da concorrência tem se mostrado ineficaz, não significa que os instrumentos sancionatórios não existem. Significa que são insuficientes, mas que não podem ser ignorados pelo operador do Direito.

A Lei 4.595/1964 é especial porque diz respeito a setor particular das relações econômicas, inclusive os atos de controle de atos de concentração bancária. Já a Lei antitruste estabelece a disciplina dos atos de controle das empresas de uma forma geral.

O art. 10 da Lei 4.595/1964 dispõe que a competência do Bacen é privativa, valendo dizer que resta excluída a competência de outra agência. Logo, inexistente conflito ou é aparente o conflito de competência no caso *sub examem* porquanto, segundo norma especial, compete ao Bacen com exclusividade coibir o abuso do poder econômico no âmbito das instituições financeiras (Lei 4.595/1964, art. 10, “c” e “g” e art. 18, § 2º).

É fato que o art. 54 da Lei antitruste não tem previsão de exceção à competência do Cade, mas tal exceção não necessita ser expressa, eis que a existência de lei especial dispondo regra específica para o controle dos atos de concentração de instituições financeiras significa que um segmento específico do mercado foi objeto de disciplina legislativa diferenciada.

Infrações à ordem econômica praticadas por agentes do sistema financeiro não ficam impunes

ou não deveriam ficar, posto que o art. 18, § 2º da Lei 4.595/1964 prevê sanções para os casos de abuso ou violação à livre concorrência. A norma do art. 44 arrola as penalidades que podem ser aplicadas pelo Bacen quando da ocorrência de condutas lesivas, segundo § 2º, b, do mesmo art. 44.

Ao fim e ao cabo, nota-se que o Bacen atua como agência reguladora ao mesmo tempo que congrega a atividade da defesa da concorrência. Tal modelo teve inspiração no direito americano da década de 30 segundo o qual a decisão sobre fusões, aquisições etc. é do Federal Reserve System.

Demonstrada a aplicação exclusiva da Lei 4.595/64 ao setor bancário no tema da concorrência, *tem-se que é ilegal, não inconstitucional*, a decisão do Cade que determinou que a operação da aquisição do controle do BCN pelo Bradesco fosse notificada aos órgãos de defesa da concorrência. O ato impugnado não viola o art. 192 da Constituição porque as normas sobre a concorrência na Lei bancária não foram recepcionadas como lei complementar.

*Ad argumentandum*, ainda que fosse considerada legal a decisão do apelante, não seria razoável retroagir uma interpretação para alcançar negócio jurídico de aquisição do BCN pelo Bradesco ocorrido há quase dez anos.

Conforme esclareceram os apelados em seu memorial, pelos menos trinta e oito acordos análogos foram celebrados, de sorte que desconsiderar todos eles, após tantos anos é trazer um tumulto e uma insegurança jurídica que não interessa à economia do país.

Se deficiências existem no campo da defesa da concorrência no sistema financeiro e se reparos devem ser feitos no nosso modelo, o problema reclama solução na via legislativa, não sendo juridicamente possível negar vigência aos arts. 10, 18, e 44 da Lei 4.595/1964.

O art. 10 da Lei bancária combinado com o art. 18, § 2º estabelecem a competência privativa para a fiscalização e para a atuação das condições da concorrência. As normas estabelecem o controle da estrutura e a função de adjudicação, isto é, julgamento nos casos de abuso ou conduta anticoncorrenciais.

*A res in iudicium deducta* tem aspectos de direito material que estão ligados a questão da competência de forma que há que se indagar as razões pelas quais o constituinte houve por bem destinar regras específicas

à setor da ordem econômica, inclusive normas anti-truste em lei especial.

O legislador ordinário deverá encontrar o ponto de equilíbrio entre a regulação sistêmica e prudencial com os princípios da defesa da concorrência. A regulação prudencial busca a proteção dos depositantes, correntistas, investidores, pequenos ou grandes. Objetiva, como já dito, minimizar as conseqüências dos riscos que as instituições financeiras eventualmente sejam acometidas. A defesa da concorrência poderá trazer uma distribuição de benefícios ao consumidores se o nível de concentração puder ser flexibilizado em risco para o mercado.

O ponto de equilíbrio entre a manutenção da estabilidade financeira e o incentivo a concorrência exige cautela, destreza na adoção de novos modelos regulatórios, não é matéria que se improvise.

Ante o exposto, nego provimento à apelação por distintos fundamentos.

É o voto.

## Voto-Vista

O *Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus*: – Cuida-se de apelação interposta pelo Cade contra sentença concessiva de segurança, que declarou ser do Bacen a competência exclusiva para examinar o ato de concentração decorrente da aquisição do BCN pelo Bradesco (fls. 344/348).

Na sessão realizada no dia 15/08/2007, após relatar o feito, a eminente Relatora, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, proferiu voto negando provimento ao recurso do Cade.

Antecipando seu voto, o ilustre Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira divergiu da Relatora, entendendo que “o interesse protegido na lei específica do sistema financeiro e o interesse protegido na lei do Cade” podem coexistir harmonicamente “dentro do princípio da complementaridade”, não havendo incompatibilidade entre eles. Em conseqüência, os atos de concentração envolvendo instituições financeiras devem, também, passar pelo crivo da legislação antitruste, o que torna perfeitamente legal o ato da autoridade apontada como coatora, que determinou aos bancos impetrantes a apresentação de dados referentes à operação que resultou no controle acionário do BCN

pelo Bradesco, sob pena de imposição de multa diária.

Para análise acurada da causa, pedi vista.

A edição da Lei 8.884/1994 decorreu de previsão expressa no atual ordenamento constitucional positivo, que preconiza, em seu texto, o advento de ato legislativo com o escopo de reprimir o abuso do poder econômico nas circunstâncias mencionadas no parágrafo 4º do art. 173 da Lei Maior<sup>10</sup>.

Ao traçar os princípios gerais da atividade econômica no Capítulo I do Título VII, a Lei Fundamental tornou claro o propósito do legislador constituinte de estabelecer uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, no afã de assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, conforme os imperativos da justiça social, perfilhando, entre outros, os princípios relativos à propriedade privada, à função social da propriedade, à livre concorrência e à defesa do consumidor. Extrai-se dos princípios que presidem a ordem econômica e financeira a preocupação do constituinte, de modo especial, com a defesa da concorrência e a defesa do consumidor em situação mui diversa do que sucedia em tempos pretéritos, *v.g.*, em meados da década de 60, época da edição da Lei 4.595/1964, quando a evolução legislativa no tocante a essa matéria era ainda incipiente e, portanto, longe se achava de alcançar o estágio obtido posteriormente durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, os quais culminaram com a edição do atual texto constitucional.

É preciso acentuar, sob esse aspecto, a grande diferença existente entre a sistemática da Lei 4.595/1964 e a nova disciplina da Lei 8.884/1994, sendo certo que somente a última reflete a nova e moderna visão do legislador constituinte na tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, diferentemente do que sucedeu com o legislador de 1964.

Com efeito, a própria norma inscrita no § 4º do art. 173 da Lei Maior expressa exemplarmente tal es-

<sup>10</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

copo protetor dos interesses difusos e coletivos, ao enfatizar que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise, de um lado, à dominação dos mercados, de outro, à eliminação da concorrência e, por último, ao aumento arbitrário dos lucros, deixando evidenciada essa idéia matriz de proteção aos diferentes segmentos da sociedade, no que conseguiu abarcar como resultante desse disciplinamento múltiplas e diferentes categorias de mercados suscetíveis de regulação econômica.

Tendo presente essa moldura jurídico-constitucional, posso iniciar a formação da minha convicção sobre a interpretação das regras legais em discussão no âmbito do processo, no sentido de acolher a tese desenvolvida pelo Ministério Público Federal e pelo Cade quanto à imprescindibilidade de submissão dos bancos não apenas ao Bacen, mas, também, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ora Apelante.

Como bem ressaltou a ilustre Relatora, apenas os dispositivos da Lei 4.595/1964, que tratam do Sistema Financeiro Nacional, foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei complementar, por força do art. 192 da CF. Já as normas da Lei 4.595/1964, que cuidam de concorrência, têm natureza de *lei ordinária*, pois a Carta Política, em seu art. 173, § 4º, não faz expressa alusão à lei complementar.

Na parte conclusiva de seu voto, assim expressou seu entendimento:

Chegando-se, agora, à conclusão de que as normas da defesa da concorrência da Lei 8.884/1994 e as da Lei 4.595/1964 têm a mesma hierarquia, devemos proceder à resolução do conflito aparente de normas.

O conflito na espécie é de ser resolvido com base na teoria do conflito de leis no tempo, para o fim de se saber qual delas incidirá sobre a matéria da defesa da concorrência relacionada ao setor bancário. Analisando as duas leis especiais que tratam de atos de concentração, nota-se que os atos de concentração na esfera do sistema financeiro são da competência de autoridade monetária, porque a lei bancária é especial em relação à lei antitruste. Por outras palavras, a Lei 8.884/1994 é a lei geral da defesa da concorrência e a Lei 4.595/1964 é lei especial, pois disciplina, inclusive o direito concorrencial no âmbito do sistema financeiro.

(...)

O art. 10 da Lei 4.595/1964 dispõe que a competência do Bacen é privativa, valendo dizer que resta excluída a competência de outra agência. Logo, inexistente conflito ou é aparente o conflito

de competência no caso sub examen porquanto, segundo norma especial, compete ao BACEN com exclusividade coibir o abuso do poder econômico no âmbito das instituições financeiras (Lei 4.595/1964, art. 10, 'c' e 'g' e art. 18, § 2º).

É fato que o art. 54 da Lei antitruste não tem previsão de exceção à competência do Cade, mas tal exceção não necessita ser expressa, eis que a existência de lei especial dispendo regra específica para o controle dos atos de concentração de instituições financeiras significa que um segmento específico do mercado foi objeto de disciplina legislativa diferenciada.

Na esteira do raciocínio desenvolvido pelo eminente Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, no voto oral que proferiu durante a sessão de 15/08/2007, entretanto, entendo, também, que a aludida Lei Bancária não se sobrepõe à Lei 8.884/1994, nem a substitui no tocante à matéria de competência legal do Cade.

O legislador estabeleceu, no art. 10, inciso X, alínea "c", da primeira lei referida, a competência privativa do Bacen para conceder autorização às instituições financeiras no tocante aos atos de fusão, transformação ou incorporação. A dita atribuição legal, a meu ver, diz respeito à sua atividade típica de ente regulador do sistema financeiro nacional; não, porém, de regulador, no que toca à defesa da concorrência, é dizer, relativamente aos atos de concentração. Correta, portanto, *data venia*, a posição assumida pelo Cade quando aduz as seguintes considerações em seu sintético memorial:

Como órgão regulador do sistema financeiro, o Bacen tem duas funções: regulação prudencial (proteção dos depositantes) e regulação sistêmica (estabilidade do sistema financeiro). É possível que variáveis concorrenciais sejam usadas nas regulações prudencial e sistêmica. Daí por que a Lei 4.595/1964 atribui ao Bacen competências em matéria concorrencial. Mas isso não significa que ela exclua a competência do Cade, no que tange à defesa da concorrência, nos casos em que não houver risco prudencial ou sistêmico. (...).

O SFN também é parte da Ordem Constitucional Econômica, que erige a defesa da concorrência como direito social fundamental (CF/1988, arts. 170 e 173, § 4º);

A Lei 4.595/1964, por ter sido recebida como lei complementar, não está acima da Lei 8.884/1994. Apenas a matéria reservada pela CF à lei complementar é que não poderia ser tratada por lei ordinária.

No julgamento da (...) ADIN proposta pelos bancos contra o CDC, o STF declarou que o art. 192 reserva à lei complementar apenas a estrutura institucional do SFN. Portanto, os bancos devem se submeter – como todos os cidadãos – às demais leis do país, como o CDC, o CTN, a CLT, o CC, o Cco, e a Lei 8.884/1994;

Não sendo a defesa da concorrência matéria reservada à lei complementar, os dispositivos da Lei 4.595/1964 que atribuem ao Bacen competências em matéria concorrencial devem ser interpretados em harmonia com a Lei 8.884/1994 (que lhe é posterior) e em coerência com suas funções de regulador do sistema financeiro.

A propósito do tema, peço vênha para transcrever trecho do artigo intitulado “Conflito de competência entre Cade e Bacen?”<sup>11</sup>, de autoria de Odete Medauar, no qual a ilustre doutrinadora afirma:

(...) a matéria da Lei 4.595/1964 diz respeito às instituições monetárias, bancárias e creditícias, ao Conselho Monetário Nacional e ao Bacen. Sua matéria não é a concorrência e muito menos os atos de concentração.

A competência, apontada no art. 10, IX, de fiscalizar as instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas, não implica necessariamente a competência para controlar os atos de concentração sob o ângulo da proteção da concorrência. A fiscalização aí prevista concerne à matéria financeira e aos objetivos do sistema financeiro. Se assim não fosse, nenhuma Prefeitura poderia exercer fiscalização sobre estabelecimentos bancários, por exemplo, quanto à legalidade da localização e à regularidade da construção.

De igual forma, da competência para autorizar a transformação, fusão ou incorporação de instituições financeiras, indicada no art. 10, X, c, não se há de inferir a atribuição em matéria concorrencial, dadas as finalidades diversas, já apontadas, do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Defesa da Concorrência.

Menciona-se, com freqüência, para justificar possível competência do Bacen em temas concorrenciais, o art. 18, § 2º, da Lei 4.595/1964, que reza o seguinte: “O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena,

nos termos desta Lei”. Reiterem-se, neste ponto, as ponderações a respeito do momento em que essa Lei foi editada, muito diferente do momento em que a Constituição de 1988 foi promulgada e do momento atual; e da estranheza de se atribuir a tal preceito dimensão que jamais teve e nem teria na época de sua edição.

(...)

Também mostra-se inadequada a justificativa da competência do Bacen com base no art. 5º da Lei 9.447, de 14/03/1997, que permite ao mesmo, verificadas as hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei 6.024/1974 e no art. 1º do Decreto-Lei 2.321/1987, visando a resguardar a economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, a reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Deve-se notar, de início, que a Lei 6.024/1974 dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras. E o Decreto-Lei 2.321/1987 institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração temporária, nas instituições financeiras públicas privadas e públicas não federais. Tais diplomas, como se percebe, cuidam de situações de anomalias em instituições financeiras, que exigem atuação mais forte do Bacen, em defesa de depositantes, investidores etc. Nestes casos, e apenas nestes casos, a Lei possibilita que o Bacen determine, compulsoriamente, a incorporação, fusão ou cisão de instituições. Por isso, mostra-se inviável daí deduzir-se a competência do Bacen em matéria concorrencial, visto que a Lei 9.447/1997 vincula a faculdade atribuída ao Bacen de impor incorporação e fusão apenas àquelas situações anômalas. Tais medidas compulsórias revestem-se da finalidade de defesa de depositantes, investidores, credores, etc, e não da defesa da concorrência. E devem ser submetidas à apreciação do Cade que irá examiná-las sob o aspecto da defesa da concorrência. (...).

Ressalto, ainda, que o Bacen, a despeito de sua notória importância no desempenho de suas atribuições legais de índole político-jurídico-econômica, não dispõe de legislação específica traçando procedimento administrativo próprio que o invista na competência fiscalizatória das infrações contra a ordem econômica – procedimento esse disciplinado pela Lei 8.884/1994. Também não é dotado, atualmente, de estrutura técnico-jurídica do nível e dimensões que se requerem para a aplicação das regras que integram o sistema legislativo de defesa contra os abusos do Poder Econômico. O Cade, contudo, acha-se devidamente aparelhado para exercer, em toda plenitude, suas funções institucionais,

<sup>11</sup> *In* Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. Coordenadores: Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul C. Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, pp. 125 e 126.

apurando e decidindo soberanamente acerca das questões concorrenciais. Essa assertiva mais se avulta de importância ao se ter presente a diretriz da jurisprudência e da doutrina no que tange à natureza das decisões emanadas do Cade, a saber:

A decisão proferida pelo Cade tem, portanto, no dizer de Hely Lopes Meirelles, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o Cade como um ‘órgão judicante’. Não resta dúvida que as decisões do Cade, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa (João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 312/313).

(REsp 590960/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, julgado em 26/10/2004, unânime, DJ de 21/03/2005, p. 234.)

Cumprido anotar, ainda sob esse prisma, que a antes referida doutrinadora menciona a “total ausência de atuação do Bacen em questões concorrenciais, no decorrer de quase quarenta anos da promulgação da Lei 4.595/64”<sup>12</sup>.

Com o mesmo pensamento, Carlos Ari Sunfeld afirma que, “do ponto de vista histórico, nem a Lei 4.595/1964 nem a atuação do Banco Central do Brasil serviram para promover a livre concorrência no setor financeiro”<sup>13</sup> e acrescenta que “diferentemente do Bacen, o Cade e os órgãos instrutores do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência têm larga experiência em acessar as bases de dados e os estudos que caracterizam os diversos setores econômicos do Brasil, além de terem desenvolvido ao longo do tempo um *know-how* analítico adequado à defesa da concorrência no país. Assim, detêm dois fatores fundamentais — experiência e *know-how* — para propiciar maior produtividade e, desse modo, garantir maior eficiência do Estado na

<sup>12</sup> *Idem*, p. 122.

<sup>13</sup> In *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Coordenadores: Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul C. Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos. O texto de Carlos Ari Sunfeld possui o mesmo título dado ao livro. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 35.

tutela concorrencial”<sup>14</sup>.

Ademais, Cássio Scarpinella Bueno, em artigo intitulado “Quatro variações sobre o tema: regulação e concorrência no setor financeiro”<sup>15</sup> faz lúcidas e pertinentes observações quanto à matéria em discussão, afirmando que “reconhecer ao Bacen, e não ao Cade (...), competência exclusiva para julgar os atos de concentração econômica das instituições financeiras significa, em última análise, retirar o necessário grau de imparcialidade (de independência, não-vinculação, não-subordinação) dos julgamentos a serem travados envolvendo os agentes financeiros”, já que, na visão do referido doutrinador, o Cade possui grau maior de independência do que o Bacen, seja porque o Presidente e os Conselheiros do primeiro exercem mandato, seja porque a presidência do segundo é cargo de livre exoneração, seja porque não se vincula às políticas implementadas pela Administração centralizada, o que não mais ocorre com o Bacen, que tem, como uma de suas finalidades institucionais previstas no art. 9º<sup>16</sup> da Lei 4.595/1964 a de implementar a política monetária imposta pelo Conselho Monetário Nacional.

Não é por outro motivo que Carlos Ari Sunfeld salienta que “a própria competência do Bacen prevista no art. 10, X, ‘c’ — conceder autorização às instituições financeiras para que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas — está condicionada às normas do CMN e, destarte, à sua política”<sup>17</sup>.

Assim sendo, conclui o doutrinador que “a persecução e tutela da concorrência pelo Bacen, na forma dos arts. 10, X, ‘c’, e 18, § 2º, da Lei 4.595/1964, tem caráter nitidamente instrumental, na medida em que vinculada à realização de outros valores próprios da regulação do sistema financeiro. (...) No máximo, a

<sup>14</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>15</sup> In *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Coordenadores: Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul C. Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, pp. 52 a 54.

<sup>16</sup> Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

<sup>17</sup> In *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Coordenadores: Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul C. Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos. O texto de Carlos Ari Sunfeld possui o mesmo título dado ao livro. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 45.

concorrência poderia ser vista como um instrumento circunstancial para a realização de alguns dos objetivos apontados, a ser perseguida *se e na medida em que* necessária para atingi-los”. Não haveria, portanto, “uma regulação antitruste propriamente cometida ao Bacen, mas apenas uma espécie de regulação antitruste algo atenuada, na medida em que totalmente subordinada aos objetivos da política monetária nacional”<sup>18</sup>.

De registrar-se, também, a observação de Paulo Correa<sup>19</sup>, segundo o qual, “na quase totalidade dos países-membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE), as concentrações bancárias são submetidas ao duplo controle do órgão antitruste e da instituição reguladora do setor bancário. (...). Como a legislação antitruste e a regulação do setor bancário brasileiros são rigorosamente consistentes com aqueles vigentes nos países-membros da OCDE, não encontra razão conceitual para o controle de concentrações no Brasil não se submeter ao órgão antitruste, a exemplo do que ocorre na quase totalidade desses países”.

De tudo quanto ficou registrado, extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/1964 com a Lei 8.884/1994, sendo elas aplicadas de forma complementar, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, enquanto a segunda cuidaria especificamente da tutela da concorrência.

Dúvida não remanesce de que é competente o Cade para o exame da operação que resultou na aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, sob a ótica da Lei Antitruste (Lei 8.884/1994).

Por fim, examino a alegação de que o Cade estaria submetido às conclusões expressas no Parecer AGU/LA-01/2001<sup>20</sup>, por força do disposto no art. 40, §

<sup>18</sup> *Idem*, pp. 44 e 45.

<sup>19</sup> *In* Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. Coordenadores: Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul C. Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos. Texto: “As concentrações bancárias no Brasil devem ser controladas pelos órgãos antitruste?” – de Paulo Correa. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 277.

<sup>20</sup> Publicado no DOU n. 80-E, de 25/04/2001, p. 13.

1º, da Lei Complementar 73/1993<sup>21</sup>.

O referido Parecer, elaborado em função de consulta sobre o conflito de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Económica – Cade, apresenta a seguinte conclusão:

A competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o Cade.

No ponto, compartilho do entendimento da Relatora no sentido de que o Cade deve ser considerado “independente quanto à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, inclusive na dicção de sua esfera de competência”, sob pena de afetar-se a autonomia de julgamento que caracteriza as agências, pois isso implicaria a ingerência do Poder Executivo no resultado de seus julgamentos.

Reforça essa conclusão a circunstância de que o art. 50 da Lei 8.884, de 11/06/94, que é posterior à LC 73, de 10/02/93, deixa expresso que “as decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo”.

Se assim não fosse, como bem ressaltou o *Parquet* Federal, quando o Poder Executivo não concordasse com as decisões proferidas pelo Cade, bastaria retirar-lhe a competência para apreciar o caso.

Ante o exposto, e não obstante reconheça que a posição do Bradesco e do BCN é dotada de consistência jurídica. Dou provimento ao apelo do Cade e à remessa, tida por interposta (Súmula 423/STF), pedindo vênias à eminente Relatora para acompanhar a divergência.

É como voto.

<sup>21</sup> Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

## Voto Vogal pela Ordem

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:*

– Sr. Presidente, minha decisão de antecipar o voto envolve dupla responsabilidade: pela importância da matéria e pelo fato de não ter examinado previamente a questão. Mesmo assim, vou tentar expor meu ponto de vista, divergindo, *data venia*, da conclusão a que chegou a ilustre Relatora.

Recordei-me, enquanto ouvia os debates, o voto da ilustre Relatora e a manifestação do ilustre Procurador da República, de que, quando iniciei a carreira de juiz federal, há vinte anos, deparei com situação um pouco semelhante a esta. Tratava-se de saber se poderiam ser aplicados às indústrias de informática na Zona Franca de Manaus, então incipientes, os benefícios da Lei Geral de Informática. Havia o decreto-lei que instituiu a Zona Franca de Manaus, o qual estabelecia incentivos fiscais para todas as empresas situadas no âmbito da Zona Franca de Manaus, e sobreveio a Lei Geral de Informática prevendo benefícios fiscais para todas as empresas dedicadas ao ramo da informática. A discussão era saber se as empresas situadas em Manaus poderiam auferir benefícios previstos para a Zona Franca de Manaus e, ao mesmo tempo, benefícios previstos na Lei de Informática. Estabeleceu-se aparente conflito entre uma norma espacialmente especial e outra norma materialmente especial, ou seja, uma norma relativa à Zona Franca de Manaus, considerando o território da Zona Franca de Manaus, e outra lei considerando a matéria “informática”. Como conciliar as duas ou excluir uma dessas normas? Foi quando vi que, principalmente nesses casos, os critérios da Lei de Introdução ao Código Civil não são suficientes para a solução de todas as questões relacionadas com a intertemporalidade das leis.

Os critérios da Lei de Introdução ao Código Civil são úteis, não há dúvida, mas não respondem a todos os questionamentos nesta área, principalmente quando envolvem aplicação de princípios constitucionais. Evoluímos do estágio em que prevalecia o princípio da legalidade *stricto sensu*. Passou-se a afirmar, num primeiro momento, que não é bem princípio da legalidade, mas princípio da legitimidade; depois, princípio da juridicidade; hoje se fala em princípio da constitucionalidade. À luz do princípio da constitucionalidade, as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição

e não, como ocorria no paradigma anterior, a Constituição muitas vezes sendo interpretada conforme a lei. Isso acontecia, por exemplo, em matéria relacionada ao direito adquirido. Era comum ficarmos presos ao conceito de direito adquirido dado pela lei, como se o direito adquirido previsto na Constituição fosse exatamente aquele previsto na Lei de Introdução ao Código Civil.

A Lei de Introdução ao Código Civil instituiu critérios que são típicos produtos do racionalismo jurídico. No racionalismo, não só jurídico, racionalismo como doutrina filosófica, prevalecem as chamadas dicotomias – as realidades são vistas de forma dicotômica –, a fragmentação e o reducionismo. A realidade é fragmentada para ser conhecida em seus mínimos detalhes; há a pretensão de se chegar à verdade pelo exame dos fragmentos. Prevalecem também as idéias de oposição, exclusão, especialização e hierarquia. Esses postulados são originários dos célebres princípios filosóficos de *identidade*, *não-contradição* e *terceiro excluído*, reportando-me a Aristóteles.

No Direito, o racionalismo jurídico gerou o positivismo, em que direito é essencialmente norma-regra e prevalece na aplicação da regra o critério do “tudo ou nada”, o dispositivo vale ou não, é aplicável ou não, para aquele caso. Evoluímos, hoje, para outro paradigma, o sistêmico, em que se afirma a complementaridade contra a idéia de oposição, dicotomia e exclusão. Prevalecem as idéias de totalidade, harmonia, interdisciplinaridade, horizontalidade. O direito, especialmente, e aqui me reportando à doutrina de Miguel Reale, deixa de ser somente a norma-regra para ser considerado norma, fato e valor, na teoria tridimensional do mestre, e para se destacarem, ao lado das regras, os princípios, que são mandados de otimização, no pensamento de Robert Alexy. Havendo dois princípios aparentemente contraditórios, a solução não deve ser excluir um desses princípios, deve ser no sentido de dar a melhor aplicação possível a ambos os princípios. Numa dada situação, o julgador deve fazer incidir todos os princípios envolvidos, na maior medida possível. Um princípio não exclui o outro. Devem ser aplicados de forma complementar, harmônica e total. Isso se reflete na doutrina do direito intertemporal. De acordo com essa nova orientação, esse novo paradigma, essa nova filosofia, surge nova concepção sobre a relação intertemporal das normas – a do diálogo das fontes normativas – em que deixa de preponderar a idéia racionalista de

conflito e revogação para dar lugar à de coordenação sistêmica, complementar e funcional de normas, independentemente de sua data e de seu caráter de generalidade ou especialidade.

Essa nova orientação doutrinária, no campo do direito intertemporal, tem sido seguida, de certa forma, pelo Supremo Tribunal Federal no caso de aplicação da Lei do Sistema Financeiro e do Código de Defesa do Consumidor. Entendeu-se que são normas harmônicas, complementares, que podem ser aplicadas concomitantemente. Isso acontece também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando manda aplicar o Código de Defesa do Consumidor em combinação com o Código de Aeronáutica, para efeito de indenização dos danos causados no serviço público de transporte aéreo de passageiros. O Código de Aeronáutica, sendo lei especial, prevê um sistema de indenização, e o Código de Defesa do Consumidor, outro. Em geral, o Supremo Tribunal Federal tem feito prevalecer o Código de Defesa do Consumidor, embora o Código de Aeronáutica seja lei especial. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial do ponto de vista da proteção do consumidor, o outro é lei especial sob o ponto de vista do serviço que regula. Então há necessidade dessa combinação, dessa aplicação harmônica dos dois instrumentos normativos.

Penso até que não seria necessária toda esta digressão para a solução do presente caso. Isto porque, conforme já disse, acima das leis estão os princípios constitucionais. Temos que aplicar esses princípios em detrimento das leis que aqui foram citadas e, muito mais, de um parecer da Advocacia-Geral da União. A questão envolve direitos fundamentais, como disse bem o ilustre Procurador da República, e a proteção desses direitos tem aplicação direta e imediata, independentemente de lei, de acordo com disposição constitucional, art. 5º, § 2º.

O art. 192 da Constituição Federal não afasta as disposições anteriores do mesmo Título, principalmente os princípios gerais. O Título VII fala da ordem econômica e financeira. Penso que sobre a literalidade desse Título deve prevalecer a essência. Alguém de bom senso ousaria excluir *finanças* de *economia*? Finanças estão incluídas na economia. O próprio texto constitucional nos leva a isso. O Capítulo I trata dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Dentro desses princípios da atividade econômica temos o § 5º, art. 173, que

diz: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e (...)”. Então, a própria Constituição equipara os dois conceitos. Não vejo como se possa tentar separar de economia o capítulo relativo ao Sistema Financeiro Nacional.

