

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

**Abril 2007**

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

## Conselho Editorial\*

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros

\*Portaria/Cojud 610-001 de 27/07/2006

## Coordenação de Edição

### Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Diretora

### Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária

Emérita Regina Cossão Oliveira

Fábia Cristina de Barros

Martha Simone Hormann Oliveira

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

### Entrevista

Martha Simone Hormann Oliveira

### 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

André Sampaio da Silva

Geraldo Martins Teixeira Júnior

Luciana Fernandes Menezes

Carmozina Vitorina Martins da Costa

### Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

### Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Edleusa Santos da Trindade Zúit

Evanildes Carvalho Amorim

Maria Benáurea Santos

Magda Giovana Alves

Samuel Nunes dos Santos

### Confecção de fotolitos

TechnoArte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Setor de Autarquia Sul, Quadra 4, Bloco “N” – Edifício Funasa – 9º Andar

70070-040 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3221-6693 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 os originais e padronização.

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

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

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

# Plenário

**Presidente:**

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 *Aloísio Palmeira Lima*

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 Maria 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 Barros Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves*

# 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 *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *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 Aloísio Palmeira Lima  
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

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

### **2ª Turma**

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente  
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima  
Desembargadora Federal Neuza Alves

### **3ª Turma**

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

### **4ª Turma**

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

### **5ª Turma**

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

### **6ª Turma**

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

### **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 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**

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva  
Desembargador Federal João Batista Moreira

### **Comissão de Promoção**

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente  
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
Desembargadora Federal Neuza Alves  
Desembargador Federal Olindo Menezes  
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes  
Desembargadora Federal Selene de Almeida  
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues  
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Desembargador Federal Leomar Amorim

### **Revista do Tribunal**

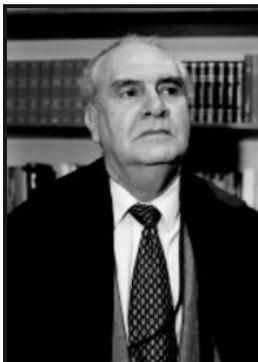
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

### **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 do 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



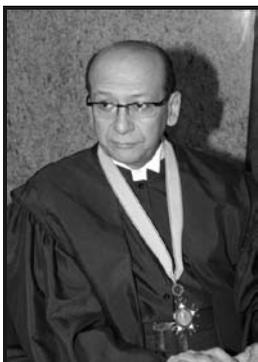
Desembargador Federal  
Osmar Tognolo  
maio/97 – maio/99



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



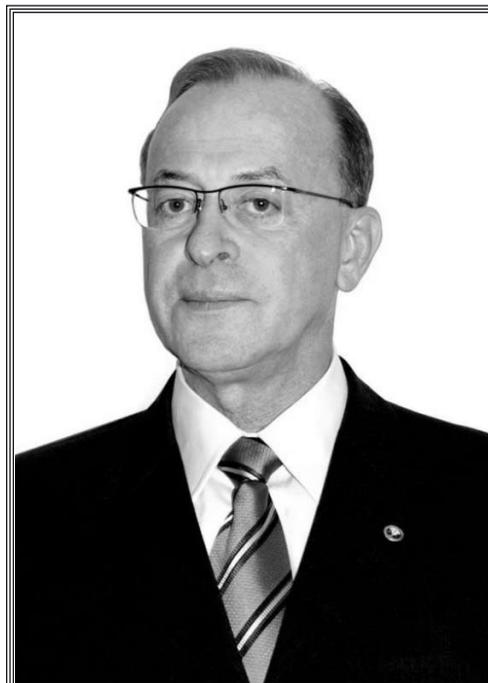
Desembargador Federal  
Jirair Aram Meguerian  
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal  
Olindo Menezes  
maio/2003 – maio/2005



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



Desembargador Federal  
Luciano Tolentino Amaral  
a partir de junho/2006



## **Editorial, 13**

---

## **Juramento dos acadêmicos em Direito, 15**

---

## **Em Foco, 17**

---

**Primeiro Presidente do Tribunal fala à Revista**  
Alberto Vieira

## **Atualidades: ponto de vista, 19**

---

**TRF 1ª Região – 18 anos bem vividos**  
Felipe Jacinto

## **Gastando o Latim, 23**

---

## **Habeas Verbum: Língua do Direito, 25**

---

**Ops! Uma Saia Justa**  
Dad Squarisi

## **Artigos Doutrinários**

---

**A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos, 27**  
Rosimayre Gonçalves de Carvalho

**O Poder Judiciário e os direitos individuais (Duas poderosas forças antimajoritárias), 39**  
Paulo Fernando Silveira

**Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso, 57**  
Rodrigo Carneiro Gomes

## **Tópicos Jurídicos**

---

**O panorama da jurisprudência comparada das Cortes Constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo — a influência da transformação do conceito de território, 65**  
Arthur Pinheiro Chaves

**Campeões de desmatamento, 68**  
Evaristo Eduardo de Miranda

**Direito Penal estadual e o federalismo brasileiro, 70**  
André Figaro

**Novas perspectivas para a Justiça, 72**  
Maurício Corrêa

**As sutilezas da tributação, 74**  
Everardo Maciel

“Com que direito?": Análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda – Valladolid, 1550 e 1551

Renata Andrade Gomes

### Acórdãos – Inteiros Teores

---

**Corte Especial – Concurso para Juiz Federal Substituto. Recurso desmotivado. Suprimento tardio da deficiência, 127**

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

Mandado de Segurança 2006.01.00.041737-3/DF

**1ª Seção – Juiz Federal aposentado. Vantagem do art. 192, I, da Lei 8.112/1990. Vencimentos do cargo imediatamente superior. EC 41/2003. Lei 11.143/2005. Resolução 306/2005 STF, 130**

Rel.: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Mandado de Segurança 2006.01.00.001887-2/MG

**2ª Seção – Desapropriação. Indenização. Sentença transitada em julgado. Relativização da coisa julgada, 138**

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Mandado de Segurança 2006.01.00.043957-4/BA

**3ª Seção – Transporte coletivo interestadual de passageiros. Revogação da implantação de seções em linhas interestaduais previamente autorizada. Controle pelo Judiciário, 145**

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

Embargos Infringentes em Apelação Cível 1999.01.00.089520-6/DF

**4ª Seção – Importação de equipamentos com isenção de II e IPI. Locação para uso por terceiro não isento. Desvio de finalidade, 152**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Embargos Infringentes em Apelação Cível 2007.01.00.003251-7/DF

**1ª Turma – Previdenciário. Benefício assistencial. Portador de miocardiopatia chagásica. Comprovação da impossibilidade de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Benefício a partir da citação, 158**

Rel.: Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Apelação Cível 2005.01.99.028845-8/MG

**2ª Turma – Previdenciário. Prescrição. Prazo que não corre contra incapaz. Pecúlio. Retorno de segurado aposentado à atividade abrangida pelo Decreto 83.080/1979, 165**

Rel.: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)

Apelação Cível 94.01.14769-8/MG

**3ª Turma – Habeas corpus. Quebra de sigilo bancário. Crime de desobediência. Instauração de inquérito. Autoridade coatora: procurador da República. Pedido de arquivamento, 168**

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Habeas Corpus 2007.01.00.001710-0/MA

**4ª Turma – Crime contra a administração da Justiça. Coação de testemunhas. Autoria e materialidade comprovadas. Suspensão condicional do processo. Lei 9.099/1995, 171**

Rel.: Juiz Federal Ney Bello (convocado)

Apelação Criminal 2002.30.00.002267-0/AC

**5ª Turma – Direito Administrativo. Conab. Subvenção econômica. Entrada da mercadoria na empresa de destino. Obrigação de resultado. Roubo da carga no trajeto. Direito ao recebimento do prêmio, 179**

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira

Apelação em Mandado de Segurança 2001.35.00.003061-0/GO

**6ª Turma – Sistema Financeiro da Habitação. Seguro obrigatório. Falecimento do mutuário. Quitação do contrato na proporção do comprometimento de renda do mutuário falecido, 182**

Rel. para acórdão: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação Cível 2002.33.00.021465-0/BA

**7ª Turma – Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração de segurado aposentado pelo regime geral de previdência social. Retorno ao trabalho. Princípio do direito adquirido e da vedação ao confisco, 190**

Rel.: Des. Federal Catão Alves

Apelação Cível 2003.34.00.041071-9/DF

**8ª Turma – PIS. Cofins. Permanência no regime da cumulatividade. Contrato de fornecimento de bens e serviços. Energia elétrica. Preço predeterminado. Cláusula de reajuste, 194**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança 2005.36.00.012532-2/MT

## Decisões Monocráticas

---

**Atribuição de efeito suspensivo a recurso de apelação interposto de sentença denegatória da segurança. Anulação de ato administrativo que determinou a suspensão sumária de Projeto de Manejo Florestal Sustentado (PMFS), 199**