O Capítulo IV, do Sistema Financeiro Nacional, não é distinto do Capítulo I. Na verdade, numa interpretação lógica, o capítulo I é uma introdução de todo o Título VII. O que está estabelecido no capítulo I vale para todos os demais capítulos, porque é o capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, e dentro desses princípios gerais estão a livre concorrência, a defesa do consumidor e, especialmente, o contido no art. 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. E o § 5º: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. O Capítulo IV está inserido, não é paralelo ao Capítulo I. Não há relevância do ponto de vista lógico quando a Constituição distingue, literalmente falando, *economia* e *finanças*.

Finalmente, penso que não há, sob o aspecto teleológico, sentido na exclusão dos bancos. Prestei bem atenção ao argumento utilizado pela ilustre Relatora, tentando distinguir o interesse protegido na lei específica do sistema financeiro e o interesse protegido na lei do Cade. Não vejo incompatibilidade entre os dois interesses; vejo, sim, dentro do princípio da complementaridade, a possibilidade de aplicação harmônica das duas leis, dos dois sistemas normativos.

# Sexta Turma

---

## Apelação em Mandado de Segurança

2003.34.00.027398-2/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro  
Apelante: Paulo Henrique Nunes  
Advogado: Dr. Wander Perez  
Apelada: União Federal  
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
Divulgação: e-DJF1 de 15/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 18/02/2008

---

### Ementa

*Administrativo. Concurso Público. Ministério Público da União. Analista pericial em economia. Candidato aprovado em primeiro lugar. Não-convocação para a posse dentro do prazo de validade do certame. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Existência.*

I – A aprovação em concurso público gera, em princípio, mera expectativa de direito à nomeação, expectativa que se transforma em direito líquido e certo se, dentro do prazo de validade, houver violação à ordem de classificação do concurso.

II – Igualmente, se a Administração deixa transcorrer o prazo de validade do concurso, sem a nomeação do candidato aprovado e classificado em primeiro lugar, existindo vaga e ficando demonstrada a necessidade do serviço, como na hipótese.

III – Sentença reformada, para conceder a segurança.

IV – Apelação provida.

### Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento à apelação, vencida a Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 10/12/2007.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

---

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de apelação interposta por Paulo Henrique Nunes, inconformado com a sentença de fls. 154-159, proferida pelo ilustre Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Francisco Neves da Cunha, que denegou a segurança, requerida com o fim de que fosse nomeado e empossado para exercer o

cargo de Analista Pericial em Economia, na única vaga oferecida para a cidade de Brasília, no concurso aberto pelo Ministério Público da União (MPU), conforme Edital 1/1999-MPU, de 04/03/1999, no qual foi aprovado em primeiro lugar, em nível nacional.

Consiste seu inconformismo com a não-aceitação dos argumentos que expendeu, e da jurisprudência que colacionou, postos na demonstração de que a falta de sua nomeação e posse, dentro do prazo de validade

do certame, feriu a Constituição Federal e ocorreu por culpa e negligência do Administrador Público. Nesse contexto, entende que tem direito líquido e certo à pretensão resistida.

Contra-razões, às fls. 242-245, postas em afastar os reclamos do apelante, inclusive quanto à alegação de abuso e de ilegalidade, à consideração de que candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito, e que a aprovação, ainda que em primeiro lugar, não lhe garante nomeação e posse, e que não ficou caracterizado abuso de poder, visto que, dentro do prazo de validade do concurso, não foi realizado outro certame e, também, não foi nomeado outro candidato para o cargo pretendido pelo apelante.

Parecer, às fls. 249-253, pelo desprovemento do recurso, à minguada de direito adquirido à nomeação.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Ao que consta dos autos o impetrante, ora apelante, submeteu-se a concurso público para provimento de cargos no Ministério Público da União, regulado pelo Edital 1/99-MPU, de 4 de março de 1999, o qual estabelece que o concurso se destina “a selecionar candidatos para provimento das vagas existentes e para manter cadastro reserva para as vagas que vierem a surgir durante o período de sua validade” (fl. 26).

No Anexo I do Edital foram especificadas as vagas existentes, nas respectivas áreas de especialização e cidades em que ocorriam as vagas, constando, no item 1.2.7, a existência de uma vaga, na Especialidade Economia, para a qual concorreu o apelante, na cidade de Brasília (fl. 33).

A Portaria 8, de 30/06/1999, homologou o resultado final do concurso de que se trata, constando que o impetrante foi aprovado e classificado em primeiro lugar na Área de Concentração/Especialidade: Pericial/Economia (fl. 50).

Não obstante a existência de vaga e a classificação do impetrante em primeiro lugar, e, ainda, a nomeação

de inúmeros candidatos (para outras especialidades), não foi ele nomeado. Diante do decurso do tempo sem que fosse nomeado, requereu, conforme se vê do documento de fl. 70, que:

1º) seja certificado se ainda existente a vaga constante no edital 01/99-MPU, de 04/03/1999, publicado no DOU de 05/03/1999, seção 3, página 79;

2º) na hipótese de já inexistente, seja certificado sobre o destino que lhe foi dado;

3º) certidão esclarecendo se as funções atribuídas ao mencionado cargo encontram-se sendo exercidas por serviços terceirizados.

Em resposta a esse requerimento foi expedida a certidão, cuja cópia se vê à fl. 77, deste teor:

Certifico, a pedido de Paulo Henrique Nunes, candidato habilitado em concurso realizado no ano de 1999, para o cargo de Analista Pericial em Economia da carreira de Apoio Técnico-Administrativo do Ministério Público da União, que, revendo os registros desta Secretaria de Pessoal, constatou-se que:

1) não mais existe a vaga de Analista Pericial em Economia oferecida no concurso aberto pelo Edital 1/99-MPU, de 04/03/1999, para a cidade de Brasília-DF;

2) que a Administração deste Órgão, utilizando do seu poder discricionário, priorizou a nomeação de candidatos habilitados para as especialidades de Antropologia, Engenharia Sanitária, Biologia e Contabilidade, para as quais a necessidade era mais premente (sic);

3) que as atribuições dos cargos de Analistas Periciais, são exercidas exclusivamente por servidores efetivos, regularmente investidos nestes cargos e, eventualmente, por outros servidores designados para atuarem em processos específicos.

A presente certidão, não contendo emendas ou rasuras foi expedida aos vinte e um dias do mês de julho de ano de dois mil e três.

Do que se observa, a Administração respondeu a dois dos questionamentos formulados pelo apelante, silenciando sobre aquele mais importante, qual seja, na hipótese de inexistência da vaga, “seja certificado sobre o destino que lhe foi dado”. Isto a Administração não respondeu, ficando a impressão de que a vaga simplesmente “sumiu do mapa”, visto que não consta que tenha sido provida por outro candidato, hipótese que caracterizaria a preterição do impetrante, em franca violação ao disposto no art. 37, inciso IV, da Consti-

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

tuição Federal, e “não mais existe”, segundo certificado pelo órgão que promoveu o concurso.

Diversos documentos trazidos aos autos pelo impetrante (fls. 78-81) demonstram as tratativas para a sua nomeação, como, por exemplo, o documento de fl. 78, mediante o qual o Secretário de Pessoal do MPU informa ao advogado do impetrante que o candidato “será nomeado para ocupar o referido cargo efetivo, no Quadro de Pessoal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios/MPU, em Brasília”. No entanto, logo em seguida, pelo documento que consta da fl. 81, também dirigido ao advogado do impetrante, a mesma autoridade informa “que a Administração está *legalmente impedida de nomear o candidato Paulo Henrique Nunes* para o cargo de Analista Pericial em Economia no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, haja vista a *expiração do prazo de validade do 3º concurso público do Ministério Público da União em 1º de julho de 2003*”, adiantando, a mesma informação que, “em que pese o interesse público e o surgimento de vaga naquele órgão, a assessoria jurídica desta Secretaria concluiu pela *ilegalidade do ato de nomeação após o prazo de validade do concurso*”.

Na hipótese, ao que se observa, a inércia da Administração em prover a vaga existente, violou direito líquido e certo do impetrante à nomeação, não havendo que se falar em mera expectativa de direito. Confirma-se, nesse sentido, o seguinte julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

*Mandado de segurança. Concurso público. Edital que prevê o preenchimento de todas as vagas existentes no prazo de validade do certame. Candidatos aprovados. Direito líquido e certo à nomeação.*

1. Em tema de concursos públicos, consoante leciona o insigne Hely Lopes Meirelles, o edital “é lei interna da concorrência, cujas regras obrigam candidatos e Administração Pública”; assim, a previsão editalícia de que o provimento dos cargos do concurso público de Fiscal do Trabalho se daria nas vagas existentes, bem como naquelas que viessem a ocorrer no prazo de validade do certame, vinculou a Administração, estabelecendo verdadeira relação jurídica com todos aqueles que se submeteram a esse processo seletivo, uma vez que os parâmetros estabelecidos nas normas regedoras do concurso obrigam, simultaneamente, as partes envolvidas, ou seja, Administração e candidatos.

2. Destarte, se no prazo de validade do certame for comprovada a existência de vagas ociosas, remanescendo candidatos já aprovados na Segunda

Etapa do concurso, consubstanciado no Curso de Formação, têm os mesmos direito líquido e certo à nomeação.

3. Segurança concedida.(MS 5315 – DF – Rel. para acórdão, Min. Anselmo Santiago – DJ de 01/02/1999.)

Também o excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu no mesmo sentido, como se pode ver do acórdão a seguir transcrito:

*Concurso Público. Edital. Parâmetros. Observação.* As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é a lei interna da concorrência.

*Concurso Público. Vagas. Nomeação.* O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, página 56). (RE 192.568-0/PI – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ de 13/09/1996.)

Vale a transcrição do voto do eminente Relator, porque elucidativo da hipótese ali versada, que se assemelha com a que ora se aprecia, *verbis*:

Os pressupostos gerais de recorribilidade foram observados. Os documentos de folhas 22 a 34 revelam a regularidade da representação processual, sendo certo que este recurso extraordinário subiu em virtude do provimento do agravo em apenso. Por outro lado, conforme consta da Resolução desta Corte de número 84, não se pode, na espécie, cogitar do preparo, que ocorreu quando da interposição do próprio agravo.

Sob o ângulo da oportunidade, constato que a decisão atacada foi publicada no Diário de 13 de setembro de 1993 – segunda feira (folha 166), vindo

à balha a manifestação do inconformismo em 23 imediato - quinta-feira (folha 167).

Resta o exame do pressuposto específico de recorribilidade, que é a violência à Carta Política da República. São fatos incontroversos:

a) os recorrentes, em número de treze, inscreveram-se no concurso para o preenchimento do cargo de Juiz de Direito Adjunto, o hoje Juiz de Direito Substituto. Atenderam a edital, publicado em 26/08/1988, em que prevista, de forma específica, a destinação do certame: “o preenchimento das vagas atualmente existentes e para as que ocorrerem no prazo de validade do mencionado concurso.”;

b) lograram aprovação e classificação para as vagas previamente anunciadas;

c) o Tribunal de Justiça houve por bem proceder a nomeação parcial, deixando assim sem preenchimento um bom número de vagas, ao todo, dezoito;

d) a passagem do tempo e a previsão de validade do concurso, considerado o biênio, levaram os Recorrentes a requererem, ainda na vigência do prazo inicialmente assinado, a prorrogação.

Todos nós sabemos as dificuldades enfrentadas quando da feitura de qualquer concurso, a exacerbarem-se quanto maior for a escolaridade exigida. Os candidatos, almejando a melhoria quer sob o ângulo profissional, quer sob o ângulo econômico, quase sempre dedicam-se com exclusividade aos estudos, especialmente quando em jogo cargos de difícil acesso, como são os compreendidos no âmbito da magistratura, do Ministério Público e das Procuradorias Estaduais. Desligam-se das atividades que viabilizam o próprio sustento, passando a depender dos familiares, cuja convivência, ainda que de forma momentânea, sacrificam, em face da eleição de um objetivo maior. Por outro lado, conforme ressaltado na inicial de folhas 2 a 21, confiam nos parâmetros constantes das normas regedoras do concurso, procedimento que é antecedido da análise das chances havidas.

Na hipótese vertente, a Administração Pública veiculou edital revelador de que o certame teria como objetivo “o preenchimento das vagas atualmente existentes e para as que ocorrerem no prazo de validade do mencionado concurso”. Ao assim proceder, sem nenhum condicionamento no tocante a possível gradação a ser observada no ato de nomear, obrigou-se, estabelecendo relação jurídica com tantos quantos acorreram ao edital. Em um Estado Democrático de Direito, exsurge a constância na manutenção da dignidade do homem, exigindo-se, por isso mesmo, postura exemplar. O caso dos autos é típico, no que o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, o Poder Judiciário desse

Estado, acabou por tripudiar, colocando em plano secundário condições divulgadas. Em área onde notada a carência de órgãos, reclamando-se a todo momento da ausência de valores, proclamou a realização de concurso para o preenchimento de vagas não só já existentes à época da abertura, como também de outras que, nos dois anos de validade, viessem a ser abertas. Aprovados os candidatos em número suficiente a se ter as vagas por preenchidas, deliberou convocar — já aqui, sim, no campo não da livre discricção, mas do arbítrio — apenas trinta e três candidatos. A um só tempo, acabou por introduzir discriminação contrária aos termos do edital, fazendo-o quando já conhecidos os aprovados e a classificação de cada qual. Não parou por aí. É de praxe, no âmbito da administração, acionar-se o disposto na Carta Política da República no que viabiliza a prorrogação dos prazos dos concursos. Assim o é tendo em conta que a administração pública somente interessa a arregimentação de candidatos. Tantas e quantas vezes o concurso é prorrogado sem que haja, sequer, na oportunidade, vagas, isso objetivando a economia, bem como evitar reiterado desgaste para aqueles que se habilitam ao cargo.

Pois bem, em que pese a previsão explícita constante do edital, o Recorrido não procedeu à nomeação de candidatos para as vagas existentes. Partiu para o desprezo à impessoalidade, considerados candidatos na mesma situação, porque aprovados e classificados tendo em vista as vagas existentes, convocando alguns e deixando outros em situação de absoluta insegurança. Avizinhando-se o término da valia do concurso, ou seja, dos dois anos, esses últimos, perplexos, até mesmo pela atitude do Recorrido em não convocá-los, em que pese — repito — a existência das vagas, requereram fosse acionado, ao menos, o disposto no artigo 37, inciso III, da Carta Política da República, não logrando sensibilizar o Recorrido, muito embora afeito à implementação da almejada justiça. Indeferido o requerimento, deixou escoar o prazo de validade do concurso. Indaga-se: O que se pode depreender dessa atitude? A desnecessidade do preenchimento das vagas? A resposta é desenganadamente negativa. A uma, tendo em vista que a deficiência do número de órgãos do Judiciário é proclamada diariamente. A duas, porquanto o próprio edital de concurso sinalizou não apenas para o preenchimento das vagas existentes, como também das que surgissem no prazo de validade e aproveitamento dos candidatos.

Senhor Presidente, desde cedo percebi que cada processo é uma lide individualizada, com aspectos e portanto parâmetros objetivos e subjetivos próprios, a obstaculizar a observância automática de precedentes. Se de um lado é certo que, realizado o concurso, preserva a Carta da República, aci-

ma de tudo, o chamamento de acordo com a ordem de classificação, proibindo, assim, que se venha a ter a preterição de candidatos, de outro não menos correto é que o edital de concurso, na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, citado na inicial, revela-se uma lei interna da concorrência.

Cabe ressaltar também que não pode subsistir o resultado até aqui prevalente, porquanto, conforme salientado pelo ilustre Ministro Milton Pereira no voto vencido, acabou por haver, na espécie, a quebra da impessoalidade, princípio básico a ser respeitado pela administração pública. O recorrido, diante de listagem de candidatos que, consoante a previsão do edital, estavam habilitados ao preenchimento das vagas previamente anunciadas, deliberou, já conhecidos os nomes, nomear apenas alguns, fazendo-o, considerado o número máximo — cinquenta —, em relação a trinta e três. Indaga-se mais uma vez: por que trinta e três, diante das necessidades maiores do Judiciário? Por que indeferiu a prorrogação do concurso, tão adotada em geral, quando verificada listagem de remanescentes aprovados? É certo que devemos presumir o que normalmente ocorre. Todavia, os aspectos envolvidos na hipótese em tela indicam, a menos que se coloquem em segundo plano as necessidades da magistratura, para a realização de um novo concurso, quando então novos candidatos poderiam inscrever-se. Há de tirar-se da Carta Política da República, principalmente no embate entre o Estado e o cidadão, a maior eficácia possível. Por isso mesmo é que, a par dos direitos e garantias nela expressos, existem outros decorrentes do próprio regime e dos princípios adotados. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, cuja preservação é também de responsabilidade do Judiciário, que deve sempre corroborar os procedimentos que o homenageiam, glosando aqueles que acabam por fulminá-lo. O art. 37 da Carta de 1988 é categórico ao revelar que a administração pública observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. No caso dos autos, o da legalidade foi menosprezado, já que olvidados os parâmetros do edital de concurso e o resultado deste último; o da impessoalidade, no que, conhecidos os aprovados e classificados para as vagas, resolveu-se partir para a nomeação parcial, colocando-se em plano secundário, até mesmo, as necessidades existentes; o da moralidade, no que, espezinhado o primeiro, deixou-se de proceder, até mesmo, à prorrogação do concurso, abrindo-se margem à convocação de outro tão logo esgotado o prazo de dois anos; por último, o da publicidade, no que as regras insculpidas no edital serviram de estímulo à inscrição de candidatos, restando ignoradas.

A persistir o quadro até aqui delineado, ter-se-á verdadeiro incentivo ao arbítrio, procedendo a administração pública de maneira condenável e com isto perdendo o respeito dos cidadãos. Esvaziado far-se-á o disposto no inciso IV do artigo 37 em comento, segundo o qual durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade, sobre novos concursados, para assumir cargo ou emprego na carreira. Manobra aparentemente legal da administração pública poderá implicar o afastamento do preceito. Para tanto, bastará que deixe escoar o prazo estabelecido no edital do concurso, desconhecendo não só a existência de vagas, mas também de classificados, para, a seguir, realizar novo concurso.

A interpretação de dispositivo legal ou constitucional há de fazer-se de modo sistemático e teleológico, métodos aos quais não se sobrepõe o alusivo à interpretação verbal. Se a Carta assegura, no prazo de validade do concurso, a convocação de candidatos nele aprovados com prioridade sobre novos concursados, ou seja, candidatos aprovados em concurso posterior, é de concluir-se que a inércia, intencional, ou não, da administração pública, deixando de preencher cargos existentes, leva à convicção sobre a titularidade do direito subjetivo de ser nomeado. No campo da atuação administrativa, não se pode admitir atos que consubstanciem tergiversação, verdadeiro drible a normas imperativas como são as constantes da Carta de 1988. Em boa hora os Impetrantes trouxeram à balha lição do inigualável Celso Antônio Bandeira de Mello ao comentar o teor do inciso IV do art. 37 referido:

Como o texto correlacionou tal prioridade ao mero fato de estar em vigor o prazo de validade, segue-se que, a partir da Constituição, em qualquer concurso os candidatos estarão disputando tanto as vagas existentes quando de sua abertura quanto as que venham a ocorrer ao longo do seu período de validade, pois, durante essa dilação, novos concursados não poderiam ocupá-las com postergação dos aprovados em concurso anterior. Além disso, como o inciso IV tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias. (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, página 56)

Repita-se: o edital de concurso revelou que estaria em jogo o preenchimento das vagas existentes e das que surgissem no prazo assinado. Os recorrentes, tais como os colegas já aproveitados, foram classificados para essas vagas. O Recorrido recusou-se, em área tão sensível e deficiente como é a da magistratura e considerada a existência de candidatos aprovados e classificados, a prorrogar o biênio, sequer justificando a decisão, exceto no que articulado o envolvimento de faculdade e a ausência de obrigação de nomear, porque jungida a conveniência e oportunidade.

A hipótese vertente não pode ficar na vala comum da jurisprudência engessada na máxima de que os concursados têm simples expectativa e não o direito à nomeação. As singularidades que acabo de ressaltar, fazendo-o até mesmo com tintas um pouco fortes, porquanto presente o sentido pedagógico, conduzem a postura diversa, restabelecendo-se a confiança dos Recorrentes, no que resolveram abraçar carreira em que tal predicado exsurge, com insuplantável valia. Ressalto que a presunção de que estaria havendo uma manobra visando à realização de novo concurso restou confirmada pela publicação nos Diários de 29 de janeiro, 13 de março e 15 de março de 1996, de avisos alterando o edital publicado em 25 de novembro de 1993 e a ele conferindo as conseqüências próprias — folhas 208 a 225.

Bastante significativo, igualmente, o voto do eminente Ministro Carlos Velloso, proferido nesse julgamento, que aqui também transcrevo:

Sr. Presidente, a doutrina do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a aprovação no concurso público não gera para o candidato aprovado direito à nomeação. Esse direito surge, está na Súmula 15, do Supremo Tribunal, se, dentro do prazo de validade do concurso, o cargo for preenchido sem observância da classificação, ou se a nomeação ocorrer contra o resultado do concurso. Em tais casos, surge, para o candidato aprovado, o direito à nomeação.

No presente caso, não se tem a ocorrência das duas hipóteses acima referidas. A situação aqui é a seguinte, segundo ouvi e apreendi do relatório e informações prestadas pelo eminente Ministro Relator: no Estado do Piauí, o Tribunal de Justiça abriu concurso para preenchimento de cinquenta vagas de juizes adjuntos. Foram nomeados trinta e três candidatos aprovados, respeitando-se a ordem de classificação. Quando o prazo de dois anos de validade do concurso estava por terminar, os restantes aprovados requereram, na forma do art. 37, III, da Constituição, a prorrogação do referido prazo. O que fez o Tribunal? Indeferiu o pedido, sem, entretanto, dar os motivos do ato administrativo

indeferitório. Impetrada a segurança, o Presidente do Tribunal, ao que ouvi e apreendi, simplesmente disse que o Tribunal indeferiu a prorrogação, mas não forneceu os motivos do ato.

Indaga-se, então: os candidatos, em tal situação, têm direito à nomeação? Noutras palavras, têm eles direito à prorrogação pretendida, a fim de serem nomeados?

Sr. Presidente, tenho meditado, não é de hoje, a respeito do tema, a respeito desta hipótese: abre-se um concurso público para preenchimento de um certo número de vagas; os candidatos aprovados, dentro desse número de vagas, teriam direito à nomeação, no prazo de validade do concurso, ou na prorrogação deste? Por exemplo: abre-se concurso para preenchimento de três vagas de professor numa certa universidade pública. Realizado o concurso, três candidatos são aprovados. A administração resolve nomear, entretanto, apenas um candidato. Os dois candidatos restantes teriam direito à nomeação? *Mutatis mutandis*, é o caso dos autos.

Inclino-me, Sr. Presidente, depois de muito meditar sobre o tema, a dar resposta afirmativa à indagação. Ora, se a administração abre concurso público, realizando despesas, para preenchimento de um certo número de vagas, ela se obriga a nomear, no prazo do concurso, os aprovados dentro do número de vagas, a menos que surja motivo, com base na conveniência administrativa, a recomendar o não preenchimento das vagas. O motivo há de ser consistente, sempre sujeito ao controle judicial.

O que deve ser tomado em linha de conta é que a administração pública sempre age com base em motivos sérios, para a realização do interesse público. Ora, se ela abre um concurso público para preenchimento de um certo número de vagas, é porque, na verdade, o interesse público reclama o preenchimento de tais vagas. Bem por isso, que se justificam as despesas, o tempo e o dinheiro públicos gastos na realização do concurso.

De outro lado, todos os que já prestamos concursos públicos sabemos das dificuldades que eles geram para os que se sujeitam a prestá-los. São noites indormidas, são gastos que se fazem, muitos candidatos matriculam-se em curso, comumente caros, livros são adquiridos, empregos são deixados de lado. Indaga-se: os candidatos metem-se numa aventura ou enfrentam coisa séria, confiável? É claro que, tendo em vista o que retro foi dito, os candidatos estão se metendo em coisa séria, confiável.

Posta a questão em tais termos, dou resposta afirmativa à indagação. Os candidatos aprovados dentro do número de vagas existentes à época do edital de abertura do concurso têm

direito à nomeação, a menos que a conveniência administrativa, devidamente comprovada mediante os motivos do ato, recomende o contrário.

Estamos afirmando, conforme se vê, Sr. Presidente, uma terceira hipótese de direito do concursado à nomeação. Estamos indo, portanto, além da Súmula 15, do Supremo Tribunal. Mas estamos agindo bem, Sr. Presidente, porque estamos extraindo da Constituição o máximo de sua eficácia.

Voltemos ao caso sob julgamento.

No caso, restou incontroverso que os candidatos se inscreveram num concurso para preenchimento de cinquenta vagas. Apenas trinta e três foram nomeados. Requereram a prorrogação do concurso, com base no art. 37, III, da Constituição. A administração poderia indeferir, é certo, o pedido. Teria, entretanto, que dar os motivos do indeferimento. Mas a administração simplesmente disse que não prorrogou o concurso, porque a prorrogação era uma faculdade sua. E não forneceu um só motivo. Quer dizer, praticou ato administrativo desmotivado. E o que é pior: segundo ouvi, pouco tempo depois abriu novo concurso para preenchimento de vagas de juiz, em detrimento do direito dos dezessete candidatos restantes do concurso anterior, objeto desta demanda, a demonstrar que as vagas deviam ser preenchidas.

Repito: a administração, ao indeferir o pedido dos ora recorrentes, fê-lo sem dar os motivos do ato. Nas informações prestadas, nos autos do mandado de segurança, nenhum motivo foi aduzido. Não prorrogo, porque não quero, foi o que parece ter ocorrido.

Sr. Presidente, é bastante conhecida a distinção – e trago ao debate a questão puramente em termos didáticos, já que a distinção é conhecida – que Kelsen faz entre agente público e ente privado. O particular, o ente privado, pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido pela lei, mas o agente público somente pode fazer o que a lei lhe permite. Assim, quando um agente público pratica um ato administrativo, ele tem de dizer porque o faz, tem que motivar o ato, até mesmo para que esse ato possa ser submetido ao controle judicial em caso de alegação de ofensa a direito, dado que a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

O ato administrativo impugnado nesta ação, que se afirma ofensivo ao direito dos recorrentes, restou imotivado. Noutras palavras, porque a administração não demonstrou que a conveniência administrativa recomendava a não nomeação dos recorrentes, o recurso destes há de ser conhecido e provido.

Com essas breves considerações, ressaltando que este caso encerra questão nova na doutrina do Supremo Tribunal Federal, em tema de direito dos aprovados em concurso público à respectiva nomeação, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

No caso que examinamos, a diferença em relação ao precedente do Supremo Tribunal Federal é que não há, nos autos, notícia da realização de novo concurso para provimento do mesmo cargo, mas está suficientemente demonstrado que a Administração deixou escoar o prazo de validade do concurso sem nomear o candidato nele aprovado em primeiro lugar, sem uma justificativa plausível, visto que existia a vaga e ficou evidenciada a necessidade do serviço.

Entendo, desse modo, com base nos precedentes jurisprudenciais citados, que a atitude da Administração afrontou o dispositivo constitucional do art. 37, inciso IV, da Carta de 1988, já que, diante da existência de vaga e da necessidade do serviço, tinha o candidato aprovado em primeiro lugar o direito à nomeação, e não mais mera expectativa de direito.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, a fim de conceder a segurança e determinar, em consequência, que a autoridade impetrada proceda à nomeação e posse do impetrante, para exercer o cargo a que se habilitou.

É o meu voto.

## Voto Vogal Vencido

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues:* — Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto de Vossa Excelência e dele destaco a informação prestada pelo Ministério Público de que não mais existia a vaga oferecida no edital do concurso para Analista Pericial em Economia em Brasília, porque a administração do Ministério Público entendera de prover o cargo existente com aprovados na área de antropologia, contabilidade e de engenharia sanitária. Essa circunstância, a meu ver, diferencia o caso em exame do precedente do Supremo Tribunal Federal, em que proferidos os votos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Carlos Velloso citados.

Não penso que no presente caso a administração tenha deixado de escoar deliberadamente o prazo de validade do concurso, com desvio de finalidade, para,

em seguida, abrir um novo concurso, deixando proporcionalmente de nomear o candidato aprovado por algum motivo escuso e abrindo um novo concurso para provimento do mesmo cargo.

A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal entende que a aprovação de candidatos em concurso público não gera direito à nomeação, mas, apenas, expectativa de direito. Se houver comprovação de preterição, ou seja, de nomeação de candidato não aprovado no concurso ou classificado em posição inferior, essa expectativa se transformará em violação de direito.

A aprovação em concurso público não assegura, por si só, direito à nomeação, mesmo que esteja o candidato classificado dentro do número de vagas previsto no edital. Nesse sentido, lembro, entre inúmeros outros, os seguintes acórdãos do STF: Agravo Regimental no RE 4.421.938/DF, DJ de 02/06/2006, Ministro Pertence; Agravo Regimental no RE 306.938, Relator Ministro César Peluso, DJ de 11/10/2007; Recurso Extraordinário 229.450, Relator Ministro Maurício Correa, DJ de 28/04/2000.