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

MC 2006.01.00.044418-9/PA

**Suspensão da Portaria 648/2006 do Ministério da Saúde. Prática de atos privativos de médicos por profissionais não graduados em Medicina. 201**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Ag 2007.01.00.000126-2/DF

## JEFs em Revista

---

**Previdenciário. Aposentadoria por idade. Segurada especial. Requisitos preenchidos, 205**

Rel.: Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recurso 2006.35.00.726194-7/GO

**Aposentadoria por idade. Regra de transição do art. 142 da Lei 8.213/1991. Homologação de acordo em processo trabalhista, 207**

Rel.: Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida

Recurso 2006.35.00.726222-2/GO

**Benefício assistencial ao deficiente. Hanseníase e Lombociatalgia, 210**

Rel.: Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recurso 2006.35.00.726306-3/GO

**Previdenciário. Pensão por morte. Dependência dos pais em relação ao filho falecido. Comprovação, 212**

Rel.: Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recurso 2007.35.00.700289-4/GO

## **Breviário**

---

**Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)), 215**

Ação Rescisória. Antecipação da tutela. Segurada especial. Aposentadoria.

Empregada doméstica. Início razoável de prova material complementada por prova testemunhal. Declaração de empregador.

Servidor público. Afastamento para o exercício de mandato eletivo. Devolução de valores. Inobservância do contraditório e da ampla defesa.

Improbidade Administrativa. Lei 8.492/1992. Suspensão do processo principal. Reclamação 2.138/DF.

Notificação para demolição de imóvel construído em área de praias para residência e exploração de atividade econômica (restaurante). Devido processo legal. Manutenção na posse.

Ensino Superior. Universidade Federal. Matrícula em dois cursos. Princípio da Universalização do atendimento escolar.

Execução fiscal. Requisição de informações acerca da existência de bens penhoráveis em nome da devedora.

Execução fiscal. Penhora. Deterioração de bens constritos. Reavaliação parcial dos bens.

Danos ao meio ambiente. Medidas coercitivas para forçar o pagamento de multas.

## **Estatística, 219**

---

## **Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 229**

---

## **Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 231**

---

Esta edição da Revista é dedicada à celebração dos 18 anos da instalação do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sediado em Brasília, que tem sua jurisdição sobre 14 Estados da Federação brasileira, correspondente, em área de abrangência, a mais de 51% do território nacional.

Eu era juiz federal com pouco tempo de magistratura nos idos de 1983 e 1984 (por aí), baseado em Brasília/DF, quando participei pela primeira vez de Congresso da Associação dos Juizes Federais – Ajufe realizado em Curitiba/PR, um dos primeiros, parece-me, do qual participaram quase todos os juizes federais de então (éramos muito poucos). Tive a grata satisfação de conhecer pessoalmente grandes magistrados que só conhecia de nome (pelo *DJ – Diário da Justiça*). Debateram-se naquele encontro, entre outras, duas importantes e inovadoras idéias, hoje concretizadas. Aprovamos (não mais me lembro se por unanimidade) a proposta da criação do Superior Tribunal de Justiça – STJ (com extinção do então Tribunal Federal de Recursos – TFR) e a criação de Tribunais Regionais Federais.

Talvez pela minha pouca experiência, entendi e sustentei então (sem saber, todavia, como materializá-la) que os Tribunais Regionais Federais deveriam ter função exclusivamente jurisdicional e disciplinar, mantido o Conselho da Justiça Federal com poder normativo uniforme, em ordem a preservar a unidade da Justiça Federal, evitando-se sua fragmentação e regionalização como hoje se vê, que vem minando, a meu ver, a Justiça Federal e, a cada dia, tornando-nos, juizes federais, cada vez mais desconhecidos, indiferentes, às vezes até inamistosos uns com os outros em acentuadas ou concorrentes atitudes (individuais ou corporativas).

As coisas aí estão: bem ou mal (ou mineiramente [!], antes pelo contrário). As avaliações, por certo, são muito variáveis. Quanto a mim, contando agora com mais de 20 anos de magistratura e tendo conhecido ambas as realidades (dantes e de agora), penso na necessidade de correções acentuadas de rumo, que precipuamente devolvam à magistratura federal o seu efetivo caráter nacional unitário.

Como o tema e o tempo são de lembrança e história, fui honrado pelo então TFR para integrar a lista (apesar dos meus menos de seis anos, à época, de magistrado) para a composição originária (18 membros) do TRF1; não logrei ser escolhido. Ascendi a esta Corte somente em 1996 e por critério de antigüidade. Não pude, por isso, participar dos redobrados esforços iniciais para a transformação de uma realidade importantíssima. Ao tempo, eu era Diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal, que completará, em 23 de maio próximo, os 40 anos de sua instalação, e tive a oportunidade de colaborar com recursos humanos (pessoal) e materiais (mesas, cadeiras, automóveis, combustíveis etc., etc.).

Quando cheguei ao Tribunal, já era pleno o seu funcionamento e já superadas as hercúleas dificuldades iniciais.

Ainda se encontram aqui juizes remanescentes da primeira investidura — Desembargadores Federais Tourinho Neto e Catão Alves, seus ex-Presidentes. A partir da gestão do Desembargador Federal Aloísio Palmeira, sucedido pela atual Presidente Assusete Magalhães, pode-se dizer que a Corte passou a ser regida pela sua segunda geração.

Cabem, portanto, ao ensejo desses 18 anos de intensa atividade judicante, dois momentos especiais: o primeiro deles, de parabéns à Corte pela sua “maioridade civil”; parabéns a todos quantos (juizes, funcionários e terceiros colaboradores) contribuíram para a magnitude da sua obra. O segundo, de não menos importância, é a necessidade de isenta reflexão avaliadora por parte daqueles que ora realizam, ou se propõem realizar, a idéia matriz jurisdicional desta Corte; e por parte dos jurisdicionados: a Corte tem cumprido bem os deveres que lhe foram atribuídos?

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
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”.



# Primeiro Presidente do Tribunal fala à Revista

Alberto Vieira\*

Por Martha Hormann



Para a comemoração de seus 18 anos, o TRF 1ª Região contou com a festejada presença de seu primeiro Presidente, Alberto Vieira da Silva. Em 1989, o então Juiz Federal do Maranhão deslocou-se para Brasília com a missão – junto com os demais membros – de instalar o Tribunal. Para desincumbir-se de tão árdua tarefa, trouxe na bagagem a força e o empreendedorismo nordestinos, que acabaram por conduzi-lo ao cargo de Presidente da Corte.

De passagem pela cidade, o ex-Presidente fala à *Revista do TRF 1ª Região*, abordando a importância dos tribunais regionais federais. Rememora os primeiros instantes do Tribunal da 1ª Região, que um dia batizou de “Tribunal da Boa Vontade”, pelos inúmeros obstáculos apresentados em seu início, vencidos graças à garra e à força de vontade de seus dirigentes e servidores. Por último, comenta a chegada dos primeiros processos ao Tribunal e a carga de trabalho que inaugurou seu funcionamento.

Veja a seguir.

**Revista:** Que importância política o senhor atribui à criação do TRF 1ª Região, há 18 anos?

**Alberto Vieira da Silva:** Os tribunais regionais federais permitiram que a Justiça fosse mais acessível ao povo porque, com a distribuição territorial desses tribunais, ficava muito mais fácil o acesso das partes ao seu juiz. Então, quando um nordestino tinha de se deslocar, suponhamos, lá do Ceará, para vir pleitear no Tribunal Federal de Recursos, em Brasília, era difícil para ele. Quando o Tribunal Regional Federal da Quinta Região foi instalado, com a sede em Pernambuco, a coisa se tornou mais fácil. Então, permitiu-se uma democratização da Justiça, um acesso mais fácil do povo à prestação jurisdicional, e a divisão de trabalho também, porque os ministros do Tribunal Federal de Recursos se encontravam assoberbados, com uma grande gama de serviço, e criar novas vagas no Tribunal levaria a um número muito elevado de ministros, talvez mais de cem. Daí a idéia de repartir a competência do antigo Tribunal Federal de Recursos entre cinco tribunais regionais federais.

**Revista:** Como se deu sua condução ao cargo de primeiro presidente do TRF da 1ª Região?

**Alberto Vieira da Silva:** No momento inicial, fui convocado para instalar o Tribunal Regional Federal da Primeira Região. No instante em que o Ministro-Presidente da solenidade de instalação disse que o Tribunal estava instalado e que eu era o presidente desse Tribunal, passei a desempenhar a função de presidente. No entanto, essa nomeação deveria ser objeto da decisão dos meus pares, e eu, no primeiro dia em que reuni o Tribunal, coloquei à disposição deles a Presidência, dizendo que não me convinha ser o presidente do Tribunal e que eles escolhessem aquele que achassem o melhor para ocupar a Presidência.

Para surpresa minha, eles, no mesmo instante, reuniram-se — eu via aqueles grupos, cada um numa direção — e resolveram, por aclamação, que eu seria o presidente do Tribunal. Mas eu disse que tínhamos de cumprir a lei e que a lei falava em eleição. E foi feita a eleição. Fui eleito presidente e vice-presidente o hoje Ministro Anselmo Santiago.