O acórdão do STF citado pelo Relator dá amplitude maior ao direito do aprovado do que o tradicionalmente reconhecido pela jurisprudência, já que deferiu direito à nomeação porque a Administração deixou de escoar o prazo de validade do concurso, para, logo em seguida, abrir um novo concurso. Esta circunstância pode ser, dependendo dos fatos da causa, indício de desvio de finalidade do ato, ou seja, de que haveria necessidade do provimento do cargo e a Administração, por algum motivo inconfessável, preferiu que acabasse o prazo de validade daquele concurso para abrir um outro em seguida.

No caso, o que se tem é que o mandado de segurança foi impetrado após o fim do prazo de validade do concurso — o que, a meu ver, já seria suficiente para impedir a concessão da segurança — e que a administração do Ministério Público esclareceu que no provimento dos cargos oferecidos no edital do concurso havia sido dada preferência aos profissionais da área de antropologia, contabilidade e de engenharia sanitária, dos quais mais necessitava o órgão, não restando cargo vago a ser provido.

A necessidade do serviço, seja no Ministério Público seja no Poder Judiciário, é infundável, os recursos são escassos. Embora estivesse prevista no edital a in-

tenção de provimento de vaga na área de economia, a administração do Ministério Público, dentro do juízo de discricionariedade e conveniência que cabe a ela, e não ao Poder Judiciário, entendeu que ela precisava mais de profissionais de antropologia, contabilidade e engenharia sanitária do que de profissionais de economia, e foi por isso que, na época oportuna, ela não nomeou o primeiro classificado em economia e nomeou classificados em outras áreas. Se o impetrante lograsse demonstrar que houve desvio de finalidade, que havia a necessidade de profissional de economia e outra pessoa fora contratada, mesmo que em caráter temporário, para tanto, ou com violação à ordem no concurso, eu reconheceria o direito subjetivo desse candidato que passou para a área de economia. Não estando evidenciado, todavia, que a escolha da Administração, baseada em sua necessidade de prover cargos de antropologia, contabilidade e engenharia sanitária, fosse decorrente de um desvio, e não de uma real necessidade administrativa, penso que não se pode dizer que, neste caso, ao contrário do que ocorreu no precedente do Supremo, tenha a Administração deixado deliberadamente escoar o prazo de validade do concurso. Portanto, penso que não há lesão de direito individual a ser amparada no presente mandado de segurança e que havia uma mera expectativa de direito que não se aperfeiçoou dentro do prazo de validade do concurso.

Com essas considerações, com a devida vênia, nego provimento à apelação.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor Presidente, após ouvir as razões do douto voto divergente, embora tenha votado adesivamente às razões do voto de Vossa Excelência, extremamente bem fundamentado, não posso deixar de expor, ainda que repetitivamente, as razões de meu voto em termos concisos.

Não tenho dúvidas, porque nunca tive mesmo, de que a norma do art. 37, *caput*, e do inciso IV deste art. 37 da Carta Política Federal vincula a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no que pertine ao cumprimento da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, dentre outros princípios que informam o atuar administrativo, tais como os

princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade. No caso dos autos, como bem narrado no voto de Vossa Excelência, o Ministério Público da União abriu concurso público para o preenchimento de vagas para o cargo de Analista Pericial em Economia, no qual foi aprovado o candidato ora apelante, e aprovado em primeiro lugar. Essa é uma situação *sui generis*. A Administração Pública revela a necessidade de preencher um determinado cargo, publica um edital, estabelece as regras editalícias, a que também está vinculado pelo princípio da legalidade, e, dentre os candidatos concorrentes, o impetrante é o colocado em primeiro lugar. Aqui não cabe impor ao impetrante a inversão do ônus da prova, a prova de que não cumpriu o preceito constitucional seria da administração, o que é incabível na hipótese dos autos; ao impetrante cabe apenas demonstrar o seu direito líquido e certo, como aprovado em primeiro lugar no certame, de ser nomeado, empossado e de ser garantido no exercício da função pública perseguida nos autos, até porque o referido inciso IV do art. 37 da Constituição Federal estabelece que “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego na carreira”. E, no caso, o impetrante sequer está concorrendo com quem quer que seja nesse certame, pois ele foi aprovado em primeiríssimo lugar. A inércia da administração concursal é evidente, a afronta ao princípio da eficiência, da moralidade, da legalidade e da razoabilidade é manifesta.

Portanto, Senhor Presidente, com a devida vênia das razões do voto divergente, reafirmo o meu voto de adesão ao voto de Vossa Excelência no sentido de se dar provimento a esta apelação para conceder a segurança na dimensão de uma tutela mandamental e específica diante de um direito líquido e certo como este, no sentido de que esta Corte, ainda que por maioria, ao conceder esta segurança, determine o cumprimento deste julgado de imediato.

# Sétima Turma

## Apelação em Mandado de Segurança

2006.38.09.004659-8/MG

Relator: O Exmo. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral  
Apelante: Comercial e Importadora de Veículos Ltda. Cive  
Advogados: Dr. Sebastião Augusto Braga de Souza e outro  
Apelada: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo  
Divulgação: e-DJF1 de 28/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 29/02/2008

### Ementa

*Processual Civil e Tributário. Mandado de Segurança. O ICMS (receita tributária estadual) não integra a base de cálculo da Cofins (e/ou do PIS), escapando ao conceito de faturamento: STF (RE 240.785/MG). Compensação. Prescrição: “5+5”.*

I – O STJ (EREsp 435.835/SC) entende que “o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador — sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo (...), a causa do indébito. (...)” (REsp 752.165/SP).

II – A Cofins e o PIS (art. 2º da Lei 9.718/1998) têm como base de cálculo o faturamento da empresa, assim entendida a receita bruta, ou seja, a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica a todo e qualquer título.

III – Em guinada jurisprudencial capitaneada pelo STF (RE 240.785/MG, julgamento pendente), tem-se que, a prevalecer o voto do relator (Min. Marco Aurélio), como até aqui a maioria formada indica, o ICMS, tributo estadual à luz do art. 155, II, da CF/1988, não constitui, sob nenhum prisma, receita do contribuinte mas, sim, do Estado-membro ao qual pertence, não estando contida, então, no conceito de faturamento nem no de receita bruta.

IV – A definição de “receita bruta” (§ 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 [já declarado inconstitucional pelo STF]) não textualiza (ou textualizava) que o ICMS nela se contenha (ou contivesse). Era e é equivocada a livre interpretação fazendária tanto do “caput” do aludido art. 3º como do seu inconstitucional § 1º, desprovida de qualquer razoabilidade e perpetrada em absoluta oposição ao conceito usual de direito privado do que seja “receita bruta/faturamento” (art. 110 do CTN), interpretação da lei que malfez, ainda, a literalidade do conceito de faturamento apropriado pelo art. 195, I, “b”, da CF/1988, próprio de empresas, não de entes públicos.

V – A imposição legal ao contribuinte do ônus de arrecadar o ICMS, tributo estadual, não transmuda o valor da “receita estadual” em “receita do agente arrecadador” (sujeito passivo), já pela só circunstância de a riqueza integrar o patrimônio estadual: o ICMS é custo tributário do sujeito passivo, não faturamento adveniente de operações de venda de mercadorias ou de prestação de serviços.

VI – Apelação provida em parte: segurança concedida em parte.

VII – Peças liberadas pelo relator, em 19/02/2008, para publicação do acórdão.

### Acórdão

Decide a 7ª Turma, por unanimidade, aplicar a decadência na modalidade “5+5”; no mérito, por maioria, dar

provimento, em parte, à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 19/02/2008.

*Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Relator.*

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Por inicial ajuizada em 29/11/2006, a(s) impetrante(s) (particular(es)) pede(m), com liminar, segurança contra ato atribuído ao DRF local, objetivando excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins (e/ou do PIS) e compensar o indébito (sem especificar o prazo decadencial pretendido), atualizado monetariamente, com outros tributos arrecadados pela SRF.

A(s) impetrante(s) alega(m) que a Cofins (e/ou o PIS) são tributos não-cumulativos e, por isso, que o ICMS (receita estadual e custo da empresa) não pode integrar a base de cálculo (faturamento) da(s) exação(ões), exigência que é ilegal frente ao art. 110 do CTN e inconstitucional em face do art. 195, I, “b”, da CF/1988.

Sem liminar. Com informações, sem fatos novos. MPF (f. 319).

Por sentença (f. 231/5) datada de 23/03/2007, o MM. Juiz Federal Substituto Luiz Antônio Ribeiro da Cruz, da Vara Única de Varginha/MG, aplicando a decadência quinquenal, denegou a segurança, condenando a(s) impetrante(s) em custas.

A(s) impetrante(s) apela(m) (f. 326 e ss.), repisando, em síntese, a inicial.

Com contra-razões (f. 355 e ss.).

A PRR (f. 269) opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:*

I – Prescrição:

Seguindo a orientação do STJ, tem-se que, tratando-se de tributos lançáveis por homologação, o prazo

prescricional repetitório se conta na modalidade “5+5”, não havendo falar em efeito retroativo do art. 3º da LC 118, de 09/02/2005:

(...). (...). Cofins. Isenção. LC 70/1991. Sociedades Prestadoras de Serviços. Revogação. Lei 9.430/1996. Súmula 276/STJ. (...).

(...)

2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, (...) consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador — sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. (...).

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

4. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). (...).

(...)

(STJ, REsp 752.165/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, T1, DJ 22/08/2005, p. 160.)

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e a Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende. Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva.

A Cofins e o PIS, nos termos do art. 2º da Lei 9.718, de 27/11/1998, têm como base de cálculo o faturamento da empresa, assim entendida a receita bruta, ou seja, a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica a todo e qualquer título:

Art. 2º. As contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta lei.

Art. 3º. O *faturamento* a que se refere o artigo anterior corresponde à *receita bruta* da pessoa jurídica.

§ 1º. Entende-se por *receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica*, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.” (grifei)

Esta Corte e o STJ vêm entendendo que o ICMS, por integrar o preço de venda das mercadorias e dos serviços, compõe a “receita bruta” das empresas, tal como previsto no § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 (Súmulas 68 e 94, “*a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do*” PIS e do Finsocial, respectivamente). É ler-se:

I. A jurisprudência (...) vem dirigindo-se no sentido de entender violado o art. 195, I, da Constituição em hipótese que tal, por estar incluído na base de cálculo da Cofins, como faturamento, o ICMS.

(TRF1, AMS 2002.41.00.000992-1/RO, T8, DJII 10/08/2007, p.136)

2. O ICMS, integrando o preço de venda da mercadoria e dos serviços, compõe, necessariamente, a receita bruta das empresas, não podendo, então, ser excluído da base de cálculo da Cofins e do PIS.

(TRF1, AMS 2000.35.00.020512-3/GO, T7, DJ 13/06/2003)

4. Inclui-se na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins a parcela referente ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte, interestadual e intermunicipal, e de Comunicação – ICMS.

(STJ, AgRg no Ag 835.885/SP, T1, DJ 29/11/2007)

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da Cofins. (...).

Embora já tenha proferido voto nessa mesma linha, a questão, todavia, merece melhor reflexão e distinta abordagem, ante o estado atual do julgamento do RE 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, no STF.

Iniciado o julgamento do aludido RE, em 08/09/1999, assim se entendeu (grifei):

*Informativo 161 do STF. Incidência da Cofins sobre o ICMS*

Iniciado o julgamento de recurso extraordinário em que se alega a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/1991. O Min. Marco Aurélio, relator, votou no sentido do conhecimento e provimento parcial do recurso, por entender estar configurada *a violação ao art. 195, I, da CF, tendo em vista que a base de cálculo da Cofins somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento* (“art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: b) a receita ou faturamento”). *Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim.*

Retomando o julgamento em 24/08/2006, o STF assim se pronunciou (grifei):

Informativo 437 do STF. ICMS na Base de Cálculo da Cofins.

O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/1991 — v. Informativo 161. Na sessão plenária de 22/03/2006, deliberara-se, diante do tempo decorrido e da nova composição da Corte, a renovação do julgamento. Nesta assentada, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso. Vencidos, no ponto, os Ministros Cármen Lúcia e Eros Grau que dele não conheciam por considerarem ser o conceito de faturamento matéria infraconstitucional. Quanto ao mérito, o Min. Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso

e Sepúlveda Pertence. Entendeu estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, ao fundamento de que a base de cálculo da Cofins somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento (...). O Min. Eros Grau, em divergência, negou provimento ao recurso por considerar que o montante do ICMS integra a base de cálculo da Cofins, porque está incluído no faturamento, haja vista que é imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes.

O STF, no seu portal de internet para acesso pela imprensa disponibilizou o voto proferido pelo relator (documento com revisão pendente):

(...) A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação. (...) Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea “b” do inciso I do art. 195 da Constituição Federal. (...) A contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência.

Por isso mesmo, o art. 110 do Código Tributário Nacional (...). Se alguém fatura ICMS, esse

alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria.

(...)

Embora ainda pendente esse julgamento, os votos até aqui colhidos indicam a prevalência da tese do relator, à qual, aliás, passo a me alinhar, fundamentalmente porque o ICMS, tributo estadual à luz do art. 155, II, da CF/1988, não constitui, sob nenhum prisma, receita do contribuinte de direito mas, sim, do respectivo Estado-membro ao qual pertence, não podendo estar compreendido, então, no conceito de “faturamento” ou de “receita bruta”: o ICMS é, portanto, “ônus” do sujeito passivo, não recurso que lhe pertença adveniente de operações de venda ou de prestação de serviços (esse, sim, quando o caso, riqueza tributável [fato gerador]).

A 8ª Turma desta Corte já assimilou sobredita linha de pensar, consoante, dentre vários, este precedente, que transitou em julgado em 12/12/2007:

(...) Exclusão do ICMS da base de Cálculo do Pis e da Cofins. Presentes os requisitos para o deferimento da liminar.

1. No RE 240.785-2/MG, da Relatoria do (...) Ministro Marco Aurélio, em fase de julgamento pelo [STF], já existe maioria formada de votos 6 (seis) quanto à não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

2. O “periculum in mora” está caracterizado, uma vez que ao não recolher a exação, o contribuinte pode ser autuado (...), tendo por conseqüência, imposições decorrentes (...), como o impedimento de obter [CND], inclusão de seu nome em cadastros de inadimplentes e o ajuizamento de executivo fiscal.

(...)

(TRF1, AG 2007.01.00.007914-3/DF, Rel. Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa, T8, DJ II 05/10/2007, p. 261)

Com efeito, impende ressaltar que a definição de “receita bruta” (§ 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 — já declarado inconstitucional pelo STF), *não* textualiza(va) que o ICMS nela se contenha(ivesse). A cobrança que se contesta (inclusão do ICMS na “receita bruta”) é vesgo da administração tributária *exclusivamente* fruto de interpretação livre do “caput” do art. 3º, desprovida de qualquer razoabilidade, do órgão fazendário, que vem desde a edição da norma e de antes da declaração de inconstitucionalidade do § 1º, perpetrada em absoluta oposição ao conceito de direito privado de “receita bruta”.

Afastado, por óbvio, o propósito velado de se obter esse exato resultado com uma relação possivelmente ambígua, obscura ou inexata, tal interpretação elástica ou compreensiva não parece resistir a algumas críticas do prisma jurídico. Com efeito, ao contribuinte de direito a lei cometeu o *ônus* de arrecadar o ICMS, tributo estadual. No desempenho desse *ônus legal*, tal “arrecadação” só pode ser *receita* para o ente estadual, nunca para o seu “agente” (sujeito passivo), pelo singelo fato de que constitui “riqueza” para o Estado não para o agente passivo dessa obrigação tributária.

Nessa ótica, incluir a arrecadação do ICMS na base de cálculo da Cofins/PIS significa sujeitar receita tributária do estado à tributação federal, o que não tem guarida no art. 195, I, “b”, CF, que cuida da “receita ou faturamento” de “empresas”. A questão parece tão mais gritante se, atentando-se para a natureza e dinâmica da arrecadação do ICMS, se perceber que, além de impor ao sujeito passivo um “ônus”, repito, de arrecadar para o Estado-Membro, sem qualquer contrapartida, o sujeito passivo é compelido (quicá apenado) a pagar tributo federal por uma receita que não teve nem é sua.

Convenço-me, pois, reconsiderando meu anterior entendimento, de que a arrecadação do ICMS pelo seu sujeito passivo não constitui receita própria e, por isso, não se inclui na base de cálculo da Cofins (e/ou PIS).

Não há, pois, a meu ver, inconstitucionalidade no *caput* do art. 3º da Lei 9.718/1998. Inconstitucional, sim, é a interpretação normativa que se deu ou dá ao seu § 1º, que, já declarado inconstitucional pelo STF, contamina a cobrança, com base nele, do tributo com o ICMS incluso em sua base de cálculo.

### III – Compensação:

Este, o precedente paradigma, que se amolda como luva ao caso posto, sujeitando-se o *encontro de contas à prova de que a impetrante não repassou o ônus tributário ao seu produto ou a terceiros* e ao trânsito em julgado do acórdão (art. 170-A do CTN):

(...) Mandado de Segurança. Compensação. (...).

(...)

4 – Possível a compensação dos indébitos com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal.

5 – Em compensação (iniciativa do contribuinte) não há incidência de juros moratórios.

6 – A correção monetária dos indébitos (...) se contará desde os recolhimentos (Súmula 162 do STJ), sem expurgos inflacionários porque inexistentes no período (após 92), incidindo, a partir de jan. 96, a Selic (que afasta a cumulação entre correção monetária e os juros).

7 – A compensação será submetida à Administração Fiscal, seguindo a disciplina da espécie.

(...)

(TRF1, AMS 2002.35.00.003643-6/GO, minha relatoria, T7, DJ II 22/12/2006)

### IV – Dispositivo:

Pelo exposto, *aplicando* a decadência na modalidade “5+5”, dou provimento, em parte, à apelação para, reformando a sentença, conceder, em parte a segurança.

Custas em ressarcimento. Honorários incabíveis (Súmulas 105/STJ e 512/STF).

Oficie-se.

É como voto.

## Voto Vencido

A *Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende*: — Da prescrição/decadência

Acompanho o Relator quanto ao prazo de decadência, na modalidade de cinco anos mais cinco, em relação aos fatos geradores ocorridos em data anterior à edição da LC 118/2005.

O disposto no art. 3º da Lei Complementar 118/2005 aplica-se apenas aos fatos geradores ocorridos após a sua vigência.

Do mérito

A questão central diz respeito à possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

A Lei 9.718/1998 estabelece que:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo

irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I – as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

(...)

O egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos REs 346.048/PR<sup>1</sup> e 357.950/RS<sup>2</sup>, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, por considerar que o dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta, feriu o conceito de faturamento previsto no § 4º do art. 195 da Constituição Federal, bem assim que a instituição de nova fonte de custeio da seguridade social, com ampliação da base de cálculo, deveria observar o disposto no art. 195, I, *b*, da Constituição Federal.

Assim, para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, prevalece o disposto no art. 2º da Lei Complementar 70/1991, que considera faturamento somente “a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”, conforme entendimento já esposado nesta Corte:

*Processual Civil e Tributário. Antecipação de tutela para afastar base de cálculo da Cofins prevista na Lei 9.718/1998. Seguimento negado. Superveniência de novo entendimento do STF: inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 (eficácia do art. 2º da LC 70/1991). Agravo interno provido.*

1. Na sessão havida em 09/11/2005, o Pleno do STF, por maioria, dando provimento em parte ao RE 357.950/RS, Rel. Min. Marco Aurélio de Melo, declarou a inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo do PIS e da Cofins introduzida pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que, dando novo conceito ao termo “faturamento”, ampliara a base impositiva da exação para abranger a totalidade

de das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas.

2. A nova jurisprudência do STF aponta que, para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, prevalece, em detrimento do (novo) conceito de faturamento constante no § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, aquele (já antes) previsto no art. 2º da LC 70/1991: “A contribuição (...) incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”.

3. Se a orientação jurisprudencial que ensejara a negativa (monocrática) de seguimento do agravo se altera, passando o STF a entender — superveniente — que o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 é inconstitucional, a verossimilhança (que antes não havia) irrompe no processo com aptidão a ensejar o provimento do agravo interno subsequente, de modo a antecipar a tutela (art. 273 do CPC): a base de cálculo da Cofins é o faturamento como conceituado no art. 2º da LC 70/1991.

4. Agravo interno provido: tutela antecipada.

5. Peças liberadas pelo Relator, em 21/11/2005, para publicação do acórdão.

(AGTAG 2005.01.00.056460-0/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ de 19/12/2005, p. 152.)

Tributário. Agravo de instrumento. PIS – Cofins – CSLL. Base de cálculo. Lei 10.833/2003. Lei 9.718/1998. Art. 3º, § 1º. Recurso Extraordinário 357.950/RS. Inconstitucionalidade. Art. 354 do RITRF 1ª Região. Aplicação. Art. 2º da Lei Complementar 70/1991. Prevalência. Requisitos para antecipação dos efeitos da tutela recursal.

1. O conteúdo das disposições da Lei 10.833/2003, atacadas nas razões deste recurso, é equivalente ao disposto nos arts. 1º a 3º da Lei 9.718/1998, trazendo em alguns pontos preceitos idênticos. Ou seja, a Lei 10.833/2003 trouxe também a modificação do conceito de faturamento conferido anteriormente pela LC 70/1991.

2. Embora a Corte Especial deste e. TRF da 1ª Região, em julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos da AMS 1999.01.00.096053-2/MG – DJ de 24/09/2001 – tenha concluído, por maioria, por declarar a constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, caput, e § 1º, e art. 8º, caput, da Lei 9.718/1998, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 354 do RITRF 1ª Região.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 357.950/RS, Rel. Min. Marco

<sup>1</sup>Rel.: Min. Ilmar Galvão, rel. p/ acórdão: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/11/2005, DJ de 01/09/2006.

<sup>2</sup>Rel.: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/11/2005, DJ de 15/08/2006.

Aurélio (Informativo 408 STF), declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que, dando novo conceito ao termo faturamento ampliou indevidamente a base de cálculo para a exação, abrangendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas.

4. Prevalece, para fins de determinação da base de cálculo dos tributos em tela, o art. 2º da LC 70/1991, que considera faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (AG 20050100056460-0/DF, relator Desembargador Federal Luciano Tolentino).

5. Cessada a vinculação ao julgado da Corte Especial desta Corte, deve ser adotado o entendimento conferido quando do julgamento do RE 346.084/PR, rel. Ministro Ilmar Galvão, 09/11/2005, e RE 357.950/RS, rel. Ministro Marco Aurélio (Informativo 408 STF), no sentido da inconstitucionalidade da ampliação do conceito de receita bruta para toda e qualquer receita.

6. Presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, este evidenciado pelo fato de estar-se retirando indevidamente da empresa seu capital necessário ao franco desempenho de suas atividades, limitando suas atividades operacionais, que a persistir a levará aos caminhos do *solve et repete*.

7. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para deferir a antecipação dos efeitos da tutela.

(AG 2005.01.00.023384-9/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 19/12/2005, p. 161.)

Nesse diapasão, os valores devidos a título de ICMS, que estão embutidos no preço da mercadoria, em princípio, integram a base de cálculo da Cofins.

A matéria encontra-se pacificada no âmbito do STJ, com a edição da Súmula 94, *verbis*, que se aplica ao caso, por ter a Cofins substituído a contribuição para o Finsocial.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.

Da mesma forma, dispõe o verbete da Súmula 68 do STJ, com relação à contribuição para o PIS:

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.

No julgamento do REsp 601.41/CE, o colendo STJ ressaltou apenas a hipótese do recolhimento do

tributo (ICMS) pelo contribuinte, na condição de substituto tributário, conforme previsto no § 2º do art. 3º da Lei 9.718/1998, tendo a Turma entendido que era necessária a comprovação do pagamento antecipado do ICMS, para fins de exclusão da base de cálculo da Cofins, conforme ementa a seguir transcrita:

*Tributário. PIS e Cofins. Substituição Tributária. Exclusão do ICMS da base de cálculo. Possibilidade.*

1. A natureza jurídica da substituição tributária é uma técnica de arrecadação. Nessa modalidade, em que o Fisco e o contribuinte mantêm a relação jurídica, o contribuinte do ICMS faz seu lançamento por homologação e recolhe diretamente o tributo.

2. Na substituição tributária, o terceiro chama a ponta da relação jurídica, assume o posicionamento da atividade estatal e passa a arrecadar o tributo por determinação legal, ou seja, no momento em que o recolhe assume a responsabilidade de responder ao tributo de acordo com o princípio da legalidade. É bem verdade que agora o recolhe em nome do substituído, por isso é chamado de substituto. Ele não é contribuinte vinculado ao fato gerador direto, é contribuinte vinculado ao fato gerador de modo indireto, porque, embora o fato gerador do tributo seja decorrente de uma relação negocial, entre ele e seu verdadeiro contribuinte, passa a ser responsável pelo recolhimento.

3. Todas as vezes em que o Fisco começa a exigir do substituto recolhimento fora das regras fixadas pelo princípio da legalidade, o substituto pode insurgir-se em juízo, pois é parte legítima para discutir tal exigência; se não cumprir a exigência, passa a ser o responsável direto pelo não-cumprimento.

4. Não há como considerar o ICMS retido e recolhido no regime de substituição tributária como receita bruta de vendas ou faturamento, daí decorrendo que a incidência de PIS e Cofins sobre tal valor é absolutamente ilegal, já que se faz sobre base não prevista no texto da Constituição nem das leis que regem a matéria. O ICMS não compõe a receita da contribuinte substituída, uma vez que não se refere às suas próprias vendas, tampouco constitui receita independente da forma como seja contabilizada.

5. Quando o contribuinte vende a mercadoria, está embutido o ICMS, imposto indireto que foi por ele pago. Sua receita bruta é o total do preço da venda e do ICMS pago, pois já está incluído no preço da mercadoria. No caso da substituição tributária, quando efetua a venda, o substituto tributário recolhe o ICMS antecipadamente, e, já com o ICMS que

será pago pelo vendedor, porque o Fisco fixa uma espécie de pauta sobre o valor a incidir, presume-se que a venda será efetuada, e nesta presunção já está incluído o ICMS, que, conseqüentemente, será colocado pelo vendedor, pelo substituído.

6. Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituído do ICMS pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS — substituição tributária paga na aquisição das mercadorias — trigo e seus derivados — desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituído. A exclusão do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária, da base de cálculo da Cofins, é prevista somente para o contribuinte substituído do referido imposto (art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998).

7. Recurso parcialmente provido.

(Rel.: Min. José Delgado, Primeira Turma, publicado em 24/10/2005)

Assim, o ICMS embutido no preço do produto integra a base de cálculo da Cofins, com exceção da hipótese de recolhimento antecipado, na condição de substituído tributário, e desde que comprovado esse recolhimento pelo contribuinte.

Nesse sentido, verifiquem-se, ainda, os seguintes arestos:

*Processual Civil. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Dissídio Jurisprudencial não comprovado. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Constitucional e Tributário. Impossibilidade de apreciação da alegação de violação a dispositivos da Constituição Federal. PIS e Cofins. Alterações promovidas pela Lei 9.718/1998. Conceito de faturamento. Inconstitucionalidade. Precedentes.*

(...)

5. O § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG, sessão de 09/11/2005). A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/2005).

6. Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/1991 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF.

7. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 828106/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 15/05/2006, p. 186.)

*Tributário. PIS e Cofins. Base de cálculo. Inclusão do ICMS. Possibilidade. Violação do art. 535 do CPC. Não-Ocorrência.*

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o Tribunal de origem tenha examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pela parte.

2. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da Cofins. Inteligência das Súmulas 68 e 94 do STJ.

3. Recurso especial não-provido.

(REsp 778220/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ de 08/05/2006, p. 186.)

*Tributário. Agravo regimental no recurso especial. ICMS. Inclusão na base de cálculo do PIS e da Cofins. Súmulas 68 e 94 do STJ.*

1. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da Cofins, tendo a matéria sido objeto das Súmulas 68 e 94. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 501631/SC, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ de 1º/02/2006, p. 432.)

Por fim, acrescento que ainda se encontra pendente de conclusão o julgamento do RE 240.785/MG, de modo que, a meu ver, prevalece, até decisão final da Suprema Corte, o entendimento consagrado no âmbito do STJ.

Por todo exposto, nego provimento ao apelo da impetrante.

É como voto.

# Oitava Turma

## Apelação Cível

**2001.38.00.038731-5/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim  
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Veloso (convocado)  
Apelante: Proflora Indústria Comércio e Representações Ltda.  
Advogado: Dr. Reginaldo Ribeiro Nazir  
Apelada: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo  
Publicação: DJ 2 de 14/12/2007

## Ementa

*Tributário. IPI. Produto final isento, não-tributado, imune ou com alíquota zero. Princípio da não-cumulatividade. Matéria-prima e insumos tributados. Aproveitamento. Compensação deferida. Correção monetária. Taxa selic.*

I – A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que, nas ações que visam ao reconhecimento do direito ao creditamento escritural de IPI, o prazo prescricional é de cinco anos, contados da data da propositura da ação.