Eu vinha do Maranhão e Anselmo Santiago vinha do Pará, do extremo norte.

**Revista:** O fato de o Tribunal ter jurisdição em 14 estados da Federação causa certo impacto. Como foi recebida, à época, essa idéia?

\* Juiz Federal aposentado e ex-presidente do TRF 1ª Região.

**Alberto Vieira da Silva:** Não posso informar qual critério foi seguido para a divisão nessas cinco regiões. Lógico que um Tribunal do Nordeste, se fosse o critério geográfico, teria de compreender o Maranhão e o Piauí, mas eles ficaram subordinados à 1ª Região.

Há uma crítica de que a 1ª Região é muito extensa, mas, talvez, sendo Brasília mais próxima do que qualquer outra das sedes do Poder Judiciário Federal, o mais conveniente seria mesmo subordinar parte do Nordeste e parte do Norte ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Mas, como disse, não sei qual critério teria levado os senhores ministros e o legislador a tomarem essa decisão.

**Revista:** Na sua lembrança, quais foram os fatos mais marcantes na instalação do Tribunal?

**Alberto Vieira da Silva:** Posso afirmar que muitas coisas foram marcantes. Ao destacar uma ou outra, eu talvez até estivesse esquecendo o que fosse de mais importante.

Creio que marcante foi o apoio que recebemos da sociedade brasileira, o apoio que recebemos das autoridades constituídas e, particularmente, em relação ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região — eu que tive a honra de ser o seu primeiro presidente —, o entendimento com os demais poderes.

O apoio não nos faltou do Legislativo, do Executivo e do próprio Judiciário, porque, diga-se de passagem, presidia o Superior Tribunal de Justiça o Ministro Gueiros Leite, pernambucano, nordestino, que nos deu seu apoio irrestrito e foi um dos responsáveis pela minha vinda para Brasília.

**Revista:** E como foi a transferência de processos do TFR e de outros tribunais para cá?

**Alberto Vieira da Silva:** Os processos que vieram para cá eram somente aqueles em grau de recurso dentro da nossa própria Região e os que se encontravam no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, representados esses processos pelos recursos especiais e pelos recursos extraordinários.

**Revista:** Era uma carga muito grande de processos?

**Alberto Vieira da Silva:** Esses processos entraram aqui, no nosso Tribunal, em caminhões vindos do Supremo e do extinto Tribunal Federal de Recursos. Afora esses, vinham de todas as Seções Judiciárias da Primeira Região. Então, os nossos juízes foram muito exigidos, uma

carga de trabalho muito grande; mas cumprimos, graças a Deus, a missão.

**Revista:** Finalizando, gostaria de perguntar a respeito da criação do Pro-Social, que aconteceu logo no início, para atender às necessidades de saúde dos magistrados e servidores. O senhor tem lembrança de como foi isso?

**Alberto Vieira da Silva:** O Pro-Social surgiu exatamente da idéia de criarmos uma previdência social independente para o Poder Judiciário brasileiro, e a semente dessa instituição era exatamente o Pro-Social. Levamos a idéia às esferas do Poder Judiciário superior, no entanto a nossa palavra — não me compete explicar por que razão — não encontrou eco. E seria uma previdência social desvinculada da previdência social que aí está, independente, nascida sem os percalços, sem os defeitos, sem as complicações, sem as dificuldades nos atrasos da previdência brasileira.

# TRF 1ª Região – 18 anos bem vividos

Felipe Jacinto\*

Por Martha Hormann

No mês em que o Tribunal comemora 18 anos, a *Revista* traz a seus leitores um pouco da história da Corte. Para falar do tema, Dr. Felipe dos Santos Jacinto, Diretor-Geral da Casa e participante ativo no processo de implantação e de vida do Tribunal. Aqui, ele fala das dificuldades que foram enfrentadas para a instalação da Corte, conta por que o TRF foi chamado o “Tribunal da boa vontade” e rememora fatos ocorridos nas últimas duas décadas.



**Revista:** O TRF 1ª Região foi instalado em 30 de março de 1989, menos de seis meses após sua criação pela Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988. Como foi possível realizar uma tarefa tão grandiosa em tão pouco tempo?

**Felipe Jacinto:** Os problemas foram vários; as dificuldades, sem precedentes. Não havia recursos suficientes para se instalarem os tribunais imediatamente dentro das características que se pretendia. Todos os cinco tribunais tinham poucos recursos, e nós ainda tivemos a sorte de ficar no edifício Áurea, que foi cedido por um ministério extinto. Ficamos ali e conseguimos móveis, mesas, cadeiras que não eram mais

utilizados pelo Tribunal Federal de Recursos, que também havia sido extinto, e no STJ, tribunal criado também pela Constituição de 1988. As dificuldades foram muito grandes: não tínhamos funcionários, não tínhamos recursos; foi um trabalho muito grande. Houve uma participação decisiva por parte dos servidores e dos próprios magistrados. Todos trabalhavam com um só objetivo. Daí o nosso primeiro Presidente, Alberto José Tavares Vieira da Silva, nos ter chamado de “Tribunal da boa vontade.” Havia aquele interesse das pessoas, todos com um objetivo comum, como não se vê mais. Aquela história de dizer que “vestiu a camisa” existia mesmo; todos uniam esforços, empurravam mesas, faziam o que fosse preciso — diretores, juízes —, e era uma satisfação que tínhamos em ver as coisas melhorando. Assim, o Tribunal foi implantado.

**Revista:** De onde vieram os primeiros servidores, já que não houve concurso logo de início?

**Felipe Jacinto:** Tivemos servidores cedidos por algumas instituições, principalmente pelo STJ. A nossa Secretaria Judiciária, quase toda, foi composta por

servidores do STJ, e os primeiros nomeados foram aproveitados de concursos de outras instituições.

**Revista:** E a questão do mobiliário?

**Felipe Jacinto:** Era cadeira de três pernas, mesa de três pernas. Colocamos, aqui, uma oficina funcionando precariamente, só para arrumar algumas coisas. Fazíamos as reformas necessárias de móveis que não estavam perfeitamente adequados. Íamos ao depósito do STJ e pegávamos uma mesa, encontrávamos o pé dessa mesa em outro lugar e completávamos aquele móvel. Era tudo muito escasso.

**Revista:** O senhor falou sobre prédio cedido, o edifício Áurea, no Setor Bancário Sul. O Tribunal funcionou lá por vários anos, não foi?

**Felipe Jacinto:** Até a vinda para este prédio, que era do Tribunal Federal de Recursos, depois foi do STJ e do STJ passou para nós. Depois disso, com a extinção do Banco Nacional de Crédito Cooperativo, conseguimos o edifício Adriana, que é nosso também. Até fizemos uma porta de passagem do edifício Áurea para o Adriana.

**Revista:** Inicialmente, o Tribunal contava apenas com dezoito magistrados, mas sua competência já abrangia os catorze estados da Federação. O Tribunal já come-

\* Diretor-Geral do TRF 1ª Região.

çou com sobrecarga de trabalho ou, naquele tempo, era viável assim?

**Felipe Jacinto:** Não. Na época, só tínhamos cinquenta e nove juízes, se não me engano, nas nossas seções judiciárias. Havia uma quantidade de processos relativamente grande para uma Corte recém-criada. O TRF tinha dezoito juízes, que hoje são os desembargadores. Mas era suficiente. O crescimento do Tribunal veio depois. À medida que foram sendo nomeados juízes para a primeira instância, o volume de trabalho foi crescendo, e, aqui, passamos a não ter mais condições de julgar essa quantidade de processos. Houve uma evolução muito grande neste Tribunal: o número de desembargadores aumentou de dezoito para vinte e sete, e, hoje, pretende-se ampliá-lo ainda mais.

**Revista:** Logo começou a instalação das varas da Justiça Federal. Como foi esse processo?

**Felipe Jacinto:** Nós instalamos as primeiras varas nos estados novos: Amapá e Roraima. Depois, Tocantins. Mais tarde, instalamos em outras localidades, em outras subseções judiciárias. E vieram novas leis com novos grupos de varas instaladas em Minas Gerais, Bahia, Maranhão, e o Tribunal foi crescendo.

**Revista:** Depois, houve mutirões para fazer face à grande quantidade de processo acumulado no Tribunal, como ocorreu, recentemente, com a formação de turmas suplementares. Como foi essa experiência?