II – É perfeitamente cabível a compensação do IPI incidente na aquisição de matéria-prima e insumos tributados para aplicação na industrialização de produtos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero, sob pena de ofensa ao princípio da não-cumulatividade previsto no art. 153, II, § 3º, da Constituição Federal.

III – A não-cumulatividade, no caso do IPI, é fator impeditivo a limitações do creditamento, sendo permitida a restituição na hipótese em que é recolhido o imposto na entrada e a operação seguinte, relativa ao produto industrializado, é isenta, sujeita à alíquota zero ou não tributada, mesmo aos fatos geradores ocorridos antes da Lei 9.779/1999.

IV – A compensação pode ser lançada na contabilidade do IPI ou, a critério do contribuinte, compensada na forma dos arts. 73 e 74 da Lei 9.430/1996, a partir do trânsito em julgado da sentença, conforme o art. 170-A do CTN, em razão de a sentença ter sido proferida após a edição da LC 104/2001.

V – Os índices de correção monetária a serem aplicados serão: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) UFIR, a partir de janeiro/1992; (d) taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996.

VI – Apelação da autora a que se dá provimento para julgar procedente o pedido, respeitada a prescrição quinquenal.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 13/11/2007.

Juiz Federal *Roberto Veloso*, Relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Veloso: — Trata-se de apelação cível interposta pela autora visando à compensação de créditos do IPI referentes à aquisição de insumos tributados utilizados na fabricação de produtos isentos, não tributados e reduzidos à alíquota zero.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Veloso: — 1. Prescrição

Em relação à prescrição, tanto a 1ª quanto a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiram que o prazo prescricional para as ações que buscam o creditamento do IPI é de 5 (cinco) anos, a contar da data da propositura da ação.

*Tributário. Agravo regimental. IPI. Aquisição de insumos isentos ou tributados à alíquota zero. Direito ao creditamento. Não-cumulatividade. Prescrição quinquenal. Decreto 20.910/1932. Créditos escriturais. Correção monetária. Incidência.*

1. O princípio constitucional da não-cumulatividade, por ter aplicabilidade plena em relação ao IPI, assegura ao contribuinte do imposto o direito ao seu creditamento tanto na hipótese de aquisição de insumos e matérias-primas isentos ou tributados à alíquota zero quanto na de produtos saídos do estabelecimento com suspensão do IPI.

2. Os autos não retratam hipótese de restituição, na qual se discute pagamento indevido ou a maior, mas, sim, de reconhecimento de aproveitamento de crédito, decorrente da regra da não-cumulatividade, estabelecida pelo texto constitucional, razão pela qual não há que se cogitar da aplicação do art. 168 do CTN, incidindo à espécie o Decreto 20.910/1932, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, contados a partir do ajuizamento da ação.

3. *Precedentes da Corte: REsp 554445/SC; 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/10/2005; EREsp 427448/RS; 1ª Seção, desta Relatoria, DJ 26/09/2005; REsp 541.633/SC, Rel. Min. Castro*

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (convocado). Ausentes, justificadamente, por motivo de licença, os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Amorim e Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ.

*Meira, DJ de 11/10/2004; REsp 554.794/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 11/10/2004.*

4.

5.

6.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 753.770/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ de 24/09/2007, p. 251.)

## 2. IPI sobre matéria-prima tributada

Há duas hipóteses mais comuns a respeito do IPI sobre a matéria-prima: 1) há incidência de IPI sobre a aquisição da matéria-prima e o produto final é isento; 2) não há incidência de IPI sobre a aquisição da matéria-prima e o produto final é tributado. A questão posta nos autos refere-se à primeira hipótese, na qual o contribuinte busca o reconhecimento do direito de compensação de créditos acumulados de IPI decorrentes da aquisição, no período anterior à Lei 9.779/1999, de insumos e matéria-prima, sujeitos à tributação do IPI, empregados na industrialização de produtos sujeitos à alíquota zero.

Na órbita constitucional, o princípio da não-cumulatividade está expressamente consagrado no art. 153, § 3º, II, da CF/1988, segundo o qual o IPI “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”.

Aludido princípio está, também, previsto infra-constitucionalmente, seja no Código Tributário Nacional seja no Regulamento do IPI (Decreto 2.637/1998), abaixo transcritos:

Art. 49 do CTN: O imposto é não cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período, em favor do contribuinte, transfere-se para período ou períodos seguintes.

Art. 146 do Regulamento do IPI (Decreto 2.637/1998): a não cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste Capítulo (Lei 5.172, de 1966, art. 49).

De acordo com tal princípio, o tributo que incide sobre a saída do produto industrializado deve ser apurado mediante a dedução do imposto que já foi cobrado nas etapas anteriores da cadeia produtiva. Com isso, busca-se impossibilitar a cobrança do IPI de forma sucessiva, o que caracterizaria superposição tributária.

No caso dos autos, o contribuinte fabrica produto cuja saída do estabelecimento está desonerada do pagamento do tributo, fato que inviabiliza a compensação do que foi pago quando da entrada dos insumos tributados. Ou seja, o que a empresa credita na etapa anterior, que é a entrada de insumos tributados pelo IPI, não pode ser compensado na etapa posterior (saída do produto industrializado). Tal impossibilidade fática, no entanto, não pode obstar que ocorra o devido aproveitamento dos créditos acumulados, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade.

A técnica da não-cumulatividade agregada ao IPI nas diversas operações que envolvem a industrialização permite o abatimento do imposto suportado na entrada da matéria-prima ou dos insumos, daquele incidente na operação de saída na etapa subsequente, registrados na escrita do contribuinte. Assim, a saída do estabelecimento industrial de produto contemplado com a isenção, não incidência ou incidência zero, fabricado com a utilização de matéria-prima ou insumos sujeitos à tributação, o valor pago gera um crédito a ser aproveitado, sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade.

A Fazenda Nacional resiste e insiste em argumentar que não aceita a utilização do crédito do IPI gerado pela não incidência desse imposto na saída do produto do estabelecimento industrial, apurado em data anterior a 1º de janeiro de 1999, para compensação com outros tributos por ela administrados por força do contido no art. 174 do Decreto 2.637/1998 (RIPI), o qual determina o estorno do crédito dessa exação, quando o produto industrializado for isento, não tributado ou sujeito à alíquota zero.

Tal dispositivo é afrontosamente inconstitucional, porque fere de morte o princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no art. 153, § 3º, II, da CF/1988, porque quando o contribuinte adquire insumos, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem tributados, necessariamente agregados ao produto industrializado e a operação de saída é contemplada com o benefício exonerativo, o saldo

credor do IPI pago na entrada é simploriamente anulado e nele se encerram os efeitos financeiros, gerando a impossibilidade de utilização dos créditos.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se posicionou a respeito da inconstitucionalidade do art. 174 do Decreto 2.637/1998 (RIPI), nos seguintes termos:

*Ementa: incidente de inconstitucionalidade. Imposto sobre produtos industrializados. Creditamento. Saída do produto com alíquota zero. Princípio da não-cumulatividade.* 1. A Constituição atual não recepcionou a Lei 4.502/1964, e a Lei 7.789/1989 não reproduziu o texto incompatível com a Lei Maior, limitando-se, em seu art. 12, a remeter ao regulamento uma norma de índole notoriamente primária. Em decorrência, o Decreto 2.637/1998, no tópico da inconstitucionalidade enfocada (art. 174, I, alínea a), passou a constituir regulamento autônomo, como tal sujeito ao crivo de inconstitucionalidade veiculado por este incidente. Matéria preliminar rejeitada. Como o Decreto 87.981/1982 é anterior à Constituição Federal vigente, não se trata na espécie de inconstitucionalidade, caracterizando hipótese de recepção. Incidente conhecido parcialmente, para restringir o exame da inconstitucionalidade ao art. 174, I, alínea a, do Decreto 2.637/1998. Matéria preliminar acolhida à unanimidade. 2. Isenção e alíquota-zero são figuras de direito distintas; e, mesmo se a inconstitucionalidade não ocorresse em relação à isenção, no caso de alíquota zero seria ela irrecusável. É que “...alíquota zero representa uma solução encontrada pelas autoridades fazendárias no sentido de excluir o ônus da tributação sobre certos produtos, temporariamente, sem os isentar. A isenção só pode ser concedida por lei (CTN, art. 97, item VI). Como é permitido ao Poder Executivo, por disposição constitucional (CF, art. 153, § 1º) alterar as alíquotas do IPI, dentro dos limites fixados em lei, e a lei não fixou limite mínimo, tem sido utilizado o expediente de reduzir a zero as alíquotas de certos produtos. Tais alíquotas, entretanto, podem ser elevadas a qualquer tempo, independentemente de lei” (Hugo de Brito Machado, citado pela Des. Federal Tânia Escobar, em voto condutor no julgamento do AI 1998.04.01.015563-9/SC, apud Leandro Paulsen, in *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Livraria do Advogado, p. 176). Não se há que falar em isenção, nem em não-incidência; o que existe é uma incidência negativa, mas, ainda assim, uma incidência. 3. No que concerne à falta de pagamento de tributo na saída da mercadoria, a vedação do creditamento — e, de igual modo, obviamente, a determinação de seu estorno — obrigaria a empresa

vendedora a arcar com o prejuízo decorrente de favor fiscal, penalizando o contribuinte tão-somente pelo fato de não estar a compradora sujeita ao tributo. 3. Inexistindo em relação ao IPI as vedações constitucionais da manutenção do crédito, prevalece a não-cumulatividade, de que decorre o direito de creditar-se o contribuinte do *quantum* do imposto incidente nas operações anteriores, sendo irrelevante a existência de isenções, quer em relação às imunidades, quer em relação às isenções, quer — e ainda com maior razão — em face de operações beneficiadas com alíquota zero. 4. Incidente de inconstitucionalidade do art. 174, inciso I, alínea a, do Decreto 2.637/1998 acolhido. (TRF4, INAC 1999.72.05.008186-1, Corte Especial, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 14/11/2001.)

O princípio da não-cumulatividade veio a ser explicitado por meio da Lei 9.779/1999, a qual tratou especificamente acerca da situação em que se encontra o contribuinte nestes autos (impossibilidade fática de aproveitar o crédito acumulado), pelo que tornou clara a viabilidade da utilização dos créditos para quitação de débitos do contribuinte mediante compensação.

Reza o art. 11 da Lei 9.779/1999, *in verbis*:

Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei 9.430, de 27/12/1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

Entretanto, acerca da situação regida pela norma transcrita, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa 33/1999, que regulamentou o aproveitamento dos créditos da seguinte forma:

Art. 4º O direito ao aproveitamento, nas condições estabelecidas no art. 11 da, de 1999, do saldo credor do IPI decorrente da aquisição de MP, PI e ME aplicados na industrialização de produtos, inclusive imunes, isentos ou tributados à alíquota zero, alcança, exclusivamente, os insumos recebidos no estabelecimento industrial ou equiparado a partir de 1º de janeiro de 1999.

Art. 5º Os créditos acumulados na escrita fiscal, existentes em 31 de dezembro de 1998, decorrentes de excesso de crédito em relação ao débito

e da saída de produtos isentos com direito apenas à manutenção dos créditos, somente poderão ser aproveitados para dedução do IPI devido, vedado seu ressarcimento ou compensação.

§ 1º Os créditos a que se refere este artigo deverão ficar anotados à margem da escrita fiscal do IPI.

§ 2º O aproveitamento dos créditos do IPI de que trata este artigo somente poderá ser efetuado com débitos decorrente da saída dos produtos acabados, existentes em 31 de dezembro de 1998, e dos fabricados a partir de 1º de janeiro de 1999, com a utilização dos insumos originadores desses créditos, considerando-se que os produtos que primeiro saírem foram industrializados com a utilização dos insumos que primeiro entraram no estabelecimento.

§ 3º O aproveitamento dos créditos, nas condições estabelecidas no artigo anterior, somente será admitido após esgotados os créditos referidos neste artigo.

(Grifei.)

Consoante se vê, as normas regulamentadoras estabeleceram que o direito ao aproveitamento do crédito de IPI para fins de ressarcimento/compensação alcançaria somente os insumos adquiridos a partir de 1º de janeiro de 1999. Entretanto, tal limitação temporal não deve prevalecer, posto configurar restrição a direito reconhecido por norma constitucional.

Além de a possibilidade do aproveitamento dos créditos encontrar amparo na Constituição Federal, a Lei 9.779/1999, que é meramente elucidativa e explicatadora, não trouxe qualquer disposição quanto a limites de tempo para o gozo de tal benefício.

Esse é o entendimento do STJ:

*Tributário. Processual Civil. Art. 535 do CPC. Inexistência de omissão. IPI. Aquisição de matéria-prima isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero. Crédito. Compensação. Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade. Créditos escriturais. Prescrição. Incidência.*

(...)

5. A Lei 9.779/1999, por força do assento constitucional do princípio da não-cumulatividade, tem caráter meramente elucidativo e explicatador. Apresenta nítida feição interpretativa, podendo operar efeitos retroativos para atingir a operações anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o art. 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, segundo o qual “a lei se aplica a ato ou fato

*pretérito” sempre que apresentar conteúdo interpretativo.*

6. *Se a Lei 9.779/1999 apenas explicita uma norma constitucional que é auto-aplicável (princípio da não-cumulatividade) não há razão lógica, nem jurídica, que justifique tratamento diferenciado entre situações fáticas absolutamente idênticas, só porque concretizada uma antes e outra depois da lei.*

7. Os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por esse Órgão, ante o disposto no art. 74 da Lei 9.430/1996, com a redação conferida pela Lei 10.637/2002.

8. Recurso especial da União improvido. Recurso especial de Móveis Tigrão Ltda. e outro, provido em parte. (REsp 833.264/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/08/2006, DJ de 25/08/2006, p. 332.)

Destarte, encontra-se evidente o direito do contribuinte ao aproveitamento do crédito vindicado, mediante compensação com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos dos arts. 73 e 74 da Lei 9.430/1996, com a redação dada pela Lei 10.637/2002.

### 3. Correção monetária

A sentença deve se adequar à jurisprudência do STJ a respeito da correção monetária da seguinte maneira:

*Processual Civil. Fundamento constitucional. Tributário. Creditamento. IPI. Insumos isentos, não tributados ou tributados à alíquota zero. Prescrição. Correção monetária. Incidência em caráter excepcional. Ilegítima oposição do fisco. Selic. Legalidade. 166 do CTN. Transferência do encargo financeiro. Inaplicabilidade. Precedentes.*

- 1.
- 2.
- 3.

4. A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento ou beneficiado com alíquota zero. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. É forma de se evitar o enriquecimento sem causa e de dar integral cumprimento ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes

do STJ e do STF. Precedentes: Resp. 640.773/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ. de 30/05/2005 e Eresp. 468.926/SC, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13/04/2005.

5. Os índices a serem utilizados na atualização dos valores, na esteira da orientação assentada na 1ª Seção em matéria análoga (repetição e compensação tributárias) são os seguintes: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) UFIR, a partir de janeiro/1992; (d) taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996.

6. É firme a orientação da 1ª Seção do STJ no sentido da desnecessidade de comprovação da não-transferência do ônus financeiro correspondente ao tributo, nas hipóteses de aproveitamento de créditos de IPI, como decorrência do mecanismo da não-cumulatividade. Precedentes: Resp 640.773/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ. de 30/05/2005 e Resp 502.260/PR, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09/02/2004.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido parcialmente. (REsp 749.746/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ de 19/12/2005, p. 258.)

Portanto, a correção monetária é devida desde a data em que o crédito deveria ter sido aproveitado até a data da efetiva compensação.

Os índices a serem aplicados serão: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) UFIR, a partir de janeiro/1992; (d) taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996.

Isso posto, dou provimento à apelação da autora para julgar procedente o pedido, respeitada a prescrição quinquenal.

É o voto.

---

## Suspensão de Segurança

### 2008.01.00.005164-4/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães  
Decisão: 01/02/2008  
Divulgação: e-DJF1 de 14/02/2008  
Publicação: e-DJF1 de 15/02/2008

---

### Decisão

A União requer, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/1964, a suspensão dos efeitos da liminar deferida pelo MM. Juiz Federal Substituto Naiber Pontes de Almeida, da Seção Judiciária do Distrito Federal, em plantão, nos autos do Mandado de Segurança 2008.34.00.003944-1, impetrado pelo Sindicato dos Bares, Hotéis, Restaurantes e Similares de Brasília (SINDHOBAR-DF) contra o Diretor do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, nos seguintes termos:

*(omissis)*

Ante o exposto, defiro a liminar, buscada, a fim de suspender os efeitos da MP 415/2008, determinando ao impetrado que se abstenha: de fiscalizar a venda de bebidas, a colocação de avisos, autuar, multar, instaurar processo de cobrança, fechar ou qualquer outro obstáculo aos estabelecimentos localizados na base de representação do sindicato-impetrante (Distrito Federal).

A presente decisão alcança não só os filiados ao Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Brasília, mas a todos os estabelecimentos que compõem a categoria dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares (estabelecimentos de hospedagem, alimentação preparada e bebidas a varejo) atingidos pelas normas previstas na MP 415/2008. (Fls. 59/61.)

Assevera que “a Medida Provisória 415/2008 não é providência isolada da União para reduzir o número de acidentes nas rodovias federais. Ela faz parte de um conjunto maior de providências, de que fazem parte a organização e grandes operações de fiscalização como ocorrerá neste Carnaval, campanhas de prevenção de acidentes e a contratação de mais Policiais Rodoviários Federais”, com o objetivo de evitar mais mortes nas rodovias.

Aduz ser equivocado considerar a aludida Medida Provisória inócua; que se faz necessário impor dificuldades para a oferta de bebidas alcoólicas aos motoristas; que “a intervenção estatal deve ser feita em duas frentes, na fiscalização dos motoristas e também na de estabelecimentos que facilitem o seu consumo em nítido prejuízo à segurança e à saúde públicas”.

Sustenta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 148.260/SP, considerou constitucional a Lei Estadual 4.885/85, que proíbe os estabelecimentos comerciais de vender bebidas alcoólicas nas rodovias estaduais; que o entendimento jurisprudencial aplica-se à Medida Provisória questionada.

Alega que a decisão impugnada, ao suspender os efeitos da MP 415/2008, invadiu a competência do Supremo Tribunal Federal, relativamente ao controle de constitucionalidade; que a hipótese é de manifesto interesse público e a liminar acarreta grave lesão à saúde e à segurança públicas, pois, “apenas a título de ilustração, no ano passado foram 145 mortes no Carnaval ocorridos em 2.147 acidentes nas rodovias federais, que tiveram também 1.587 feridos em notório prejuízo à saúde e segurança públicas”; que a aludida MP tem sido objeto de elogio dos especialistas de trânsito; que houve “um incremento dos casos de motoristas autuados por embriaguez pela Polícia Rodoviária Federal, o que revela o risco potencial deles para a saúde e segurança da população: foram 6.128 somente em 2007, 154% a mais em comparação com 2006”.

Traz à colação as razões que delineiam a Exposição de Motivos da Medida Provisória em tela.

Com esse breve relatório, passo a expender a motivação que se segue.

Adtrita à verificação da existência dos pressupostos estabelecidos pelo art. 4º da Lei 4.348/1964, ou seja, se

a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É possível analisar, de modo superficial, o mérito da decisão, tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido.

Afastada tal hipótese, a análise do pedido de suspensão de segurança deve limitar-se, sempre que possível, à probabilidade de a decisão, ao ser executada, resultar em *grave lesão* à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Questões processuais e de mérito deverão ser discutidas na via recursal própria, para que se não transforme a suspensão de segurança em mais um entre tantos recursos cabíveis.

Assim sendo, a competência do Juízo de Primeira Instância para suspender os efeitos da Medida Provisória em tela ou, ainda, discussões acerca da abrangência dada pela decisão, são questões que, *vistas isoladamente*, não podem fundamentar o deferimento da suspensão ora pretendida. No entanto, cabe aqui questionar até que ponto uma liminar deferida em mandado de segurança, afastando a eficácia de medida provisória para beneficiar *todos* os estabelecimentos brasileiros atingidos pela norma impugnada por determinado impetrante, poderá causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Na hipótese, entendo que a execução da decisão acarreta grave lesão à ordem, à saúde e à segurança pública. Vejamos.

Lesão à ordem pública, porquanto a edição de medida provisória está prevista constitucionalmente, revestindo-se de força, eficácia e valor de lei, justificando-se a sua publicação em caso de relevância e urgência (art. 62 da CF/1988), ou seja, quando não é possível aguardar-se a concretização da lei pelo Poder Legislativo, não cabendo ao Judiciário afastar sua eficácia por inconveniência ou ineficácia. Constitui atribuição exclusiva do Poder Legislativo convertê-la em lei ou rejeitá-la e ao Supremo Tribunal Federal compete realizar o controle abstrato de sua constitucionalidade.

Lesão à saúde e à segurança públicas, pois, segundo revela a exposição de motivos da proposta da Medida Provisória mencionada, “Pesquisa realizada em 1998 por iniciativa da Associação Brasileira de Departamento de Trânsito – Abdetran em quatro capitais brasileiras — Salvador, Recife, Brasília e Curitiba — (...) apontou que entre as 865 vítimas de acidentes, quase um terço (27,2%) apresentou taxa de alcoolemia superior a 0,6 g/l, índice limite definido pelo Código de Trânsito Brasileiro” (fls. 68).

A requerente colaciona aos autos, também, reportagem relativa ao consumo de álcool nas rodovias brasileiras. Para ilustrar, transcrevo os seguintes trechos:

(*omissis*)

No ano passado, a Polícia Rodoviária Federal (PRF) autuou 6.128 motoristas por embriaguez, número 154% maior que as 2.412 multas de 2006. O crescimento é atribuído à aquisição de 320 bafômetros no carnaval passado, o que aumentou o estoque da PRF para 420 unidades. O número de multas, no entanto, ainda é irrisório no universo total de autuações feitas nas estradas federais em 2007 — 2 milhões. (*omissis*). (Notícia publicada no Diário “O Estado de São Paulo”, 23/01/2008, intitulada “Especialistas elogiam MP, mas alertam para necessidade de fiscalização”).

A Medida Provisória 415/2008 foi editada visando proteger a saúde pública e garantir a segurança pública, impondo-se a concessão da medida de contracautela, especialmente levando-se em conta, como afirma a requerente, que, “a partir de hoje, inúmeros brasileiros viajam pelas rodovias federais para aproveitar o feriado de Carnaval. Nessa Época, a combinação da festa popular com o calor de verão incentivam o consumo desregrado de bebidas alcoólicas, inclusive por parte dos motoristas. O resultado são inúmeros acidentes, muitos infelizmente com vítimas fatais” (fls. 8).

Pelo exposto, presente o risco de grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas com a execução do *decisum* ora impugnado, defiro o pedido, para suspender os efeitos da liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança 2008.34.00.003944-1.

Comunique-se ao Juízo *a quo*, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

---

## Agravo de Instrumento

### 2007.01.00.055051-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus

Decisão: 14/01/2008

Publicação: DJ 2 de 22/01/2008

---

### Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela TIM Celular S/A contra decisão que, reconsiderando ato judicial anterior, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em caráter cautelar, formulado pela empresa Global Village Telecom – GVT, autorizada para prestar serviço telefônico fixo comutado, fixando “como valor cautelar de VU-M a ser cobrado da autora pelas rés, operadoras de SMP, a quantia de R\$ 0,2899 por minuto de ligação VC-1 (líquido de imposto), valor este apontado pela autora como o máximo a ser arcado para estancar a situação deficitária atual, devendo a diferença entre o valor fixado e o valor atualmente cobrado pelas rés a título de VU-M ser depositado em juízo”.

Com esse breve relato, passo às razões de decidir.

Ao apreciar, nesta data, a pretensão deduzida pela Anatel, no âmbito do AG 2007.01.00.052820-0/DF, contra a mesma decisão impugnada nestes autos, assim me manifestei:

Inicialmente, para melhor explicitação da matéria discutida nos autos, transcrevo trecho da primeira decisão proferida pelo ilustre Juízo a quo na parte em que, de forma clara e lúcida, resume a lide e apresenta histórico dos acontecimentos, *verbis*:

A Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), em seu art. 146, parágrafo único, definiu interconexão como “a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”. Em outras palavras, a interconexão é o recurso técnico que possibilita aos usuários de diferentes operadoras de telefonia fixa ou móvel (celular) realizar e receber ligações. Sem a interconexão, não se poderia falar em sistema de telecomunicações, pois os usuários da GVT, por exemplo, só poderiam originar e receber chamadas de outros usuários da GVT, não sendo possível uma ligação entre um número GVT e outro da TIM.

A LGT expressamente previu a obrigatoriedade de interconexão entre redes de telecomunicações (art. 147), quando solicitada por prestadora de serviço no regime privado, como é o caso da GVT. Ao tratar da remuneração dos serviços de interconexão, o fez de modo a assegurar seu provimento em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço (art. 152).

Assim, todas as vezes que um usuário GVT (fixo) realizar uma ligação para um telefone móvel qualquer (Serviço Pessoal Móvel – SMP, por exemplo, a TIM), sua prestadora (a GVT) terá que remunerar a prestadora que recebe a ligação (TIM), ou seja, possibilita a interconexão, pelo uso de rede do SMP (uso de rede da TIM), cuja denominação é VU-M. Em outras palavras, VU-M é o Valor utilizado para remunerar o Uso de uma rede Móvel.

O que deseja a GVT, na presente demanda judicial, é a revisão dos valores utilizados para remuneração da rede móvel, ou seja, a revisão do valor do VU-M, que, no seu entendimento, está em desacordo com as balizas traçadas pela LGT.

Nos termos em que previsto pelo legislador (art. 153 da LGT), as condições para a interconexão de redes serão objeto de *livre negociação entre os interessados, mediante acordo*, observado o disposto na LGT e *nos termos da regulamentação*, sendo que, para a hipótese de conflito, a Anatel, por provocação de um dos prestadores de serviço de telecomunicações, arbitrará as condições para a interconexão.

Conforme narra a autora, a Anatel, até 06/02/2004 (Ato 42378) homologou valores de interconexão, não mais atuando, desde então, na definição do preço do VU-M. Informa que até o início de 2002, o preço médio do VU-M estava em R\$ 0,282, tendo sido reajustado para R\$ 0,376 em 2004, encontrando-se, atualmente, num valor médio de R\$ 0,393, líquidos de impostos.

Fracassadas as tentativas de acordo da promovente com as rés, prestadoras de SMP, instauraram-se diversos processos de arbitragem na Anatel (de acordo com a Agência, um total 32 processos), um dos quais figuram como requerente o grupo VIVO e como requerida a GVT, encontrando-se referido processo concluso para decisão final (fl. 540).

Por sua vez, a GVT em petições protocolizadas em 31/08/2007 e 05/09/2007, informa que no curso dos processos de arbitragem requereu a redução do valor do VU-M. Junta, ainda, cópia de representação formulada perante a Anatel, em 06/06/2007, contra as rés deste processo no qual solicita a instauração de processo administrativo de arbitragem e a fixação cautelar de VU-M.

No curso dos processos de arbitragem, formou-se uma Comissão de Arbitragem em Interconexão – CAI, a qual determinou, através do Despacho 47, de 15/12/2005 (fls. 547/550), que as operadoras de serviço fixo e móvel contratassem, *conjuntamente* e às suas expensas, uma Consultoria, que analisasse o contexto que envolve a fixação dos valores devidos a título de remuneração pelo uso de redes do SMP e apresentasse um relatório, produzido de acordo com os requisitos constantes do referido Despacho, que contivesse a metodologia de cuja aplicação seja extraído preço que dê subsídios para a solução da lide.

*Ocorre que nem mesmo um acordo conjunto foi possível, nos termos em que determinado pela Comissão de Arbitragem em Interconexão – CAI, ou seja, que envolvesse todas as prestadoras de serviço fixo e móvel, no que tange à contratação de Consultoria para realizar o estudo técnico em comento.*

De um lado, as operadoras de serviço fixo e móvel, com exceção da TIM, Vivo, Claro e Oi, contrataram as consultorias PricewaterhouseCoopers International Services Ltda. e a Spectrum Latino América S.A. (...), que apresentou relatório de estudo de metodologia de precificação do VU-M (...), relatório este, que, por não contar com os dados das quatro operadoras supramencionadas, utilizou, para fins de modelagem dos custos das operadoras TIM, Vivo, Claro e Oi, suas respectivas demonstrações financeiras, bem como outros informes disponíveis ao público em geral (...), dados sobre os quais as consultorias basearam suas premissas para apresentar o relatório final.

Do outro lado, a TIM, VIVO, Claro e Oi, não satisfeitas com a contratação da PricewaterhouseCoopers/Spectrum, levantando inclusive suspeitas quanto à imparcialidade da PricewaterhouseCoopers para a realização do estudo, haja vista sua prévia contratação por uma das operadoras fixas (Brasil Telecom S.A.) para realizar estudo semelhante sobre a precificação do VU-M, contrataram consultoria diversa (Value Partners), que apresentou, no mesmo prazo fixado pelo Despacho 47-CAI/2005 (seis meses), estudo no qual apresenta razões pelas quais o VU-M não pode ser reduzido, defendendo, até mesmo, sua majoração na ordem de 11,8% (fl. 936), sob o argumento de que necessária a estabilidade e manutenção do atual sistema de prestação de serviço móvel no país.

Ora, é inegável que a LGT, ao dispor em seu 152, que no provimento da interconexão serão garantidos preços isonômicos e *justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço*, sinaliza claramente no sentido de que o modelo a ser adotado, no que tange à precificação do VU-M, *é o de custos*.

A própria Anatel, em sua recente Resolução 480, de 11/08/2007, deu continuidade à transição para um modelo de custos (FAC), na medida em que fixa a data de 31/10/2007 como prazo para a primeira apresentação do Documento de Separação e Alocação de Contas (DSAC) e define, em seu art. 4º, o *ano de 2010*, como a data para a fixação do Valor de Referência de VU-M (RVU-M), nos termos do art. 14 da Resolução nº 438/2006, valor este que servirá de referência para a solução de conflitos entre as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Os questionamentos que exsurtem são: e até 2010, como serão resolvidos os conflitos instaurados perante a Agência Reguladora? Não estaria a Anatel postergando para um prazo que além de distante, é incerto (a Resolução fala em “a partir de 2010”) a solução dos litígios, colocando em risco a livre concorrência entre os diversos atores do sistema de telecomunicações? É razoável a demora na solução dos conflitos de arbitragem?

A Vivo, em recurso administrativo apresentado contra o Despacho 47-CAI, de 15/12/2005, expressamente reconhece a utilização do VU-M como, no seu entender, importante e vital fonte de receita das operadoras móveis, nos seguintes termos:

“O sucesso do modelo da telefonia móvel no Brasil está intimamente relacionado ao valor do VU-M, tanto que este representa, para muitas operadoras, *em torno de 50% das receitas na prestação de serviço*. Todavia, tal representatividade não pode ser atribuída exclusivamente à política de negócios das operadoras móveis e à competição instalada no setor, mas também à realidade sócio-econômica do país.” (fl. 704 – sem negrito no original).

De outra parte, a mesma Anatel, em nota técnica (Informe 329/2007-PBCPA/PBCP) trazida a este processo pela GVT em petição protocolizada em 17/09/2007, produzida em processo administrativo no qual prestadoras de serviço telefônico fixo (STFC) requerem o reajuste da tarifa de Valor de Comunicação 1 – VC1, *reconhece que as operadoras de telefonia fixa estão, no quadro atual, trabalhando com prejuízo no que tange às ligações realizadas por seus usuários para as operadoras de serviço móvel (especificamente as ligações tarifadas como VC-1)*, nos seguintes termos: “Pelos cálculos apresentados, as concessionárias estão trabalhando com margem operacional líquida negativa para o item VC-1, que varia de R\$ 0,021 a R\$ 0,064 por minuto. A essas margens, acrescentando os custos internos calculados pela TU-RL média estimada para 2005 pela Agência, ter-se-ia margem total negativa variando de R\$ 0,048 a R\$ 0,10.”

É este o cenário que se desenhou (...).

A princípio, a Anatel não demonstrou a ocorrência de *periculum in mora*, este consubstanciado na superveniência de dano irreparável ou de difícil reparabilidade que a decisão agravada pudesse vir a causar às empresas do sistema de telefonia celular móvel, já que, uma vez depositados os valores controvertidos à ordem do Juízo de primeiro grau, a parte que obtiver êxito ao final da demanda receberá a quantia que lhe for devida, atualizada monetariamente.

Ainda que se quisesse identificar a presença, no contexto da causa, de interesse difuso ou individual homogêneo, o que não visualizo, dado o vínculo inerente ao contrato que ata os co-partícipes da rede de concessionárias, mesmo assim, parece-me seguro que não ocorreria situação configuradora do *periculum in mora*.

Quanto mais não fosse, encontro plausibilidade no direito invocado pela ora Agravada, que consiste, em síntese, no quanto se segue:

a) o preço do Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M), atendendo ao disposto no art. 152 da Lei 9.472/1997, deve refletir apenas os custos para transportar a chamada telefônica desde o ponto de interconexão até o usuário chamado, sem gerar lucro.

Ora, pelo que se pode observar, a operação realizada pela operadora de telefonia móvel para completar chamada feita para um dado número de telefone de seus clientes é a mesma, independentemente de ter sido a ligação originada de telefone fixo ou de telefone móvel. Assim sendo, a lógica permite inferir que o custo dessa operação é idêntico e não sofre alterações por ter sido a chamada originada por uma operadora fixa ou por uma operadora móvel.

As empresas operadoras de telefonia móvel, todavia, conseguem cobrar do consumidor final, pela ligação entre usuários da mesma operadora (ex.: ligação de Claro para Claro, de Vivo para Vivo etc.), preço de público (que compreende o valor cobrado pela originação da chamada somado ao valor cobrado pela sua terminação) bastante inferior ao que é cobrado apenas pela feitura da operação de terminação, sinal de que, na realidade, o valor pago a título de VU-M é bem superior ao verdadeiro custo da operação de interconexão.

Senão vejamos. Se o VU-M cobrado das prestadoras de telefonia fixa, para que seja concluída ligação telefônica de aparelho fixo para celular, corresponde, em média, a R\$ 0,393 por minuto, e a esse valor ainda deve ser acrescido o preço cobrado pela originação da chamada, é certo que o preço final da ligação será superior a R\$ 0,40 por minuto. Entretanto, consoante documentos nos autos, as operadoras de serviço móvel conseguem oferecer preços de público que variam entre R\$ 0,17 e R\$ 0,24 por minuto, nas ligações intra-rede (entre celulares da mesma operadora);

b) conforme já observado pelo Juízo de 1º grau, a própria Vivo, em recurso administrativo (fls. 262/284) apresentado contra o Despacho 47-CAI, de 15/12/2005 (fls. 123/126), admite que o montante recebido a título de VU-M “representa, para muitas operadoras, em torno de 50% das receitas na prestação do serviço” (fls. 279);

c) embora tenha sido necessária a concessão de subsídio inicial, que permitisse o estabelecimento e sobrevivência da telefonia móvel celular no país, o gráfico visto a fls. 31, apresentado pela Agravada na exordial do feito originário (Ação de rito ordinário 2007.34.00.027093-3/DF), demonstra que, desde 2003, a telefonia móvel superou a fixa e tem crescido exponencialmente, enquanto que a telefonia fixa tem conseguido, no máximo, manter-se estagnada. Tanto é assim que, no mesmo recurso administrativo anteriormente referido, a Vivo aponta como prejuízos para o setor de telefonia móvel brasileiro, advindos de eventual redução do VU-M, a “diminuição do ritmo das promoções realizadas” (fls. 279) e a “retração da expansão do serviço e da penetração da telefonia no país” (fls. 280).

No entanto, parece lógico que, se a telefonia móvel já consegue oferecer preços de público que chegam a corresponder a menos da metade do valor do VU-M, o subsídio inicial deixou de ser necessário e começa a ameaçar a sobrevivência da telefonia fixa, que não obtém a mesma receita de Tarifa de Uso de Rede Local (TU-RL), perdendo competitividade no mercado, por não conseguir oferecer preços de público menores do que o valor do VU-M, a que é obrigada a pagar.

Nesse ponto, a causa merece ser examinada também sob a ótica do direito constitucional, cuja ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, põe em destaque os princípios relativos à função social da propriedade privada, à livre concorrência, à livre iniciativa, inclusive à busca do pleno emprego, os quais não se podem perder de vista no contexto ora analisado;

d) valendo-me, ainda uma vez das percucientes observações formuladas pelo Juízo a quo na decisão vista a fls. 91/97, verifico que a própria Anatel, por meio de Nota Técnica divulgada pelo Informe 329/2007-PBCTA/PBCP, constante de processo administrativo no qual companhias prestadoras de serviço telefônico fixo requereram o reajuste da tarifa de Valor de Comunicação 1 – VC1, reconhece que as operadoras de telefonia fixa estão, no quadro atual, trabalhando com prejuízo no que tange às ligações realizadas por seus usuários para as operadoras de serviço móvel (especificamente as ligações tarifadas como VC-1), quando afirma que “Pelos cálculos apresentados, as concessionárias estão trabalhando com margem operacional líquida negativa para o item VC-1, que varia de R\$ 0,021 a R\$ 0,064 por minuto. A essas margens, acrescentando os custos internos calculados pela TU-RL média estimada para 2005 pela Agência, ter-se-ia margem total negativa variando de R\$ 0,048 a R\$ 0,10”;

e) não se deve olvidar, também, que, na hipótese de a Agravada vir a sagrar-se vencedora, ao final e ao cabo, não havendo o depósito mensal das quantias questionadas, é certo que se tornará extremamente difícil a apuração, em concreto, das respectivas quantias a serem restituídas.

Por fim, cumpre anotar que a decisão agravada não propiciou tratamento vantajoso à GVT relativamente às demais operadoras de telefonia fixa, pois não reduz a tarifa referente ao VU-M, que continua sendo recolhida na totalidade pela Agravada, tão-somente efetuando o depósito em juízo de parte do valor.

Valendo-me dos mesmos fundamentos, indefiro o pretendido efeito suspensivo postulado neste agravo.

Comunique-se ao ilustrado Juízo prolator da decisão agravada.

Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta ao recurso, no prazo legal (CPC, art. 527, inciso V).

Publique-se.

---

## Agravo de Instrumento

### 2008.01.00.000831-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Decisão: 10/01/2008

Publicação: e-DJ 2 de 25/01/2008

---

### Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Santa Bárbara Engenharia S.A. e outras empresas de engenharia, reunidas em consórcio, sob a denominação Santa Bárbara/Enterpa/SPA/Rodominas/DP/Barros/CMS, da decisão (cópia – fls. 712-716), que indeferiu pedido de antecipação de tutela, formulado nos autos de ação ordinária ajuizada com o objetivo de suspender os efeitos da decisão da Comissão Especial de Licitação do Ministério da Integração Nacional, que inabilitou o Consórcio requerente a participar da Concorrência Pública 02/2007, cujo objeto é a execução de obras civis, instalação, montagem, testes e comissionamento dos equipamentos mecânicos e elétricos da Primeira Etapa do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, localizado em diversos municípios dos Estados de Pernambuco, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte.

Informam as agravantes que concorrem na referida licitação em cinco lotes, sendo a causa de pedir da ação o Lote 09, no qual foi considerado inabilitado, por não atender, segundo a Comissão de Licitação, a exigência contida no item 6.1.8, “c” do Edital, relativo à Experiência Específica da Empresa, no que concerne à comprovação de “atividades pertinentes e compatíveis em características e quantidades com o objeto desta Licitação”.

Sustentam as agravantes, em resumo, que atenderam a exigência editalícia, consoante pareceres técnicos que apresentam, porém “a r. decisão ignorou os bastantes pareceres técnicos acostados, todos no sentido da similaridade entre os procedimento (sic), inclusive atestando a superioridade de grau técnico da impermeabilização do aterro sanitário” (fl. 09).

Concluem que a decisão da Comissão de Licitação é arbitrária e viola direito subjetivo seu, “e o próprio interesse público, que repousa, em licitação pública, na ampliação da disputa”, pleiteando, ao final, a antecipação da tutela recursal, para suspender os efeitos do ato de inabilitação do Consórcio formado pelas agravantes, determinando, por conseguinte, que a Comissão de Licitação “abra, coteje e classifique a proposta comercial ofertada pelas Agravantes relativa ao Lote 09, praticando todos os demais atos atinentes à Concorrência Pública 02/2007 nessa condição” (fl. 22).

Decido.

As agravantes, reunida em consórcio, participam da licitação para execução das obras de Transposição do Rio São Francisco, e, tendo sido inabilitadas em relação ao Lote 09 do Projeto, ajuizaram ação ordinária com o objetivo de anular o ato administrativo praticado pela Comissão Especial de Licitação, requerendo, ao final (fl. 48):

a) que defira, *inaudita altera parte*, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional ora almejada, para suspender os efeitos do ato de inabilitação do Consórcio formado pelas Autoras e, por conseguinte, determinar à União Federal, representada pela d. Comissão de Licitação instaurada no âmbito do Ministério da Integração Nacional, que abra, coteje, classifique a proposta comercial ofertada pelo Consórcio-Autor relativa ao Lote 9, praticando todos os demais atos atinentes à Concorrência Pública 02/2007 nessa condição.

A decisão ora agravada indeferiu esse pedido, por não vislumbrar a aparência do bom direito, com suporte nas razões da decisão da Comissão de Licitação, que transcreveu parcialmente, e que demonstra “ser de pequena monta a semelhança entre o processo de aplicação de geomembrana em aterros sanitários e canais de adução, e de grande monta as diferenças fundamentais entre os procedimentos em questão”, acrescentando (fls. 715-716):

Ora, tendo em vista que o item 6.1.6.5 do edital de regência define “como obras de complexidade e magnitude equi-

valentes ao objeto da presente licitação aquelas que apresentem grandezas e características técnicas compatíveis às descritas no item 6.1.8.'c' deste Edital" (fl. 143), bem como que o consórcio das empresas Autoras não demonstrou capacidade técnica, exceto em obras consideradas incompatíveis e substancialmente diferentes ao objeto do edital, não há *fumus boni iuris* a amparar a participação de empresas na concorrência pública, mormente no caso concreto, em face do vulto e importância da obra a ser executada para o país.

Outrossim, não vislumbro verossimilhança nas alegações de que a Comissão de Licitação estaria inovando, considerado o instrumento convocatório, ao exigir a comprovação de experiência anterior em *impermeabilização com geomembrana de PVC e/ou PEAD com proteção em concreto*.

Ora, a discriminação da experiência técnica anterior exigida para o lote em questão relaciona expressamente a "execução de canais revestidos em concreto" bem como "impermeabilização com geomembrana de PVC e/ou PEAD" (fl. 146), não havendo amparo para a tese de que a Comissão de Licitação estaria fazendo exigências em desacordo com o edital.

Por fim, não pode ser placitada a argumentação no sentido de que "a comprovação de experiência anterior da licitante nessa atividade não é imprescindível para assegurar o fiel cumprimento do contrato" (fl. 19), arrimada no item 4.5.1 do Edital, que permite que os serviços de fabricação e lançamento de concreto de revestimento dos canais possam ser subcontratados por terceiros que não participaram do certame.

O argumento é impertinente porque o próprio item 4.5.1, bem como o item seguinte, que regulam as subcontratações, estipula que os serviços somente poderão ser terceirizados nas condições prévia e expressamente autorizadas pelo Ministério da Integração Nacional, sendo que "para fundamentar o processo de autorização de subcontratação de serviços, o MI poderá exigir a apresentação prévia de documentação comprobatória das capacidades técnica e econômico-financeira da empresa a ser subcontratada" (fl. 138).

Tenho, portanto, que a Administração aferiu a capacidade técnica das Autoras para suportar os encargos do futuro contrato em estrita obediência aos ditames expressos do edital, não havendo verossimilhança necessária à concessão da tutela de urgência.

Apesar da sólida fundamentação da decisão agravada, mas considerando a complexidade da matéria envolvida na discussão acerca da similitude das obras realizadas pelas agravantes e as que são objeto da licitação, penso que não se deve, *a priori*, excluir da participação no certame concorrencial o Consórcio formado pelas agravantes, que demonstra haver executado obras semelhantes.

Com efeito, as agravantes trouxeram aos autos pareceres técnicos que demonstram a semelhança entre tais obras, dos quais destaco (fl. 280):

#### 4 – A Experiência da Enterpa

A Enterpa vem executando e operando nos últimos anos aterros sanitários e lagoas de estabilização para captação de líquidos percolados, sistemas esses que empregam, com grande intensidade, geomembranas com a finalidade de proteção do lençol freático.

Entre essas obras destaca-se a Execução dos Serviços de Implantação, Operação e Vigilância do Aterro Sanitário São João, para a Prefeitura do Município de São Paulo, a qual atestou que a Enterpa executou serviços de impermeabilização com uso de geomembrana de polietileno de alta densidade e manta impermeabilizante de PVC, compreendendo o fornecimento e aplicação de manta impermeabilizante de PVC de 2mm de espessura na quantidade de 61.500 m<sup>2</sup> e fornecimento e aplicação de manta impermeabilizante de PAD de 2mm de espessura na quantidade de 174.179 m<sup>2</sup>.

#### 5 – Comentários

Tanto no caso da obra de transmissão do Rio São Francisco, como no caso dos aterros sanitários o emprego de geomembrana tem a mesma finalidade técnica, ou seja, impedir que o líquido conduzido penetre no solo. No caso dos aterros sanitários, por se tratar de líquidos altamente agressivos, a espessura das mantas é maior do que no caso de condução de água limpa.

Todavia, a técnica de assentamento das membranas impermeáveis, em ambos os casos, é absolutamente idêntica, considerando que no caso de mantas mais finas o assentamento da manta é facilitado por serem mais leves.

#### 6 - Conclusão

Consideramos que a Enterpa, face a sua experiência atestada de obras, tem todas as condições de atender ao edital da concorrência em pauta no que se refere à impermeabilização dos canais de irrigação.

Do parecer técnico juntado às fls. 282-299 destaco suas conclusões, *verbis* (fls. 298-299):

De acordo com a especificação do *Projeto de Integração do Rio São Francisco*, "as geomembranas de Pead podem ser

armazenadas ao ar livre, devido às características de alta resistência aos raios ultravioleta”.

Na especificação do *Aterro Sanitário Sítio São João*, é indicado que “o local de estocagem deverá ser abrigado para proteção aos raios ultravioleta”. Trata-se de uma exigência adicional, provavelmente, em função das propriedades da geomembrana utilizada neste caso, mas corriqueira para este tipo de obra, visando preservar as propriedades da geomembrana.

A metodologia de instalação das duas especificações é basicamente a mesma.

No *Projeto de Integração do Rio São Francisco* a superfície de apoio deverá ser “nivelada compactada e isenta de qualquer tipo de pedra ou resíduos, raízes, afloramentos rochosos, depressões e mudanças abruptas de inclinação do terreno”.

No *Aterro Sanitário Sítio São João*, a especificação indica que subjacente a geomembrana fosse executado “um berço de solo compactado com 1,5 de espessura”, gerando, portanto, um material com características no mínimo iguais às do Projeto de Integração do Rio São Francisco.

As duas especificações indicam que o sistema de ancoragem deve ser realizado através de trincheiras/canaletas de ancoragem, cujo processo de execução normalmente utilizado na prática corrente para estes tipos de obras são semelhantes.

Por fim, as duas especificações indicam que as emendas deverão ser executadas de acordo com o processo de soldagem indicado pelo fabricante, processos estes apresentados anteriormente no decorrer do texto.

#### 5. Comentários finais

À luz do exposto no presente documento, entende-se que:

— As metodologias de aplicação de geomembranas como barreiras impermeabilizantes em canais de adução e em aterros sanitários/lagoas de estabilização são semelhantes, sendo que, no caso de aterros sanitários e lagoas de estabilização o rigor técnico e complexidade tecnológica e operacional são bastante maiores do que no caso de canais de adução, visto os riscos envolvidos na contenção de materiais que possam, eventualmente, contaminar o lençol freático e o solo subjacente ao aterro;

— No caso específico da aplicação de geomembranas de Pead, as especificações dos projetos de Integração do Rio São Francisco e do Aterro Sanitário Sítio São João apresentam metodologias semelhantes, tecnicamente compatíveis;

— Desse modo, entende-se que, uma vez capacitada para a implantação de sistemas impermeabilizantes com geosintéticos em aterros sanitários/lagoas de estabilização, qualquer empresa estará apta para realizar a implantação de sistemas de impermeabilização em canais de adução.

Essas conclusões, a meu ver, demonstram o *fumus boni iuris* nas alegações das agravantes, a justificar o deferimento da medida antecipatória postulada.

Vale observar que a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), ao tratar da qualificação técnica, estabelece diretrizes no sentido de que a Administração não deve restringir a ampla participação de interessados, limitando as exigências ao mínimo necessário ao regular cumprimento do contrato, exigências que, na hipótese, entendo que as agravantes cumpriram, consoante demonstrado nos pareceres técnicos transcritos.

O perigo de lesão grave e de difícil reparação mostra-se evidente, visto que, se as agravantes não tiverem sua proposta comercial aberta, em audiência que está marcada para o dia de hoje, às 14h, estarão definitivamente alijadas do procedimento licitatório, no que respeita ao Lote 9, objeto da lide.

Diante do exposto, presentes os pressupostos autorizadores, defiro a antecipação da tutela recursal, como requerido.

Comunique-se, com urgência.

Dispensadas as informações.

Intime-se a agravada, para, querendo, apresentar contraminuta.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

---

## Processo

**2005.36.00.900252-1/MT**

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu

Recorrente: União Federal

Recorridos: Advance Oliveira de Arruda e outro

Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT

Publicação: DJ/MT de 13/02/2008

---

## Ementa

*Administrativo e Civil. Art. 37, X, da Constituição Federal (redação da EC 19/1998). ADI por omissão 2.061-7/DF. Omissão legislativa. Inexistência do direito à indenização. Recentes julgados do STH (Recurso Extraordinário 457129-MG – Relatora: Min. Ellen Gracie, RE 471063-SC de 10/02/2006 e RE 475726-AM de 02/03/2006 – Min. Cezar Peluso) reconhecendo o não cabimento da mora legislativa.*

I – O STF, ao julgar a ADI 2.061, rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 29/06/2001, consolidou o entendimento de que a mora legislativa havida entre a edição da Emenda Constitucional 19 e o efetivo encaminhamento ao Congresso Nacional, pela Presidência da República, de Projeto de Lei referente à revisão geral anual da remuneração dos servidores da União não gera direito à indenização por danos materiais ou morais.

II – A Constituição reserva ao Presidente da República a iniciativa de proposição a lei revisora, não sendo dado ao Poder Judiciário, por via oblíqua, implementar a revisão, sob pena de invasão da competência outorgada ao Poder Executivo.

III – Recurso provido.

## Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Cuiabá/MT – 25/01/2008.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, Relatora.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu:* — A União recorreu da sentença em face de o Juízo do 1º Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso ter julgado procedente o pedido de indenização por danos materiais, em decorrência da mora do Poder Executivo em encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional tratando da revisão anual dos servidores da União, mesmo após o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a omissão da Recorrente no cumprimento da Constituição Federal, acrescida de juros moratórios a 12% ao ano e correção monetária, contados a partir do mês em que as parcelas deveriam ter sido pagas.

Alega a Recorrente que o escopo da presente lide é, na verdade, a concessão de reajuste de vencimentos dos servidores públicos, matéria de competência exclusiva do Executivo, não podendo o Judiciário, portanto, usurpá-la, tendo em vista a consagração, na Constituição Federal, do princípio da separação dos poderes. Protesta, ainda, pela reforma da condenação quanto aos juros de mora, para que sejam reduzidos para 6% ao ano, a contar da citação.

A parte recorrida não apresentou contra-razões.

É o relato.

## Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu. — Tem razão a Recorrente. Esta questão, para fins de registro, foi apreciada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a omissão do Chefe do Executivo Federal em proceder à revisão anual dos vencimentos de seus servidores, dando cumprimento ao disposto no art. 37, X, da Constituição Federal, de acordo com a redação resultante da Emenda 19/1998 ao referido dispositivo. Contudo, não é o caso de concessão de indenização pelo Judiciário, mas sim de reajuste salarial mediante lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo.

Adoto, assim, o entendimento constante nos recentes julgamentos proferidos pelo STF nos recursos extraordinários 457129–MG – Relatora: Min. Ellen Gracie, de 09 de agosto de 2005, e RE 471063, de 31 de janeiro de 2006, Relator Min. Cezar Peluso, os quais abaixo transcrevo:

*Constitucional e Administrativo. Servidor público. Revisão geral anual da remuneração (art. 37, X, da CF/1988). Mora de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Pedido de indenização. Pedido improcedente. Apelação não provida.*

1. Sustenta o recorrente que a Emenda Constitucional 19/1998 assegurou aos servidores públicos federais a revisão anual de suas remunerações (art. 37, X, CF/1988), cabendo ao Presidente da República a iniciativa privativa do processo legislativo (art. 61, § 1º, II, *a*, CF/1988). Conclui, assim, que a inexistência de lei de revisão geral de remuneração configura omissão legislativa que sujeita a União, nos termos do § 6º do art. 37 da Carta Magna, a indenizá-lo pelas perdas e danos suportados.

2. Ao indeferir a pretensão do recorrente, a Corte de origem aplicou corretamente a jurisprudência do Plenário deste Supremo Tribunal consolidada no julgamento da ADI 2.061, rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 29/06/2001.

Naquela ocasião, reconheceu-se a omissão legislativa provocada pela ausência de lei de reajuste geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, mas assentou-se ser inviável ao Judiciário dar início ao processo legislativo, em razão da norma do art. 61, § 1º, II, *a*, da CF/1988. Entendeu-se também que tal ato não tem natureza administrativa, e, por isso, não é possível a aplicação do prazo previsto no art. 103, § 2º, *in fine*, da CF/1988.

3. O pedido do autor de ser indenizado pelo não-reajuste de seus rendimentos representaria, na

*prática, a própria concessão do reajuste de vencimentos sem lei, indo de encontro à jurisprudência desta Suprema Corte.*

4. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do CPC).

Publique-se.

Brasília, 9 de agosto de 2005. Ministra Ellen Gracie Relatora

(Recurso Extraordinário 457129–MG – Relatora: Min. Ellen Gracie – Recorrente: Jorge Resende Lopes – Recorrida: União.)

*Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Art. 37, X, da Constituição Federal (redação da EC 19, de 04/06/1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, *a*, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC 19/1998. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação. (ADI 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29/06/2001).*

Assim, privativa do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei concessiva de aumento de remuneração na administração direta e autárquica, sem que caiba sequer a imposição de prazo para tanto pelo Poder Judiciário, *a fixação de indenização com o fito de recompor, frente à inflação, o valor dos vencimentos de servidores, significaria, por via oblíqua, deferir o que esta Corte tem reiteradamente negado, sob o argumento de que “Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação.”* (MS 22451, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15/08/1997).

3. Adotando, pois, os fundamentos do precedente e do enunciado da súmula e valendo-me do disposto nos arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038/1990, e 557 do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

Publique-se. Int.

Brasília, 31/01/2006. Ministro Cezar Peluso – Relator.

(RE 471063 – DJ 30 – 10/02/2006 – Proced: Santa Catarina – Relator: Min. Cezar Peluso – Recte:

União – Adv.: Advogado-Geral da União – Recdo.: Nelson Sommariva e outro – Adv.: Sérgio Pires Menezes e outro – grifo nosso).

Já assentou a Corte que, no caso, não se pode excogitar fixação de prazo para iniciativa própria do Chefe do Poder Executivo, como se vê à seguinte ementa: “*Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Art. 37, X, da Constituição Federal (Redação da EC 19, de 04/06/1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC 19/1998. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.*” (ADI 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29/06/2001) *É, pois, privativa do Chefe do Poder Executivo, e incondicional, a iniciativa de lei concessiva de aumento de remuneração na administração direta e autárquica, sem que, para seu exercício, quadre sequer imposição de prazo pelo Poder Judiciário. De modo que outorga de indenização com o fito de recompor dano moral sofrido pelo servidor e substanciado “no abalo psicológico e privações financeiras”, experimentados em decorrência da alegada omissão, significaria, por via oblíqua, deferir o que esta Corte tem reiteradamente negado, sob a razão de que “Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação”* (MS 22.451, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15/08/1997).

3. Do exposto, com base nos arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038/1990 e 557 do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, ressalvado eventual benefício de justiça gratuita. Publique-se. Int.. Brasília, 16/02/2006. Ministro Cezar Peluso Relator.

(RE 475726 / AM – Amazonas – Relator: Min. Cezar Peluso – Partes: Recte.: União – Adv.: Advogado-Geral da União – Recdo.: Welton Yudi Oda – Adv.: Raineyre Monteiro Rocha e outro – Julgamento: 16/02/2006 – Publicação: DJ 02/03/2006 pp-00042 – Grifamos.)

Colaciono ainda o seguinte julgado do colendo TRF/1ª Região:

Constitucional e administrativo. Revisão geral anual da remuneração de servidores públicos. Art. 37, X, CF/1988. Emenda Constitucional 19. Adin 2.061/DF. Mora legislativa. Reserva legal. Indenização por danos materiais. Pressupostos inexistentes.

1. A remuneração de servidores públicos, em geral, é matéria que se insere no âmbito da exclusividade discricionária do Chefe do Poder Executivo, sendo indevido ao Poder Judiciário conceder vantagens a servidores públicos, sob fundamento de isonomia, e substituir a competência de outro poder, sob pena de violar a competência constitucional a ele devida.

2. Incabível a fixação de indenização por dano material, em razão de inércia legislativa, por inexistentes seus pressupostos autorizadores, vez que o limite da atuação do Poder Judiciário, em se tratando de reajuste decorrente da revisão geral da remuneração de servidores públicos, é dar ciência da omissão ao Executivo, nos termos da norma constitucional, sendo indevido que se ultrapasse tal esfera de atuação.

3. Precedentes TRF 1ª Região.

4. Apelação da União e remessa oficial providas. Sentença reformada. (1ª Turma, AC 20013500017270-0/GO, Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado, DJ 20/09/2004, pg. 8 – grifei).