**Felipe Jacinto:** Esses mutirões existem até hoje. À medida que as varas vão ficando sobrecarregadas, sempre surge aquele interesse em redistribuir os processos. O Desembargador Jirair, recentemente, no Maranhão, redistribuiu processos de julgados especiais federais – JEFs para todas as varas e deverá fazer isso em outras localidades, se entender que o resultado é positivo. Esses mutirões existem há bastante tempo, e, no Tribunal, fizemos as turmas suplementares, que nada mais eram do que um mutirão. Trabalharam muito bem. Colocamos sessenta e oito mil processos para essas turmas suplementares, dos mais antigos para os mais novos, e elas tiveram uma atuação excelente. Foram criadas por apenas seis meses e passaram, aqui, uns três ou quatro anos, cumprindo a sua finalidade com excelência. Hoje, estamos com outro sistema de julgamento — a convocação de juízes para auxiliar os nossos desembargadores —, que tem trazido, também, resultados positivos para a instituição.

**Revista:** No início, falou-se até que as turmas suplementares eram inconstitucionais. Como foi essa discussão?

**Felipe Jacinto:** Essa discussão foi até o Supremo, mas nunca foi julgada. As turmas suplementares trabalharam e depois foram extintas, e o processo sobre sua constitucionalidade nunca foi julgado, perdendo o objeto. Mas houve, realmente, questionamento sobre elas. Funcionavam com um desembargador do Tribunal na função de presidente, como hoje está acontecendo no dia-a-dia. Às vezes, temos dois juízes convocados numa turma e um desembargador presidindo. Como nunca foi julgada essa questão da inconstitucionalidade, não se teve uma palavra final a esse respeito. Acredito, contudo, que a decisão não seria nesse sentido.

**Revista:** Desde o começo, o TRF 1ª Região era tido como um dos mais bem aquinhoados no aspecto tecnológico. Hoje, somos pioneiros na implantação do processo virtual. Como o senhor vê essa questão?

**Felipe Jacinto:** O Tribunal sempre se organizou buscando o profissionalismo, treinando os servidores, sendo pioneiro em todos os seus afazeres, em todas as suas diretrizes. Tornamo-nos um tribunal de vanguarda. Aqui, estabelecemos órgãos que buscaram a organização da instituição. Quando há organização na instituição, essas coisas surgem; elas não surgem à toa, mas à medida que buscamos princípios, regras, normas. O Tribunal é todo organizado, institucionalizado, temos metas. Há pouco, a Presidente Assusete implantou um programa de metas que temos de cumprir. Se ficarmos num trabalho de tapa-buraco... Às vezes, um trabalho nessas condições nem é tão percebido quanto um trabalho, como, por exemplo: quebrou uma calçada ali, acerta a calçada; caiu uma cortina, põe a cortina. Esse trabalho é mais observado, é aquele que está realizando coisas quando os problemas surgem, mas o trabalho que é executado sem que as pessoas percebam, porque estamos fazendo a prevenção, impedindo que problemas aconteçam, é menos observado. Vê-se a grandeza da instituição, mas não se vêem as dificuldades. Houve um problema de chuvas, infiltrações, e o Gabinete do Desembargador Diretor da Revista foi invadido pela água, caiu um pedaço do teto, até porque houve um período em que não houve prevenção adequada, dentro dos prazos necessários. Contudo, quando se trabalha com metas, com programas, com projetos, essas coisas não acontecem, e o Tribunal trabalha com projetos. Acho que, ao trabalhar com projetos, o Tribunal

tem condições de se manter, de continuar como um tribunal pioneiro, um tribunal de vanguarda, que busca, realmente, as suas soluções, que é consultado pelos outros tribunais, onde os projetos que se executam são observados pelos outros — não quero dizer, propriamente, copiados, mas são analisados para se instituir aquilo que já deu certo conosco.

**Revista:** Inclusive, nesse sentido, há a questão do Programa de Qualidade de Vida.

**Felipe Jacinto:** Fizemos, aqui, o PGQVT, que é o Programa de Gestão em Qualidade de Vida e Trabalho. No começo, foi confundido por algumas pessoas com uma atitude sindicalista. No comecinho, houve uma tentativa até de transformá-lo, mas, hoje, é uma situação totalmente tranqüila, funciona muito bem, auxilia bastante a administração nas suas diretrizes, no exercício de suas atribuições, e é uma referência para todas as instituições públicas. Na atividade privada, está funcionando em muitos locais, em muitas instituições, mas, aqui, no serviço público, luta-se com muitas dificuldades e com situações diferentes. Mesmo assim, aqui no Tribunal, ele vem com uma atuação excelente, em auxílio, inclusive, às nossas atividades. Temos um relacionamento muito bom com o PGQVT e vemos nele um braço forte no auxílio às nossas batalhas, aos nossos trabalhos.

**Revista:** O senhor gostaria de contar mais alguma coisa referente à instalação do Tribunal, algo histórico, de que o senhor se lembre e que não tenha sido abordado?