Portanto, o reconhecimento da mora legislativa pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão não gera direito à indenização por danos, nem mesmo materiais.

Isto posto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É como voto.

---

## Processo

**2005.36.00.901480-0/MT**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho  
Recorrente: Caixa Economica Federal – CEF  
Recorrido: Irene Sant’Ana de Magalhães  
Publicação: DJ/MT de 06/02/2008

---

## Ementa

*FGTS. Expurgos inflacionários. Termo de adesão previsto na LC 110/2001. Ausência de vícios. Ato jurídico perfeito. Improcedência.*

I – Tendo a parte autora realizado a transação extrajudicial prevista na LC 110/2001, patente está a improcedência do pedido visando o levantamento do valor total de sua conta de FGTS, posto que não se encontra demonstrada a existência de vícios aptos a invalidar o negócio jurídico celebrado.

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. Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 25/01/2008.

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*: — Restou demonstrada pela CEF a realização da transação disciplinada pela Lei Complementar 110/2001, através dos extratos denominados “Consulta Adesão” juntados aos autos. A controvérsia reside na possibilidade de os titulares de conta vinculada do FGTS demandarem a gestora do fundo, no caso a CEF, para que lhes seja creditada a correção monetária indevidamente expurgada em face dos diversos planos econômicos ocorridos no País, mesmo após terem assinado o termo de adesão disciplinado pela Lei Complementar 110/2001.

Em primeiro lugar, convém esclarecer que a norma complementar acima tem como motivação o julgamento pelo STF do RE 226.855-7/RS, que tornou certo o crédito às contas do FGTS dos índices do IPC relativos aos meses de janeiro/1989 e abril/1990. Ante o posicionamento definitivo do STF, editou-se a Lei Comple-

mentar 110/2001 para que os fundistas pudessem receber seus créditos independentemente de manifestação jurisdicional. Como corolário, determinou-se legalmente que os interessados no percebimento dos índices do IPC reconhecidos deveriam aderir ao disciplinado pela Lei Complementar.

Nota-se que o termo de adesão não foi imposto aos correntistas do FGTS, mas sim materializou-se no terreno da disponibilidade da vontade. Dessa forma, após a edição da Lei Complementar 110/2001, abriram-se dois caminhos aos titulares de contas fundiárias: a) o recebimento administrativo das diferenças, mediante a assinatura dos termos de adesão; ou b) o recebimento judicial dos créditos em questão.

Os caminhos são excludentes, ao que se percebe, porquanto a transação implica na extinção da obrigação anterior, sendo impossível a sua inobservância após a assinatura do termo de adesão. Sendo este válido, impossível a abertura da via judicial para aquele que transacionou, salvo a hipótese de dolo ou outro vício — de consentimento ou sociais, segundo a terminologia ado-

tada por Maria Helena Diniz — capaz de nulificar ou anular o *ato jurídico* que, no presente caso, encontra-se revestido dos seus requisitos de validade (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme art. 104 CC).

Mesmo na hipótese de desconhecimento da parte, levando-a a firmar um pacto excessivamente oneroso (pois receberia os valores devidos do FGTS com deságio e de forma parcelada, dando total quitação), o que caracterizaria uma lesão apta à sua invalidação, com base nos art. 157 e 478 do CC, tal condição teria que ser provada, não sendo cabível estabelecer-se presunção.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para o fim de julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Custas processuais e honorários advocatícios devidos, conforme disposto no art. 55 da Lei 9.099/1995.

---

## Processo

**2005.36.00.901766-2/MT**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho  
Recorrente: Telma Abadia Fernandes  
Recorrido: Caixa Econômica Federal – CEF  
Publicação: DJ/MT de 06/02/2008

---

## Ementa

*Responsabilidade civil. Ação de indenização. Dano moral. Conta inativa. Inscrição no Serasa. Relação de consumo regida pelo CDC. Ausência de provas. Recurso improvido.*

I – A responsabilidade do prestador de serviços pode ser excluída por culpa do consumidor (art. 14, CDC).

II – O levantamento total do saldo em conta corrente não pressupõe pedido de encerramento da conta. Cabe ao correntista deixar saldo suficiente em conta a fim de cobrir os tributos gerados pela sua movimentação.

III – Recurso improvido.

Cuiabá/MT – 25/01/2008.

Juiz Federal *Raphael Cazelli de Almeida Carvalho*, Relator.

---

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

## Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho:* — A CEF efetuou negócios jurídicos de conta corrente e crédito rotativo com a Autora.

Ao assim agir colocou-se como fornecedora de serviços a consumidor final, conforme definições do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC):

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Grifei.

Temos aqui, então, uma relação de consumo regida pelo CDC, como aliás já sumulou o c. STJ :

Colocada esta moldura, dela extraímos a responsabilidade do prestador de serviço, bem disciplinada no art. 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Essa norma preceitua claramente que uma das características da responsabilidade do prestador de serviços, no caso a CEF, é que ela pode ser excluída por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Vejamos agora que elementos da norma estão ou não presentes no caso concreto.

A CEF incluiu o nome da autora no Serasa ante o não pagamento de uma dívida que se originou na cobrança de imposto devido pela autora, em razão de tarifas bancárias cobradas pela manutenção da conta já inativa.

A autora, porém, alega que a cobrança é indevida, uma vez que quitou o contrato de financiamento com a ré e encerrou a conta corrente, visto que tal conta só era movimentada em razão do financiamento.

No entanto, compulsando os autos, verifico que não há comprovação de que a parte Autora tenha pedido o encerramento da conta. Apenas o levantamento total do seu saldo não pressupõe que a recorrente teria a intenção de encerrá-la, uma vez que possuía cheque especial.

A origem do débito foi que ao sacar todo o valor da conta foi gerado CPMF e a recorrente não deixou valor suficiente para a cobertura do imposto. Cabe ao correntista deixar saldo suficiente em conta a fim de cobrir os tributos gerados pela sua movimentação.

Outrossim, alegar, mesmo que usando argumentos aparentemente sólidos, não é o mesmo que provar e a procedência do pedido vindicado exige a prova dos fundamentos de fato que dão base ao pedido.

Nesse sentido:

*Ementa: responsabilidade civil. Danos morais. Inscrição no Serasa. Ilegalidade não comprovada. Contrato bancário. Revisão. Multa moratória. Exclusão. – O dano moral possui caráter intrínseco ao íntimo do ofendido, cuja prova de sua ocorrência, muitas vezes é dispensada pela impossibilidade de se constatar, objetivamente, a sua existência (*dano in re ipsa*). – *In casu*, busca o autor o pagamento de indenização por danos morais em virtude de alegada inscrição indevida no Serasa. – À propósito, o débito que originou o cadastro teve origem nas tarifas cobradas pelo banco referentes aos cheques devolvidos e à manutenção da conta. A cobrança de tais encar-*

gos, bem como a possibilidade de inscrição nos órgãos de restrição ao crédito estão previstas nos itens “4”, “6” e “7” do contrato, o que permite concluir pela regularidade na conduta da CEF. – A parte autora afirma que promoveu a quitação da dívida e o encerramento da conta, todavia não comprova suas alegações com quaisquer documentos que demonstrem o depósito e o fim da conta. Na verdade, a extinção do débito não se efetivou por deliberação do autor, mas sim pela própria CEF que, com o intuito de encerrar a conta, creditou o numerário e inscreveu o autor no Serasa. – Incabível a cobrança cumulativa da comissão de permanência e da multa contratual, pois são encargos com a mesma natureza, que estariam a ressarcir as perdas e danos sofridos pela instituição financeira. Resolução 1.129/1986 do Banco Central. (TRF4, AC 2003.71.04.013238-3, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, DJ 31/05/2006).

Não há que se falar em responsabilidade da Ré e incabível a indenização, tendo em vista que a cobrança é devida.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial. Sem custas e Honorários advocatícios. É o voto.

---

## Processo

**2005.36.00.909305-2/MT**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Danilo Eduardo Vieira de Oliveira  
Recorrido: Marcelino Pessoa  
Advogado: Dr. Marcelo Pessoa  
Publicação: DJ/MT de 06/02/2008

---

## Ementa

*Previdenciário. Tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Súmula 96 do TCU. Possibilidade de averbação de tempo de serviço. Retificação de certidão de tempo de serviço.*

I – Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período trabalhado na condição de aluno-aprendiz, em Escola Pública Profissional, no caso dos autos, a Escola Técnica Federal. A retribuição pecuniária fica comprovada se o aluno recebia, à custa do Orçamento, fardamento, alimentação e materiais (Súmula 96 do TCU). Portanto, tendo o Autor anexado provas de sua atividade como aluno-aprendiz, tem direito ao reconhecimento como tempo de serviço para fins de averbação e retificação da CTC expedida.

II – Recurso improvido.

## Acórdão

A turma, por unanimidade, conheceu o recurso e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 25/01/2008.

Juiz Federal José Pires da Cunha, Relator.

---

### I. Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS insurge-se a sentença de primeiro grau que condenou o Instituto Recorrente a reconhecer a atividade desempenhada pelo Autor como aluno-aprendiz, para fins de contagem de tempo de serviço, com a respectiva averbação e expedição de nova CTC.

Alega que a atividade declarada pelo Autor não se enquadra como atividade de aprendiz, já que para a configuração do aluno aprendiz é necessária a conjugação do trabalho com a administração prática do conhecimento.

Contra-razões ofertadas.

É o relatório.

### II. Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Sem razão o Recorrente.

Na hipótese dos autos, nos termos da Súmula 96 do TCU: “Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado, na qualidade de aluno-aprendiz, em Escola Pública Profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.”

Portanto, denota-se que, pela parte final da referida Súmula, que a retribuição pecuniária pode ser entendida de forma indireta, vale dizer, como forma de compensação pela execução do aprendizado.

Ademais, pode ainda ser considerada, para fins de tempo de serviço, a atividade de aluno-aprendiz exercida mesmo após a Lei 3352/1959, que revogou o Decreto-Lei 4.073/1942, tendo em vista que tal diploma apenas definia as escolas industriais, nada influenciando a vigência do Decreto 611/1992. Veja-se, nesse ponto, o entendimento do STJ:

*Previdenciário. Recurso especial. Aluno-aprendiz. Tempo de serviço. Aposentadoria. Possibilidade. Súmula 96/TCU. Recurso especial conhecido e improvido.*

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o período trabalhado como aluno-aprendiz em escola técnica federal pode ser computado para fins de complementação de tempo de serviço, objetivando fins previdenciários, em face da remuneração recebida, ainda que na vigência da Lei 3.552/1959. Incidência da Súmula 96/TCU.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça  
Classe: RESP – Recurso Especial – 457189  
Processo: 200200908063 UF: PE Órgão Julgador: Quinta Turma  
Data da decisão: 20/11/2006 Documento: STJ000724200).

Previdenciário. Comprovação de tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Escola técnica.

1. O tempo de estudante como aluno-aprendiz em escola técnica pode ser computado para fins de complementação de tempo de serviço, objetivando fins previdenciários, em face da remuneração percebida e da existência do vínculo empregatício.

2. Inteligência do art. 58, inciso XXI, do Decreto 611/1992.

3. É possível o reconhecimento do tempo de serviço prestado em época posterior ao período de vigência do Decreto-Lei 4.073/1942, uma vez que o aludido diploma legal é utilizado, tão-somente, para definir as escolas técnicas industriais, em nada se relacionando com a vigência do Decreto 611/1992.

4. Recurso especial conhecido e improvido.

(Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça  
Classe: RESP – Recurso Especial – 336797  
Processo: 200100943271 UF: SE Órgão Julgador: Sexta Turma  
Data da decisão: 13/11/2001 Documento: STJ000420086  
Fonte DJ Data: 25/02/2002 Página: 465  
Relator Hamilton Carvalhido).

Dessa forma, não prosperam as alegações do Recorrente quanto ao direito do Recorrido.

Isso posto, conheço o recurso e voto pelo seu improvidamento, para manter a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Sem custas.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 20% sobre o valor dado à causa.

É como voto.

---

## Processo

**2007.36.00.703790-1/MT**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho  
Recorrente: Cilene Maciel de Amorim  
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Publicação: DJ/MT de 06/02/2008

---

## Ementa

*Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Sentença anulada. Caso fortuito.*

I – A sentença deve ser anulada, com o retorno dos autos à instância “a quo” para realização de nova audiência, tendo em vista que a parte autora encontrava-se impossibilitada a comparecer ao local designado, tão pouco a justificar sua ausência.

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 – 25/01/2008.

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 – 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.

No caso dos autos, o laudo concluiu de forma taxativa que a parte autora é total e permanentemente incapacitada para o trabalho, por ser portadora de hipertensão arterial, bursite e lombalgia (fls. 14). Ocorre que, em face dessas moléstias que acometem a recorrente, esta teve que ser hospitalizada pelo período de 26/04 a 02/05/2007 em Cuiabá, tendo sido encaminhada pelo SUS – Ponte e Lacerda, conforme declaração às fls. 35.

Outrossim, segundo atestado médico constante às fls. 36, foi obrigada ainda a permanecer em repouso por trinta dias, a partir de 27/04/2007. Desse modo, restou claro que a autora encontrava-se impossibilitada em comparecer à audiência realizada em 05/05/2007, nem tão pouco tinha condições de justificar sua ausência quando do início da referida audiência, como determina o art. 336 do CPC.

Neste diapasão, considerando os princípios da celeridade, economia processual, informalidade e razoabilidade que norteiam os Juizados Especiais Federais, imperioso o retorno dos autos à instância “a quo” a fim de que se realize novo julgamento de mérito da presente demanda, aproveitando-se todos os atos processuais realizados.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso e seu provimento, para o fim de anular a Sentença de fls. 18, determinando o retorno dos autos à instância “a quo”, objetivando a realização de nova audiência. Sem custas, nem honorários. É o voto.

---

## Processo

**2007.36.00.703795-0/MT**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Recorrido: Odete Cristina Hojnaski  
Publicação: DJ/MT de 06/02/2008

---

## Ementa

*Previdenciário. Auxílio-doença. Incapacidade total e definitiva para o trabalho anterior à inscrição no RGPS. Evolutividade, progressividade ou agravamento da doença. Benefício devido.*

I – A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito ao auxílio-doença, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão, caso dos autos.

II – Nas dívidas de natureza alimentar, caso dos benefícios previdenciários, a correção monetária das parcelas pagas em atraso incide na forma prevista na Lei 6.899/1981, devendo ser aplicada a partir do momento em que eram devidas.

III – Juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação, conforme entendimento pacífico da Terceira Seção do STJ, nos EREsp 207992 e 58337.

IV - Fundamentos jurídicos e fundamentos legais não se confundem, sendo só os primeiros de constância obrigatória na sentença, como base para solução das questões postas pelas partes.

V – 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 – 25/01/2008.

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 não merece reforma. A irresignação da autarquia previdenciária relaciona-se à impossibilidade de concessão do benefício de auxílio-doença, uma vez que a moléstia ou lesão alegada pela parte autora é anterior a sua inscrição na Previdência Social.

Os requisitos para concessão de auxílio-doença são: 1º) incapacidade para o trabalho ou para a ativi-

dade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (art. 59 da Lei 8.213/1991); 2º) carência de 12 contribuições (art. 25, I) e 3º) qualidade de segurado (art. 15).

Este benefício *não* é devido quando a moléstia é pré-existente à filiação do segurado. No entanto, o art. 59, § único, da Lei 8.213/1991, contempla uma importante exceção: quando a incapacidade sobrevier por *agravamento ou progressão da moléstia*:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

*Parágrafo único. Não será devido auxílio-*

*doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, 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. 10/13 informou que a autora está permanentemente incapacitada para o trabalho por ser portadora de *escoliose tóraco-lombar idiopática grave*.

Considerando que, conforme informação da perícia, o início da incapacidade reporta-se há 4 anos, época em que a Recorrida ainda não havia se filiado à Previdência, conclui-se ser indevida a concessão do benefício de auxílio-doença, 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. 12), 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*. Ora, não são raras as vezes em que o trabalhador continua exercendo suas atividades — formal ou informalmente — mesmo sendo portador de enfermidades, até chegar a um estágio tal de desconforto físico que tenha de cessar o labor, temporária ou definitivamente (de acordo com a severidade das moléstias), caso dos autos.

Portanto, aproveita à parte autora a regra constante no art. 59, § único, da Lei 8.213/1991, que autoriza a concessão do benefício vindicado mesmo na hipótese de anterioridade da moléstia.

III – Os benefícios previdenciários constituem-se dívida de natureza alimentar e, sendo assim, a correção monetária das parcelas pagas em atraso, consoante entendimento pacífico no STJ, deve ser aplicada a partir de quando eram devidas. Neste sentido:

*Ação rescisória. Benefício previdenciário. Dívida de natureza alimentar. Correção monetária. Termo inicial. Súmulas 43 e 148 do Superior Tribunal de Justiça.*

1. Esta Corte tem orientação assentada de que, nas dívidas de natureza alimentar, a correção monetária das parcelas pagas em atraso incide na forma prevista na Lei 6.899/1981, devendo ser aplicada a partir do momento em que eram devidas, compatibilizando-se a aplicação simultânea dos enunciados 43 e 148 de nossa Súmula.

2. Precedentes.

3. Ação rescisória procedente. (AR 708/PR, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 13/12/2006, DJ26/02/2007 p. 540.)

Portanto, há de ser rejeitada a pretensão do INSS de atualizar as diferenças devidas somente a partir da citação.

No que se refere ao termo inicial e o percentual a ser aplicado a título de juros, a questão não é nova e já havia suscitado divergência entre a Quinta e Sextas Turmas do STJ, até que a Terceira Seção pacificou o entendimento de que às prestações pagas em atraso, em atenção à sua natureza alimentar, deve ser aplicada a taxa de juros de 1% ao mês, a contar da citação inicial. A propósito:

*Previdenciário. Embargos de divergência. Ação previdenciária. Juros de mora. Aplicabilidade. Percentual de 1%. Benefício previdenciário. Incidência da Súmula 204/STJ. Inocorrência de divergência jurisprudencial.*

– Conforme jurisprudência firmada nesta Corte, os *juros* de mora, nas ações previdenciárias devem ser fixados à base de 1% (um por cento), ao mês, contados a partir da citação. Incidência da Súmula 204/STJ.

– Precedentes.

(...)

(STJ. EREsp 207992. Ministro Jorge Scartezini. Data: 08/11/2001. Terceira Seção.)

IV – Quanto ao prequestionamento suscitado pelo Recorrente, entendo que não há nenhuma obrigação de o Juiz manifestar sobre cada argumento ou dispositivo legal indicados e que a parte considera aplicáveis, na medida em que cabe ao magistrado apenas decidir as questões jurídicas colocadas pelas partes, indicando o fundamento de sua decisão.

Neste sentido a jurisprudência do STJ:

*Processo civil. Nulidade da sentença. Inocorrência. Decisão suficientemente fundamentada. Precedentes do STJ.*

– É suficiente a fundamentação do acórdão que fincou suas razões de decidir em precedentes de outros tribunais, nomeando-os e tecendo considerações sobre a controvérsia, mesmo que conciso.

– O julgador não é obrigado a responder um a um os argumentos invocados pelas partes, se apenas um deles é suficiente para solução da lide, em prejuízo dos demais.

(...)

– Recurso não conhecido. (REsp. 231528/SP – Recurso Especial 1999/0085148-0 – *DJ* 24/06/2002 – p. 00234 – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins.)

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso e seu improvimento. Condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação (art. 55 da Lei 9.099/1995). Sem custas. É o voto.

---

## Processo

**2007.36.00.703796-3/MT**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Danilo Eduardo Vieira de Oliveira  
Recorrida: Rosilaine Ferreira dos Santos  
Advogado: Dr. Bruno Medeiros Pacheco  
Publicação: DJ/MT de 06/02/2008

---

## Ementa

*Previdenciário. Salário-maternidade. Segurada especial. Requisitos legais. Início de prova material. Certidão de nascimento. Provas materiais.*

I – Havendo prova material, na forma do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991, apta a corroborar a condição de segurada especial, laborando em regime de economia familiar, nos dez meses antes do nascimento do (a) filho (a), é devido à Autora o benefício de salário-maternidade, no valor de um salário-mínimo, destinados às seguradas especiais.

II – 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 – 25/01/2008.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

---

## I. Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha:* — O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS insurge-se a sentença que julgou procedente o pedido da parte autora, de concessão do benefício de salário maternidade para segurada especial.

Alega que a parte Autora não comprovou a qualidade de trabalhadora rural, no período de dez meses anteriores ao requerimento do benefício. Aduz ainda que o esposo da Autora era trabalhador empregado à época do nascimento do(a) filho(a).

Contra-razões a fls. 30/34.

É o relatório.

## II. Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha:* — A concessão de salário-maternidade para segurada especial,

nos termos do Decreto 3.048/1999, art. 93, § 2º: será devido desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício (caso ocorra antes do parto), mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29. (Redação dada pelo Decreto 3.265, de 29/11/1999).

Assim sendo, para a hipótese dos autos, cabe a Autora comprovar os requisitos de qualidade de segurada especial e o período de trabalho rural, que equivale à carência, no total de dez meses anteriores à data do parto ou do requerimento.

Importante dizer, de início, que para a prova dos preceitos legais em questão, não se faz necessária prova robusta do tempo de trabalho rural, mas início de prova material, corroborado por prova testemunhal, sendo, pois, insuficiente a existência de prova exclusivamente testemunhal.

Veja-se a jurisprudência a respeito do tema:

1602896270. *Previdenciário e Processual Civil. Nulidade da sentença. Art. 460 do CPC. Dissociação entre o decísum e a realidade dos autos. Salário-maternidade. Segurada especial. Requisitos legais. Comprovação da maternidade e do labor rural. Documentos em nome de terceiros. Atividade urbana do pai da criança. Depoimentos de informantes.* 1. A sentença não apresenta qualquer ofensa ao art. 460 do CPC, porquanto se mostra certa e adequada aos limites do pedido exordial, e não se encontra dissociada da realidade apresentada nos autos, sendo incabível a alegação de nulidade. 2. Nos termos dos arts. 71 e ss. da Lei 8.213/1991, é devido o salário-maternidade às seguradas especiais que fizerem prova do nascimento dos filhos e do labor rural no período de doze meses que antecede o início do benefício. 3. Os documentos em nome de terceiros (pais/cônjuge) consubstanciam início de prova material do trabalho rural desenvolvido em regime de economia familiar. 4. A atividade urbana exercida pelo pai do filho da autora não descaracteriza a qualidade de segurada especial desta, já que ele não compunha seu núcleo familiar, preenchido pelos pais. 5. A possibilidade de atribuição de valor em maior e menor grau a depoimentos de pessoas que não prestaram o compromisso a que alude o art. 515 do CPC faz parte da livre apreciação das provas pelo julgador, nada mais sendo do que a aplicação de um dos princípios basilares de nosso sistema processual civil: O do livre convencimento motivado insculpido no art. 131 do CPC. 6. Atendidos os requisitos legais, é de se conceder o benefício à autora. (TRF 4ª R. – AC 2006.70.99.002571-1 – 5ª T. – Rel. Des. Fed. Celso Kipper – DJU 28/02/2007) JPCPC. 460 JLBPS. 71 JPCPC. 515 JPCPC. 131).

*Processual Civil e Previdenciário. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. Trabalhadora rural. Salário-maternidade. Requisitos. Art. 93, § 2º, do Decreto 3.048/1999. Início de prova material.*

I – Em casos nos quais só a comparação das situações fáticas evidencia o dissídio pretoriano, indispensável que se faça o cotejo, analítico entre a decisão recorrida e os paradigmas invocados. A simples transcrição de trechos de julgado, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta como demonstração da divergência jurisprudencial.

II – Nos termos do Decreto 3.048/1999, art. 93, § 2º, o salário-maternidade será devido à segurada especial desde que comprovado o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua.

III – In casu, a segurada demonstrou início de prova material apta à comprovação de sua condição de rurícola para efeitos previdenciários. Recurso Especial provido. (ST) – Superior Tribunal de Justiça Classe: Resp – Recurso Especial – 884568 Processo: 200601983731

UF: SP Órgão Julgador: Quinta Turma Data da Decisão: 06/03/2007 Documento: STJ000740023 Fonte DJ Data: 02/04/2007 Página: 305 Lexstj Vol.: 00213 Página: 227 Relator Felix Fischer.)

No caso em análise, a Autora pretende o recebimento do salário maternidade em face do nascimento do (os/a/as) filho (os/a/as) Pâmela Ferreira Muniz, em 20 de maio de 2005.

Quanto à prova material, verifico que a Autora anexa notas fiscais de compra de produtos e insumos agrícolas, emitidas em seu nome, nos anos de 2004, 2005, 2006 e 2007.

Há ainda contratos de parceria agrícola em nome do esposo da Autora, os quais por terem a firma reconhecida por Cartório em 2005 passa a valer a partir deste ano.

Portanto, a partir de tais documentos, considero que a Autora conseguiu demonstrar que à época do nascimento de sua filha, em 2005, ela e o esposo exerciam atividade rural. Destaco que a carência exigida por lei também restou configurada.

Assim sendo, a pretensão recursal não encontra respaldo na essência fática dos autos.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e pelo seu improvinimento, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Sem custas.

É como voto.

## Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br))

---

### **Mandado de segurança. Ato emanado de Juizado Especial Estadual no exercício de jurisdição federal delegada. Competência da Turma Recursal Federal com jurisdição sobre a comarca.**

A competência para processar e julgar mandados de segurança contra ato judicial proferido no âmbito dos Juizados Estaduais no exercício de jurisdição federal delegada é da Turma Recursal Federal com jurisdição sobre a comarca.

MS 2002.01.00.044037-9/MT

Rel.: Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (convocado) – 1ª Seção

Divulgação: *e-DJFI* de 15/02/2008

Publicação: 18/02/2008

### **Mandado de segurança. Tráfico internacional de entorpecentes. Art. 62, § 4º, da Lei 11.343/2006. Determinação de alienação dos bens apreendidos após a prolação da sentença penal condenatória. Nulidade da decisão.**

Com a prolação da sentença, esgota-se o poder jurisdicional do magistrado, não podendo mais este praticar qualquer ato, salvo a correção de erros materiais, nos termos do art. 382 do CPP.

O art. 62 da Lei 11.343/2006, ao dispor, no seu *caput*, que “os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária...”, se refere, na verdade, à apreensão dos bens utilizados para a prática do crime de tóxicos, não se confundindo com os bens obtidos com o tráfico, nem com as armas utilizadas pelos traficantes, hipótese em que serão objeto de perda, por força do art. 91, II, do Código Penal e da Lei 9.613/1998.

MS 2007.01.00.045967-2/GO

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 2ª Seção

Divulgação: *e-DJFI* de 15/02/2008

Publicação: 18/02/2008

### **Pensão por morte. Óbito do segurado após a edição da MP 1.523/1996. Menor sob guarda. Indeferimento do benefício.**

A pensão por morte é regida pela legislação vigente na data do óbito do segurado instituidor. A antiga redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, que conferia ao menor sob guarda a qualidade de dependente do segurado, foi revogada pela MP 1.523/1996, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997. Assim, tendo o óbito do avô da autora ocorrido após a referida modificação legislativa, deve ser reformada a sentença, que deferiu o pagamento do benefício.

AC 2000.33.00.027097-6/BA

Rel. p/ acórdão: Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (convocada) – 1ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 25/02/2008

Publicação: 26/02/2008

## **Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social. Recomposição de estípedios. Ilegitimidade *ad causam*.**

Sendo filiados da Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social os sindicatos ou delegacias sindicais, e não os próprios auditores, não está a entidade federativa legitimada para a propositura de ação, de natureza coletiva, com propósito de ver reconhecido direito à recomposição de estípedios dos mesmos.

AC 2003.34.00.023079-1/DF

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves – 2ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 13/02/2008

Publicação: 14/02/2008

## **Crime de descaminho. Substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade. Eficácia das penas.**

Estando presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de acordo com seu aspecto teleológico, devem as penas substitutivas atender ao papel retributivo, preventivo e de ressocialização, razão pela qual demonstra maior eficácia, *in casu*, que a pena substitutiva seja a de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora por dia de condenação.

ACr 2006.38.05.000370-2/MG

Rel.: Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado) – 3ª Turma

Divulgação: *DJ 2* de 01/02/2008

## **Controle de constitucionalidade. Ação civil pública. Cabimento. Limites.**

O cabimento do controle de constitucionalidade em ação civil pública tem merecido acurado questionamento, haja vista a eficácia *erga omnes* da sentença prolatada em “ações” deste jaez, o que faria tal controle equivaler ao controle concentrado de constitucionalidade de competência do STF. A questão foi decidida pelo STF, que entendeu ser possível o controle de constitucionalidade desde que haja limitação objetiva e subjetiva de seu alcance, ou seja, ele ocorra *incidenter tantum* constituindo-se tão-somente a causa de pedir da “ação”; não se pode, portanto, admitir tal providência quando sucedâneo do controle a ser manejado junto ao STF.

AC 2000.34.00.038748-0/DF

Rel.: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado) – 3ª Turma

Divulgação: *DJ 2* de 01/02/2008

## **Tribunal do Júri. Homicídio doloso. Juntada de documentos. Cerceamento de defesa. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Dosimetria da pena. Primariedade e bons antecedentes. Fixação acima do mínimo legal.**

Não se admite, a teor do art. 475 do CPP, a leitura de documento em Plenário do qual não se tenha dado ciência à parte contrária, não havendo, ademais, cerceamento de defesa com a decisão que indeferiu a juntada de documentos prescindíveis ao deslinde do caso, em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief*.

Preservando a regra constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, exige a lei, para possibilitar a reforma da sentença, para que outro julgamento seja proferido, que a pena seja superior a 20 anos, ou que a decisão seja manifestamente contrária à prova dos autos, dela se dissociando integralmente, o que não ocorre no presente caso. A pena a ser imposta é aquela que se apresenta suficiente para a prevenção e repressão do crime.

O réu, ainda que primário e de bons antecedentes, não tem direito subjetivo à fixação da pena-base em seu mínimo legal, pois o juiz, em sentença adequadamente motivada e com apoio em elementos concretos existentes no processo, atendendo às circunstâncias judiciais definidas no art. 59 do CP, pode fixar acima do mínimo a pena aplicada.

ACr 2002.33.00.023034-3/BA

Rel.: Juiz Federal César Cintra Fonseca (convocado) – 3ª Turma

Divulgação: *DJ* 2 de 01/02/2008

### **Desapropriação. Emissão de TDA complementares. Prescrição do valor real. Inclusão de juros. Afastamento da aplicação de multa pecuniária.**

Não há, com a escrituração dos TDA, oneração orçamentária imediata. Trata-se, na verdade, de medida a permitir a definição de despesas dos orçamentos vindouros, a partir do respectivo lançamento ou emissão dos TDA. O resgate só ocorre com o respectivo vencimento do título, momento em que se pode falar no desembolso orçamentário, verificável na forma do art. 6º, § 2º, do Decreto 578/1992.

Como a emissão de novos títulos segue procedimentos especiais, e há cláusula de preservação de seu valor real com a inclusão de juros, a aplicação de multa por descumprimento de prazo deve ser afastada.

O entendimento explicitado na motivação do voto, ao reconhecer indevida a multa, não exonera a autarquia do cumprimento da decisão judicial que lhe determinou a emissão dos TDA complementares nem afasta a possibilidade da cominação de outras sanções pelo descumprimento da decisão.

Ag 2007.01.00.043067-4/TO

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Divulgação: *DJ* 2 de 01/02/2008

### **Conab. Quebra de produto depositado, no limite máximo, independentemente de comprovação das respectivas causas. Desconto. Interesse público. Razoabilidade.**

A Companhia Nacional de Abastecimento – Conab é empresa pública dedicada à prestação do serviço público de organização do abastecimento alimentar (art. 23, VIII, CF) e, como tal, integra a Administração indireta. É, na realidade, pessoa administrativa, orientada pelo interesse público e demais princípios da Administração pública. Por essa razão, não se admite a validade do pretendido desconto a título de quebra nos depósitos de produtos em virtude de simples adesão a regimento interno da empresa depositária. Também não se vincula ao limite de tolerância alhures adotado pela Cibrazem ou, no mínimo, esse limite não pode ser considerado independentemente de qualquer comprovação sobre as causas da quebra.

A tolerância pretendida pela ré (0,30% ao mês) independentemente de qualquer comprovação das causas da suposta quebra, foge à razoabilidade e atenta contra o interesse público envolvido na operação em referência, ainda mais se considerando que há documentada negligência do armazém na guarda e conservação do produto.

AC 2004.01.00.054552-1/DF

Rel. p/ acórdão: Des. Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 20/02/2008

Publicação: 21/02/2008

### **Responsabilidade civil. Roubo e homicídio cometidos em agência franqueada da EBCT. Responsabilidade do franqueado pela segurança da agência. Previsão em cláusula contratual. Ausência de nexos causal entre qualquer conduta da EBCT e o dano ocorrido.**

No contrato de franquia está expresso que a responsabilidade por todos os riscos, até mesmo de caso fortuito ou força maior, é do franqueado, sendo este que deve indenizar a ré por qualquer ocorrência e não o contrário.

Entre as obrigações da ré, franqueadora, só se encontra a de permitir o uso da marca, fornecer materiais, produtos e treinamento, além de assessoria técnica, o que corresponde ao padrão em contratos deste tipo. Não se arrola entre

suas obrigações manter segurança nas agências franqueadas ou de qualquer forma se responsabilizar por tal segurança. Contratualmente, portanto, nada pode ser exigido da ré.

Não há que se falar em responsabilidade por ato ou omissão ilícita (art. 159 do antigo Código Civil), tendo em vista a inexistência de nexo causal entre qualquer conduta da ré e o dano ocorrido, já que ela não era responsável pela segurança das agências. O homicídio em si foi praticado durante um assalto perpetrado por terceiros, não tendo ponto de contato com qualquer conduta da ré ou seus agentes.

AC 1999.36.00.006896-1/MT

Rel.: Des. Federal Selene de Almeida – 5ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 20/02/2008

Publicação: 21/02/2008

### **Direito autoral. Estilo artístico. Proteção legal inexistente. Indenização indevida.**

Estilos, métodos ou técnicas não são objetos de proteção intelectual (art. 8º, I e II, da Lei 9.610/1998). O que se tem sob guarida legal são as obras resultantes da utilização de estilos, métodos ou técnicas. Assim, não tendo sido utilizadas obras artísticas da autora, mas, sim, obras de outros artistas que teriam se utilizado do estilo por ela criado, não procede o pedido de indenização por suposta ofensa a direito autoral.

AC 1998.33.00.004898-7/BA

Rel.: Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado) – 5ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 28/02/2008

Publicação: 29/02/2008

### **Responsabilidade civil. Concessão de lavra de ouro. Revogação parcial. Invasão das áreas por garimpeiros. Indenização.**

Não caracterizada a responsabilidade do poder concedente pela invasão de garimpeiros, iniciada antes da outorga das concessões e cujo recrudescimento impediu, durante certo tempo, a exploração das áreas concedidas, não tem procedência o pedido de indenização, pela União, do valor de todo o ouro das camadas superficiais extraído pelos garimpeiros invasores.

A revogação de quatro das quinze concessões de lavra outorgadas à autora e a redução da área de exploração de outras duas, pelo poder concedente, implica o direito de indenização correspondente ao lucro que a empresa teria tido com a exploração da “reserva medida” das citadas jazidas, já que o concessionário não deu causa à caducidade da concessão. Do valor da indenização deverá ser descontado o valor do ouro já extraído pela autora, quando da revogação das concessões, bem como todos os custos do empreendimento, conforme apurado em liquidação de sentença.

AC 2001.01.00.019473-6/MT

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 11/02/2008

Publicação: 12/02/2008

# Estatística

**JANEIRO/2008**

## **ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA**

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	25
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	87
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	103
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	241
Despachos Diversos (Asret)	18
Decisões Diversas (Asret)	10
Recursos Especiais Adesivos Inadmitidos (Asret)	2
Decisões em Plantão (Asret)	14
Despachos em Plantão (Asret)	6
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	2
Suspensões de Segurança Indeferidas (Asret)	4
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança (Asret)	3
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	5
Recursos Extraordinários Eletrônicos Encaminhados para STF – Via Corec (Asret)	7
Recursos Extraordinários Admitidos – Sobrestados na Corec (Asret)	9
Memorandos Expedidos	6
Informações por Ofício ao STJ e STF (Asret)	132
Despachos Diversos (Secju)	26
Informações em Mandados de Segurança (Secre)	2
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	14
Apostilas	2
Atos (Secre)	51
Portarias (Secre)	9
Ofícios (Secre)	114
<b>TOTAL</b>	<b>892</b>

Dados fornecidos pela Asret, Secju e Secre

## **VICE-PRESIDÊNCIA**

Recursos Especiais Admitidos	85
Recursos Especiais Inadmitidos	246
Recursos Extraordinários Admitidos	3
Recursos Extraordinários Inadmitidos	152
Despachos/Decisões Diversas	35
Acórdão (Relator)	1
Decisões de Plantão	45
Ofícios no Exercício da Presidência	19

Processos Paradigma	5
Processos Sobrestados	5
<b>TOTAL</b>	<b>596</b>

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

### COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções ( RESP/RE )	759
Remetidos à Asvip com RESP/RE	299
Remetidos à Asret com RESP/RE	618
Remetidos ao STF ( RE e AG/RE )	96
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	54
Remetidos ao STJ ( RESP e AG/RESP )	660
Recebidos do STJ	215
Recebidos do STF	106
Remetidos por Baixa Definitiva	1.047
Remetidos ao Arquivo Judicial	10
Sobrestados na Corec	810
Agravos Processados	527
<b>TOTAL</b>	<b>5.201</b>

### PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	87
Recursos Inadmitidos	192
Despachos Diversos	47
<b>TOTAL</b>	<b>326</b>

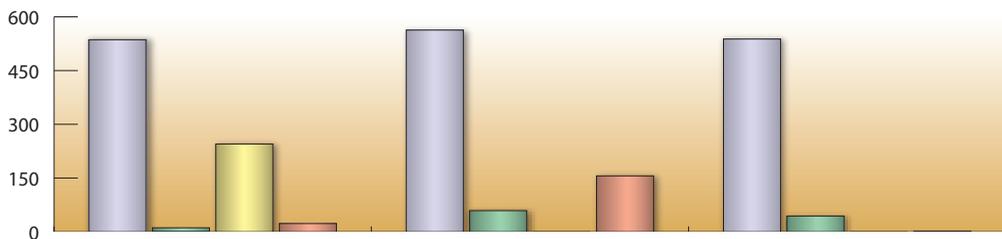
### PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	85
Recursos Inadmitidos	236
Despachos Diversos	10
<b>TOTAL</b>	<b>331</b>

Dados fornecidos pela Corec

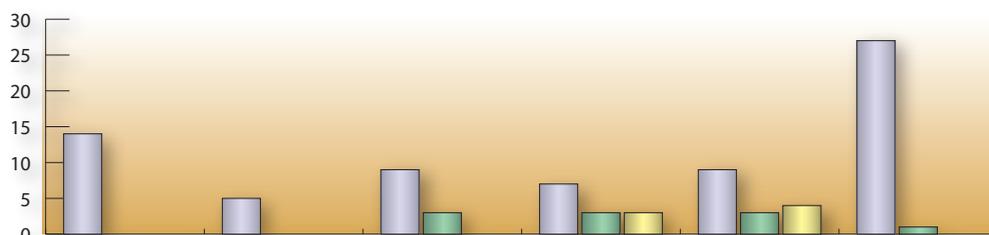
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JANEIRO/2008

### 1ª Turma



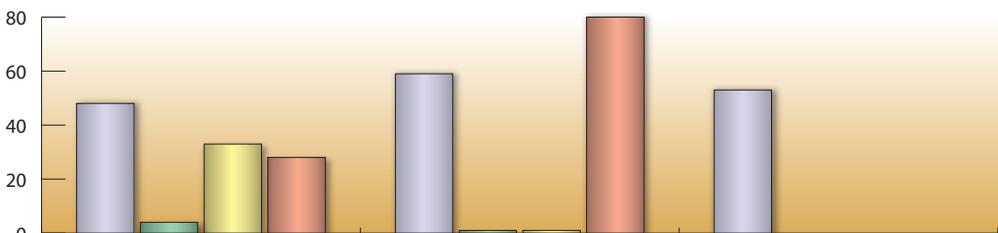
	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Distribuídos	536	563	538
Desp. Term. Publicados	4	59	44
Julgados	245		
Acórdãos Publicados	23	156	2

### 2ª Turma



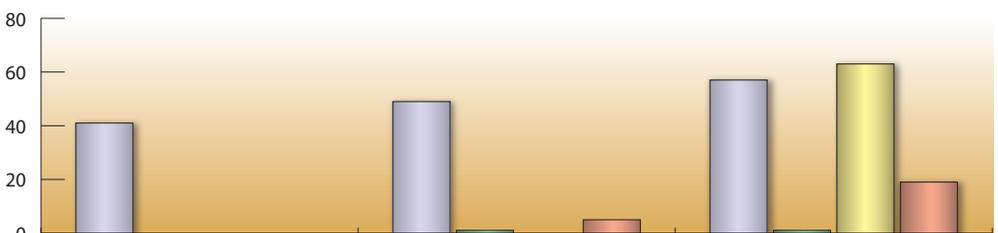
	Carlos Moreira Alves	Neuza Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	519	547	536
Desp. Term. Publicados	29	106	9
Julgados	238		
Acórdãos Publicados	129	325	179

### 3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Tourinho Neto	Olindo Menezes
Distribuídos	48	59	53
Desp. Term. Publicados	4	1	
Julgados	33	1	
Acórdãos Publicados	28	80	

### 4ª Turma



	I'talo Fioravanti Sabo Mendes	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz
Distribuídos	41	49	57
Desp. Term. Publicados		1	1
Julgados			63
Acórdãos Publicados		5	19

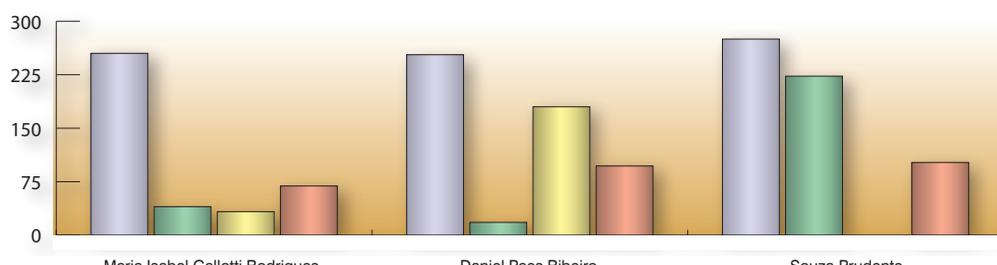
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JANEIRO/2008

### 5ª Turma



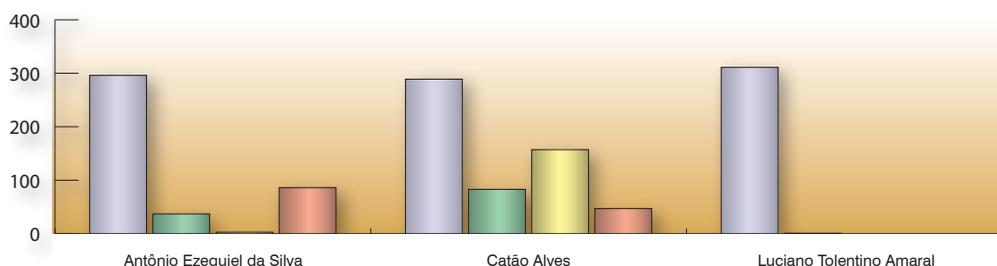
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	273	276	255
Desp. Term. Publicados	68	230	67
Julgados	3	117	16
Acórdãos Publicados	51	87	7

### 6ª Turma



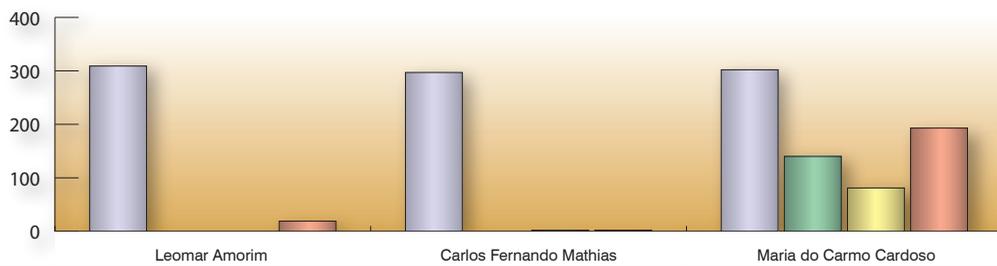
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	255	253	275
Desp. Term. Publicados	40	18	223
Julgados	33	180	
Acórdãos Publicados	69	97	102

### 7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	296	289	311
Desp. Term. Publicados	37	83	1
Julgados	3	157	
Acórdãos Publicados	86	47	

### 8ª Turma

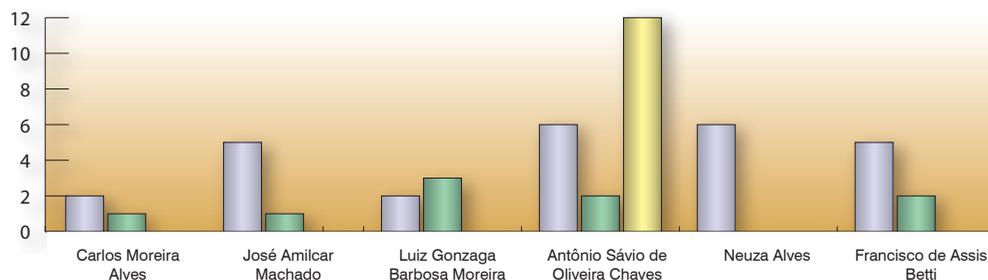


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	309	297	302
Desp. Term. Publicados			140
Julgados		2	81
Acórdãos Publicados	19	2	193

## DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – JANEIRO/2008

### 1ª Seção

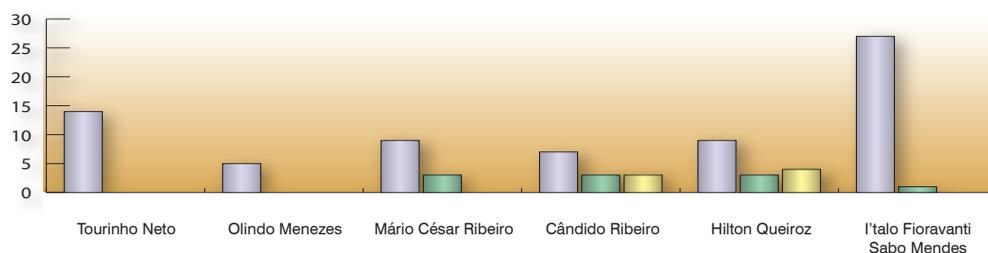
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	2	5	2	6	6	5
Desp. Term. Publicados	1	1	3	2		2
Julgados				12		
Acórdãos Publicados						

### 2ª Seção

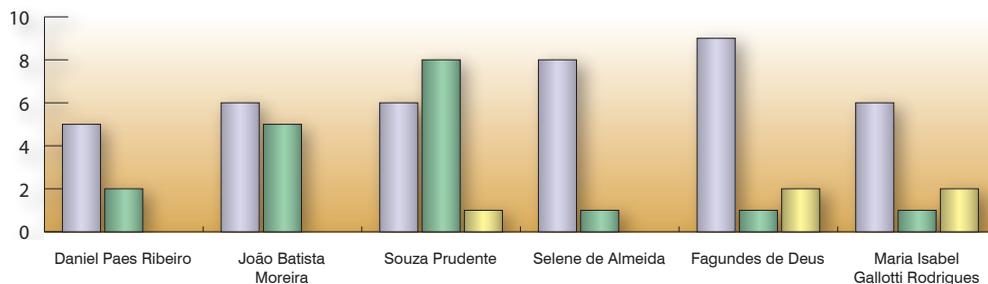
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Tourinho Neto	Olindo Menezes	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	14	5	9	7	9	27
Desp. Term. Publicados			3	3	3	1
Julgados				3	4	
Acórdãos Publicados						

### 3ª Seção

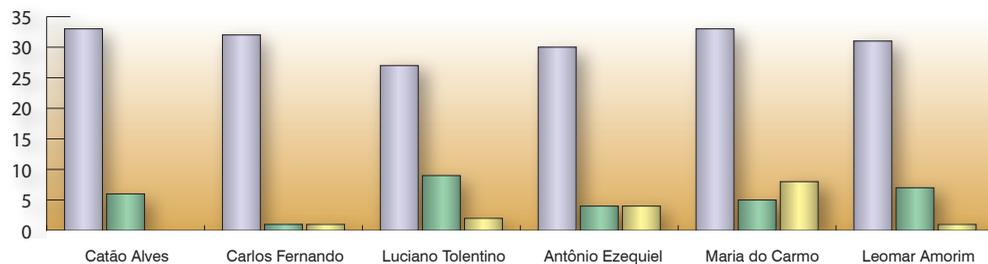
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	5	6	6	8	9	6
Desp. Term. Publicados	2	5	8	1	1	1
Julgados			1		2	2
Acórdãos Publicados						

### 4ª Seção

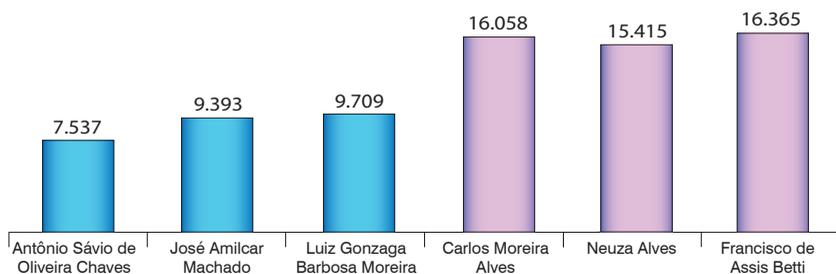
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Antônio Ezequiel da Silva	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	33	32	27	30	33	31
Desp. Term. Publicados	6	1	9	4	5	7
Julgados		1	2	4	8	1
Acórdãos Publicados						

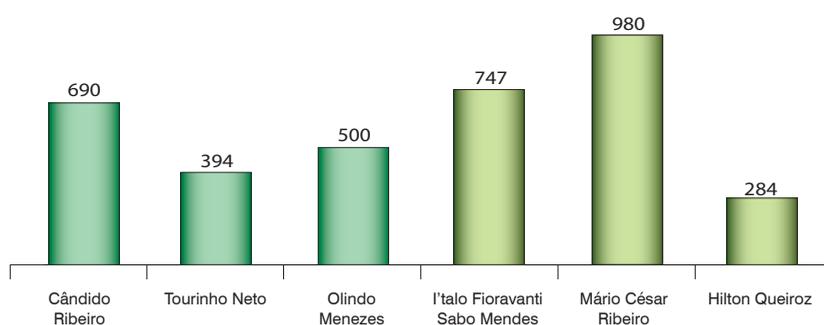
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

## PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – JANEIRO/2008



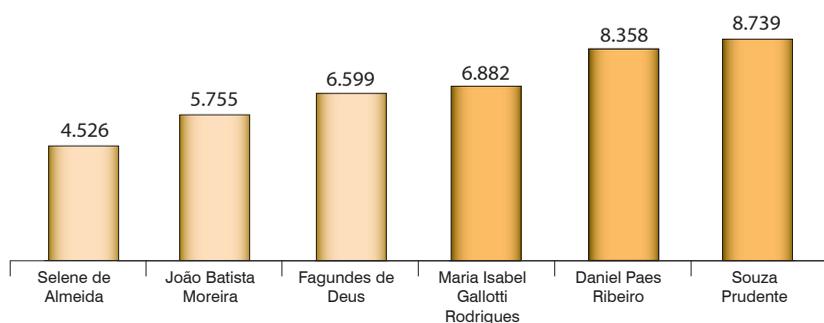
■ 1ª Turma

■ 2ª Turma



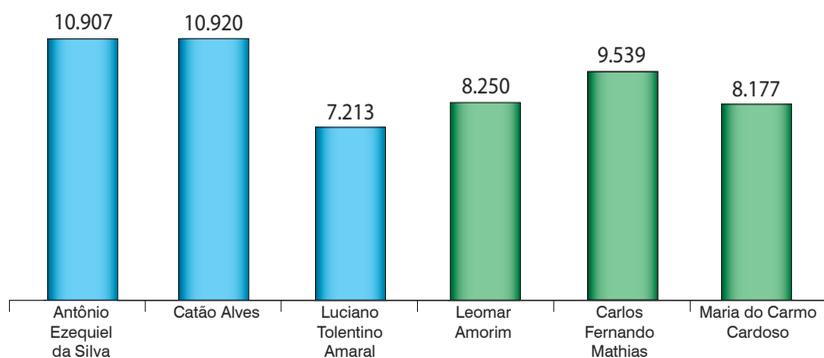
■ 3ª Turma

■ 4ª Turma



■ 5ª Turma

■ 6ª Turma



■ 7ª Turma

■ 8ª Turma

### COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E RESPECTIVAS TURMAS (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 feitos correlatos à improbidade administrativa; e II – benefícios previdenciários.

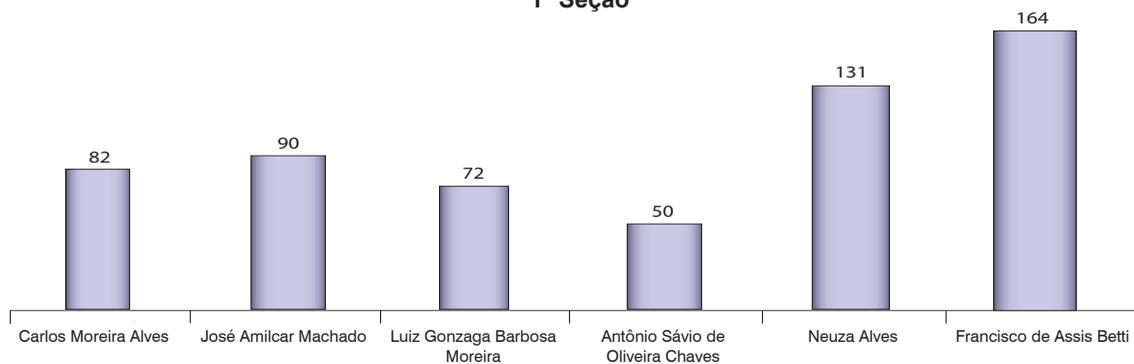
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – matéria penal em geral; II – improbidade administrativa; III – desapropriação direta e indireta.

À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – licitação e contratos administrativos; II – concursos públicos; III – contratos; IV – direito ambiental; V – sucessões e registros públicos; VI – direito das coisas; VII – responsabilidade civil; VIII – ensino; IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização; X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades; XI – propriedade industrial; XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

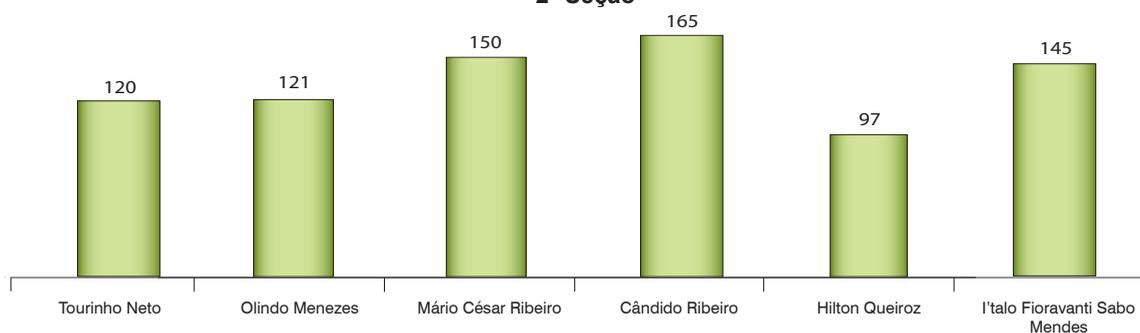
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições; II – impostos; III – taxas; IV – contribuições de melhoria; V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS; VI – empréstimos compulsórios; VII – preços públicos; VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

## PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – JANEIRO/2008

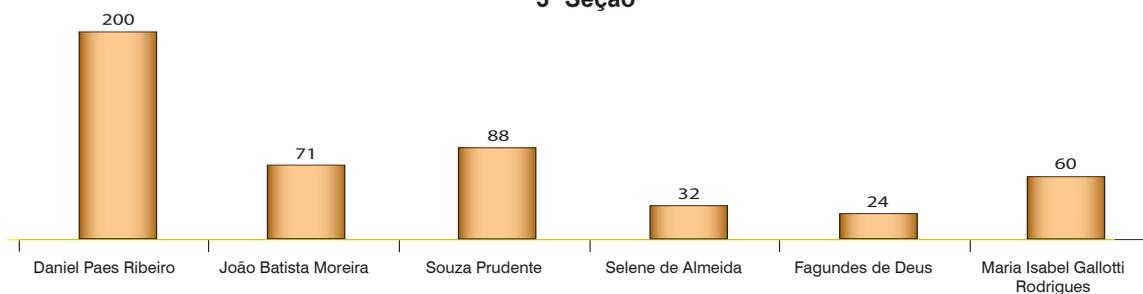
### 1ª Seção



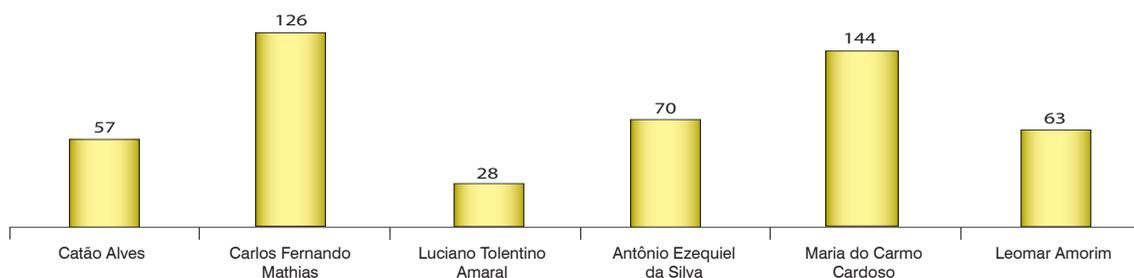
### 2ª Seção



### 3ª Seção



### 4ª Seção



## ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	4ª Seção		8	
	7ª Turma	7	123	
André Prado de Vasconcelos	1ª Seção		6	
	2ª Turma	31	309	
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção		7	
	5ª Turma	145	109	52
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma			3
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção		4	
	5ª Turma	4	118	33
César Cintra Fonseca	2ª Seção	1	6	
	3ª Turma	8	35	
Cleberon José Rocha	2ª Turma		1	
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção		2	
	3ª Turma	25	86	23
Evaldo de Oliveira Fernandes Filho	2ª Seção		8	
	3ª Turma	3	35	12
Francisco Renato Condevila Pinheiro	4ª Seção		1	
	7ª Turma		44	2
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma			72
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção		15	
	1ª Turma	50	200	137
João Carlos Mayer Soares	3ª Seção		11	
	6ª Turma		34	7
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma	27	202	40
Klaus Kuschel	2ª Seção	7	1	
	4ª Turma	3	40	14
Lino Osvaldo serra Sousa Segundo	3ª Turma	1		14
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma			33
Mark Yshida Brandão	8ª Turma			44
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	8		737
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma			16

Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma			3
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção	1		
	4ª Turma			31
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção		2	
	8ª Turma	64	34	84
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		2	
	7ª Turma	141	167	55
Roberto Carvalho Veloso	4ª Seção		4	
	8ª Turma	79	76	171
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção		5	
	4ª Turma	1	22	55
Saulo José Casali Bahia	3ª Turma			36
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção		22	
	1ª Turma	38	174	42
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		30	65

## DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Assusete Magalhães	1ª Seção	3		
	2ª Turma		1	
Catão Alves	1ª Seção	3		
Olindo Menezes	3ª Seção			3
Mário César Ribeiro	1ª Seção	2		
Luciano Tolentino Amaral	1ª Seção	1		
Cândido Ribeiro	1ª Seção	1		
	2ª Turma			1

# Estatística

FEVEREIRO/2008

## ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	39
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	161
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	163
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	498
Despachos Diversos (Asret)	53
Decisões Diversas (Asret)	12
Recurso Especial Adesivo Inadmitido (Asret)	1
Decisões em Plantão (Asret)	6
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	2
Suspensões de Segurança Indeferidas (Asret)	4
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança (Asret)	2
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	9
Agravos Regimentais Prejudicados (Asret)	3
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	4
Recursos Extraordinários Eletrônicos Encaminhados para o STF – via Corec (Asret)	15
Recursos Extraordinários Admitidos – Sobrestados na Corec (Asret)	56
Memorandos Expedidos	8
Informações por Ofício ao STJ e STF (Asret)	46
Despacho Diverso (Corej)	1
Despachos Diversos (Secju)	169
Informações em Mandados de Segurança (Secre)	4
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	16
Apostilas (Secre)	2
Atos (Secre)	59
Portarias (Secre)	14
Ofícios (Secre)	90
<b>TOTAL</b>	<b>1.437</b>

Dados fornecidos pela Asret, Secju e Secre

## VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	88
Recursos Especiais Inadmitidos	395
Recurso Extraordinário Admitido	1
Recursos Extraordinários Inadmitidos	118
Despachos/Decisões Diversas	128
Acórdão (Relator)	1

Votos Desempate	3
Processos Paradigma	4
Processos Sobrestados	11
<b>TOTAL</b>	<b>749</b>

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

### COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções ( RESP/RE )	820
Remetidos à Asvip com RESP/RE	312
Remetidos à Asret com RESP/RE	410
Remetidos ao STF ( RE e AG/RE )	98
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	24
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	5
Remetidos ao STJ ( RESP e AG/RESP )	702
Recebidos do STJ	669
Recebidos do STF	166
Remetidos por Baixa Definitiva	907
Remetidos ao Arquivo Judicial	2
Sobrestados na Corec	957
Agravos Processados	390
<b>TOTAL</b>	<b>5.462</b>

### PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

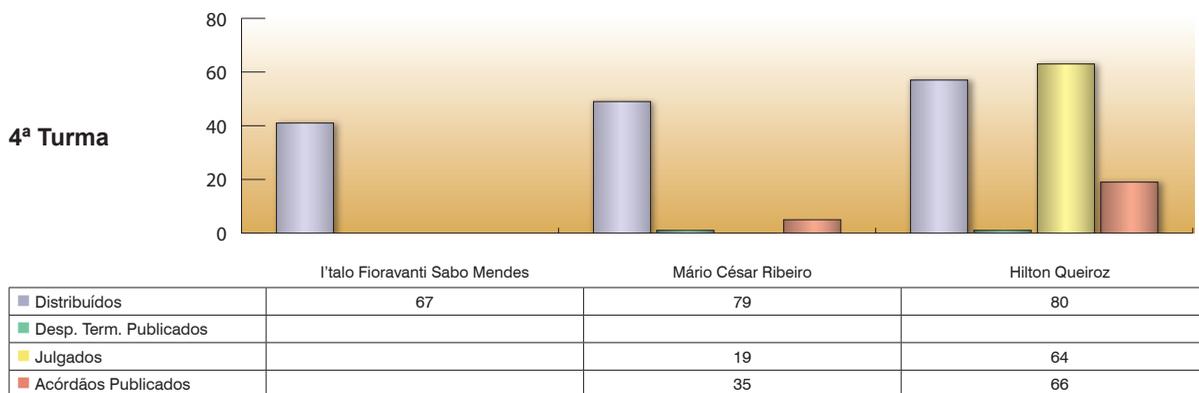
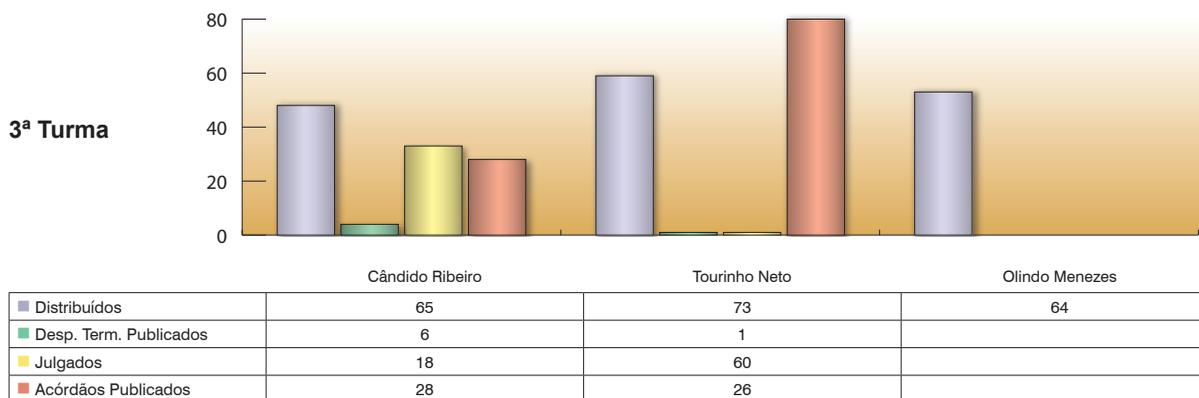
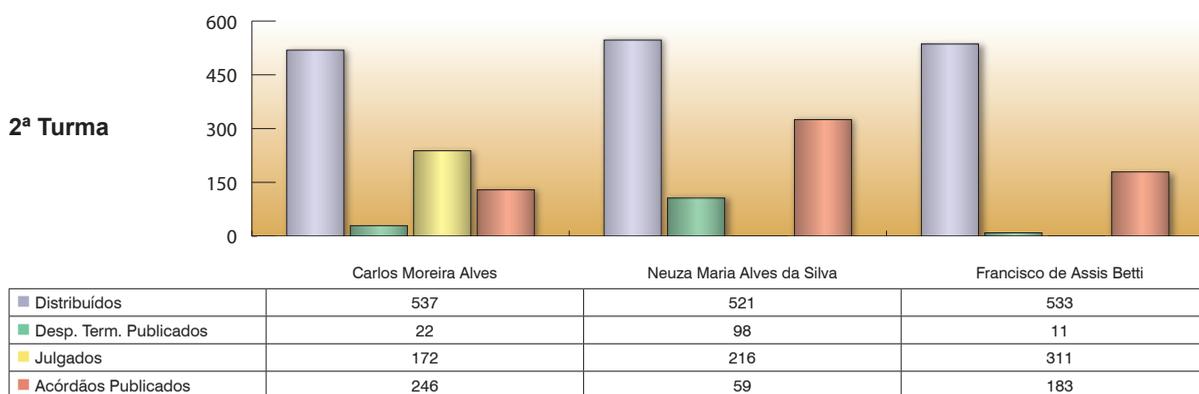
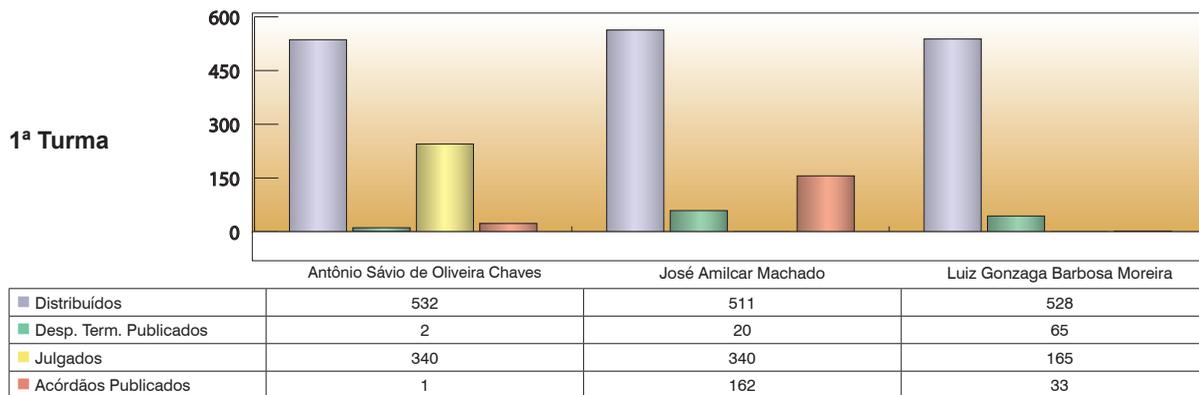
Recursos Admitidos	149
Recursos Inadmitidos	247
Despachos Diversos	32
<b>TOTAL</b>	<b>428</b>

### PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	36
Recursos Inadmitidos	223
Despachos Diversos	8
<b>TOTAL</b>	<b>267</b>

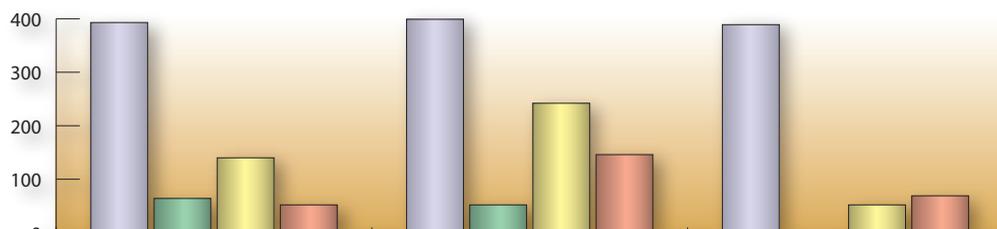
Dados fornecidos pela Corec

## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – FEVEREIRO/2008



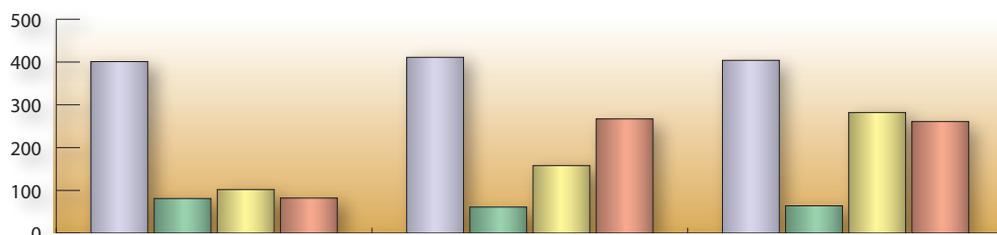
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – FEVEREIRO/2008

### 5ª Turma



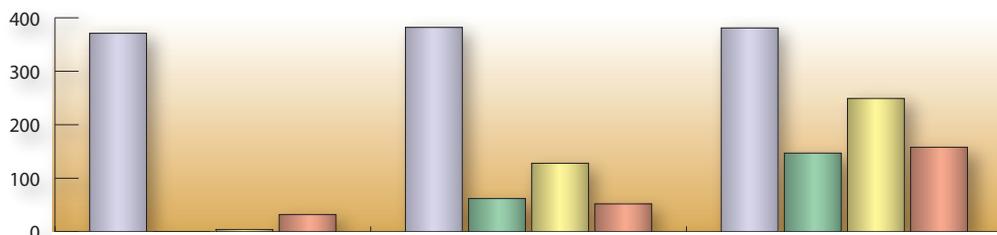
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	393	399	389
Desp. Term. Publicados	64	52	3
Julgados	140	242	52
Acórdãos Publicados	52	146	69

### 6ª Turma



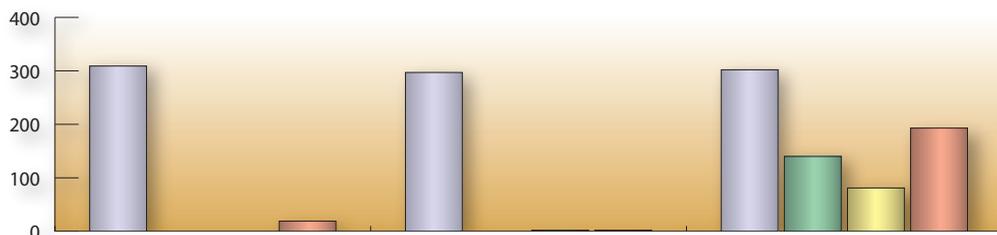
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	401	411	404
Desp. Term. Publicados	81	61	64
Julgados	102	158	282
Acórdãos Publicados	82	267	261

### 7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	371	382	381
Desp. Term. Publicados		62	147
Julgados	4	128	249
Acórdãos Publicados	32	52	158

### 8ª Turma

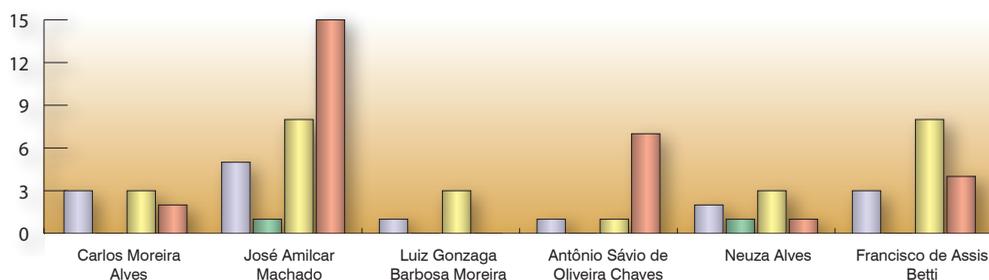


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	360	377	379
Desp. Term. Publicados			216
Julgados	6	9	267
Acórdãos Publicados	9		266

## DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – FEVEREIRO/2008

### 1ª Seção

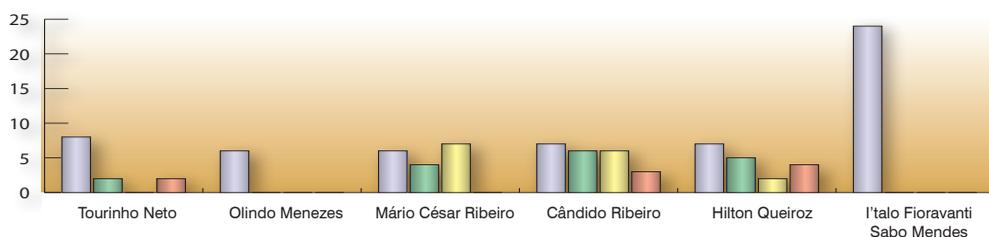
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	3	5	1	1	2	3
Desp. Term. Publicados		1			1	
Julgados	3	8	3	1	3	8
Acórdãos Publicados	2	15		7	1	4

### 2ª Seção

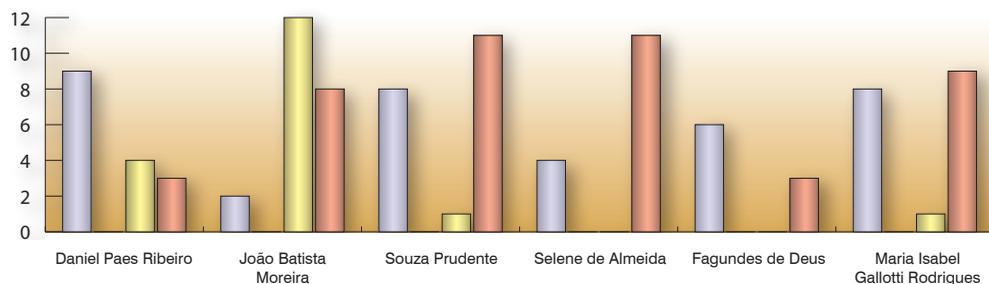
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	8	6	6	7	7	24
Desp. Term. Publicados	2		4	6	5	
Julgados			7	6	2	
Acórdãos Publicados	2			3	4	

### 3ª Seção

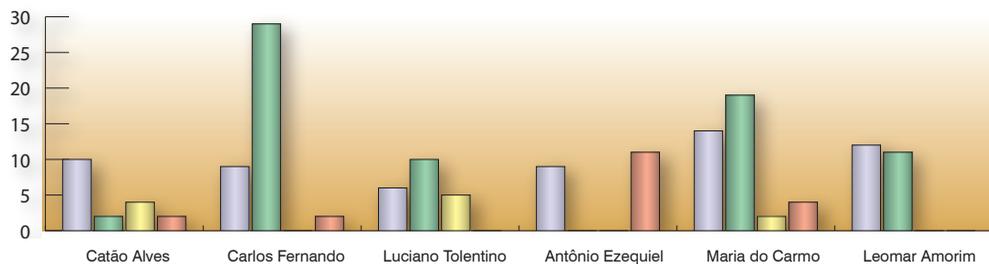
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	9	2	8	4	6	8
Desp. Term. Publicados						1
Julgados	4	12	1			
Acórdãos Publicados	3	8	11	11	3	9

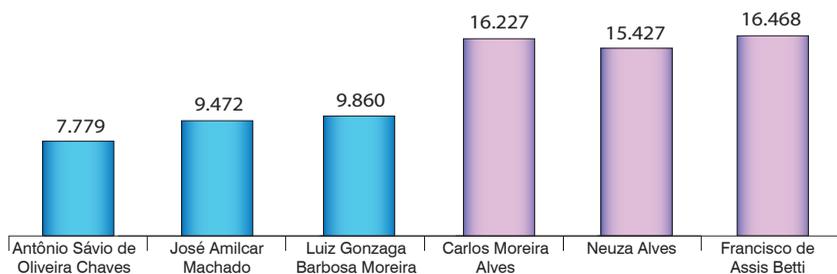
### 4ª Seção

Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



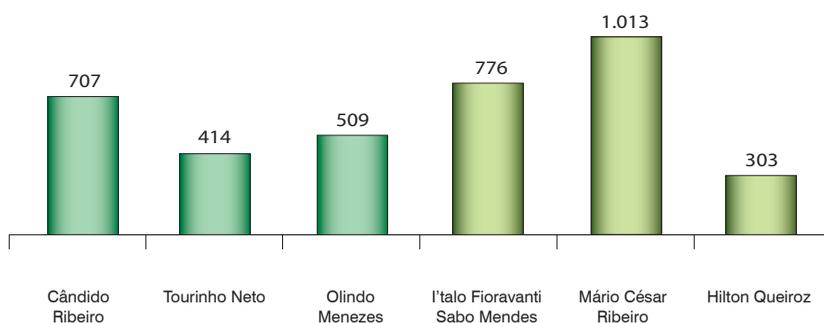
Distribuídos	10	9	6	9	14	12
Desp. Term. Publicados	2	29	10		19	11
Julgados	4		5		2	
Acórdãos Publicados	2	2		11	4	

## PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – FEVEREIRO/2008



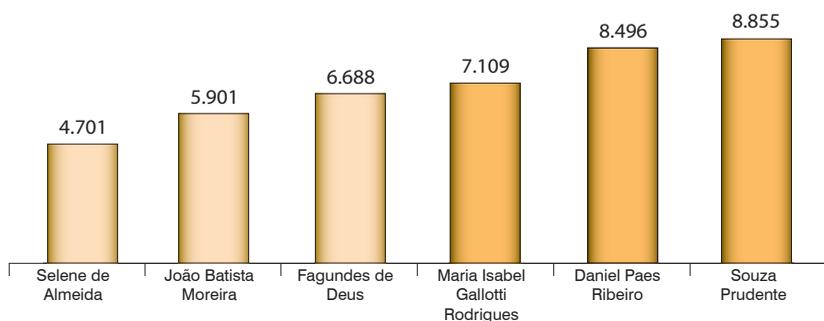
■ 1ª Turma

■ 2ª Turma



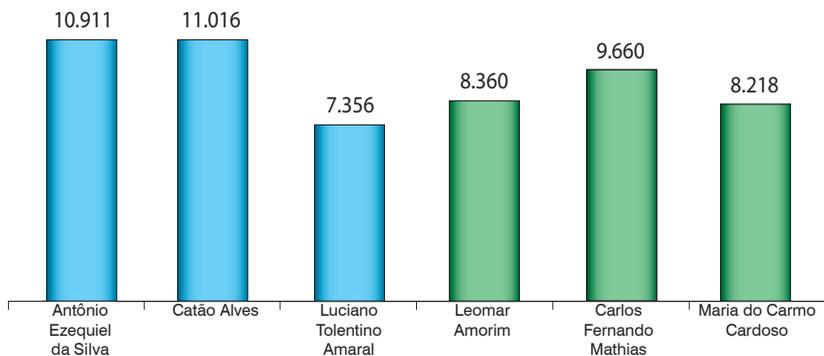
■ 3ª Turma

■ 4ª Turma



■ 5ª Turma

■ 6ª Turma



■ 7ª Turma

■ 8ª Turma

### COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E RESPECTIVAS TURMAS (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 feitos correlatos à improbidade administrativa; e  
II – benefícios previdenciários.

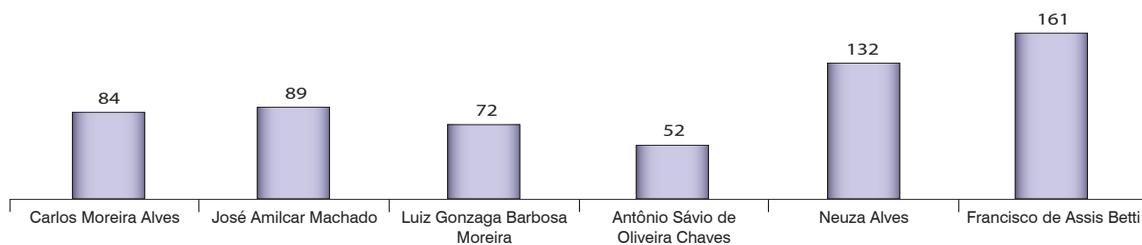
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:  
I – matéria penal em geral;  
II – improbidade administrativa;  
III – desapropriação direta e indireta.

À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:  
I – licitação e contratos administrativos;  
II – concursos públicos;  
III – contratos;  
IV – direito ambiental;  
V – sucessões e registros públicos;  
VI – direito das coisas;  
VII – responsabilidade civil;  
VIII – ensino;  
IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;  
X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;  
XI – propriedade industrial;  
XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

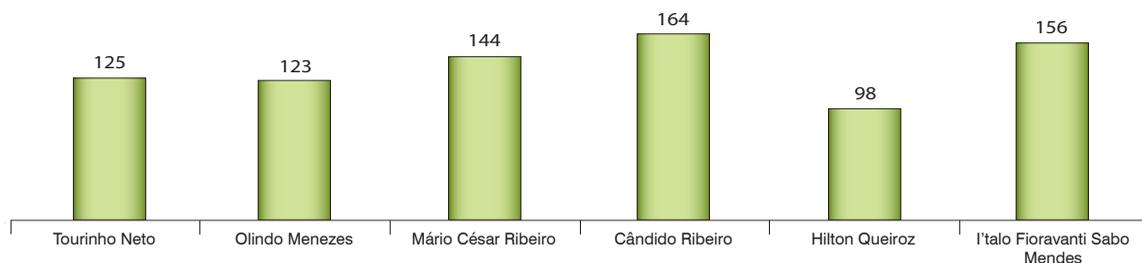
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:  
I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;  
II – impostos;  
III – taxas;  
IV – contribuições de melhoria;  
V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;  
VI – empréstimos compulsórios;  
VII – preços públicos;  
VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

# PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – FEVEREIRO/2008

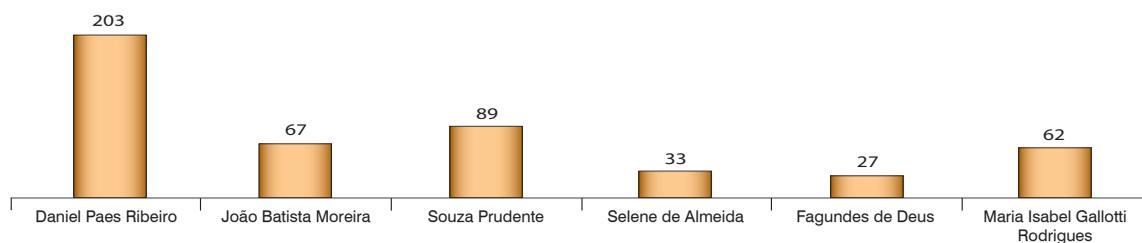
## 1ª Seção



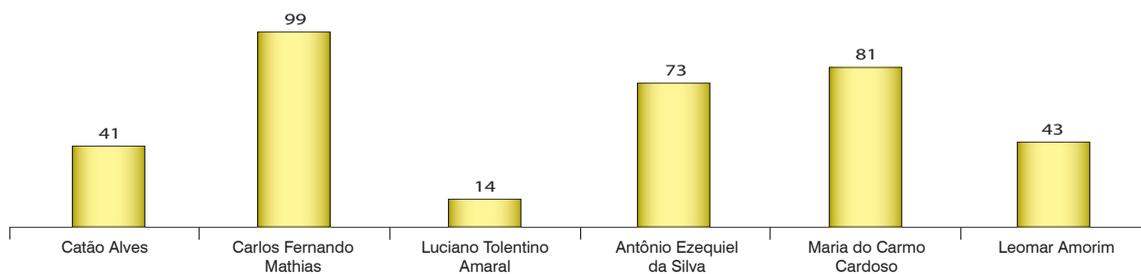
## 2ª Seção



## 3ª Seção



## 4ª Seção



## ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	4ª Seção	1	27	2
	7ª Turma	133	224	99
André Prado de Vasconcelos	1ª Seção			6
	2ª Turma	9	40	339
Antonio Claudio Macedo da Silva	3ª Seção		1	
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção			7
	5ª Turma	120	58	53
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma		2	11
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção			3
	5ª Turma	146	255	100
César Cintra Fonseca	2ª Seção		6	6
	3ª Turma	4	37	45
Daniele Maranhão Costa	7ª Turma			3
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção	1		2
	6ª Turma	44	21	152
Evaldo de Oliveira Fernandes Filho	2ª Seção			7
	3ª Turma	3		20
Francisco Renato Codevila Pinheiro	4ª Seção		1	2
	7ª Turma	21	62	269
Hind Ghassan Kayath	2ª Turma		1	
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		115	39
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção			1
	1ª Turma	55	112	317
João Carlos Costa Mayer Soares	3ª Seção	1		7
	6ª Turma	11	27	31
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma	21	46	144
Klaus Kuschel	2ª Seção	1		
	4ª Turma	1	15	26
Kleberson José Rocha	2ª Turma	5		5
Leão Aparecido Alves	3ª Seção		1	
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	2ª Seção		4	
	3ª Turma	1	16	37

Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma		48	21
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		1	9
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Seção			1
	1ª Turma			78
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma			4
Mônica Jaqcqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros	2ª Turma		1	1
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma		1	16
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção	1		
	4ª Turma			3
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção		10	3
	8ª Turma	109	172	360
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		1	1
	7ª Turma	45		136
Roberto Carvalho Veloso	4ª Seção		4	7
	8ª Turma	95	295	306
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção		4	9
	4ª Turma		45	21
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção			1
	3ª Turma		1	6
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção			17
	1ª Turma	77	64	191
Sônia Diniz viana	1ª Turma		17	21

## DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Mário César Ribeiro	8ª Turma			10
Maria do Carmo Cardoso	6ª 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.