**Felipe Jacinto:** Acho que abordamos nossa história, que é o crescimento do Tribunal. O importante é isso. É claro que, durante esse período de dezoito anos, gostaria de ressaltar o interesse de nossos dirigentes, todos eles trabalhando com dedicação, cada um a seu modo, tentando implantar, no Tribunal, alguma coisa, querendo melhorar, querendo distribuir justiça. Cada um plantou sua árvore, semeou, de alguma forma, a esperança, e estamos colhendo os resultados. Acho que isso é o importante para o Tribunal.



- *A latere*

## Ao lado

Entre as locuções latinas de uso comum hoje em dia, essa assume significado jurídico específico na expressão *Juiz a latere*, que indica o magistrado de carreira presente no tribunal e nas cortes criminais ao lado do presidente e dos juízes não togados. *Legado a latere* equivale a “legado pontifício”, designando um alto prelado que representa o papa em cerimônias solenes ou em missões importantes (donde o uso dessa expressão em linguagem comum para todas as pessoas que fazem as vezes de outras). Para o uso clássico de *A latere* (eventualmente com outras especificações) com o significado de “ao lado”, cf. *ThLL* 7/2,1031,11-21.

- *Capitis deminutio*

## Diminuição de capacidade

Trata-se de uma expressão técnica (em que se tem freqüentemente não *deminutio*, mas *minutio*) da linguagem jurídica romana, definida por Gaio (*Digesto*,4,5,1) como um *status permutatio*, ou seja, a perda de um dos três *status* fundamentais do cidadão romano (o *libertatis*, que consistia na liberdade; o *familiae*, na família; e o *civitatis*, nos direitos civis). Originalmente essa locução devia designar a perda de um indivíduo pelo grupo e só depois passou a ser usada para a piora na posição jurídica em relação ao grupo, ou seja, em relação à comunidade civil, com a perda da liberdade (*deminutio maxima*) ou da cidadania (*deminutio media*) ou do *status* familiar (*deminutio minima*). Atualmente *deminutio* é usado para indicar uma mudança para pior, principalmente no aspecto profissional.

- *Ab intestato*

## Sem testamento

Essa expressão ainda é usada em direito para indicar uma sucessão em que o falecido não deixou nenhuma disposição testamentária válida e em que, portanto, se procederá segundo as normas sucessórias legítimas (uma regra do direito comum prescreve: *Legitima hereditas est, quae ab intestato defertur*, “chama-se sucessão legítima aquela que é conferida sem testamento”). Na realidade segundo a definição de Paulo (*Digesto*, 50,16,64) *Intestatus* é quem não fez o testamento ou quem fez mas cuja sucessão não se implementou (porque o herdeiro não entrou na posse, ou por renúncia ou por impedimento, como no caso de morte). Para as documentações clássicas, ver *ThLL* 7/2,4,4-53; para outras, na literatura italiana, Battaglia 1,42.

- *In utroque iure*

## Em ambos os direitos

Essa expressão — assim como a variante *In iure utroque* — é extraída da fórmula com que se conferiam licenças em direitos civil e canônico até o século passado; em italiano atual, ela é usada jocosamente para ridicularizar os doutores em leis (são chamados de *Dottore in utroque*). Goza de certa fama uma referência que lhe foi feita numa poesia de Giuseppe Giusti (*Gingillino*, 1,37), que ridiculariza o advogado novato: *Tibe quoque / è concessa facoltà / di potere in iure utroque / gingillar l'umanità*. Além disso, lembro uma ária ópera *A força do destino* de G. Verdi (2,4): *Son Pereda / Son ricco di onori: baccelliere mi fê Salamanca / sarò presto in utroque dottore*.

(Extraído de *Dicionário de sentenças latinas e gregas* de Renzo Tosi, Martins Fontes Editora Ltda., 2000.)



# Ops! Uma saia justa\*

Dad Squarisi\*\*

A língua arma cada uma! São ciladas sem fim. Na semana passada, pintaram duas. Uma em Nova York. A outra, no Rio. A primeira foi no programa *Manhattan Connection*. Diogo Mainardi disse “tinha pego”. Um telespectador reclamou.

“Deve ser tinha pegado”, ensinou ele. “Tinha pegado?”, duvidou Lucas Mendes. “Tanto faz,” respondeu Caio Blinder. “Tanto faz, não”, protestou Ricardo Amorim. “Foi pego, tinha pegado”. Mainardi, o pai da criança, manteve a boca fechada.

Vejam só. Eles sabem tudo. Professores de Deus, falam de cinema, música, política, economia, turismo, restaurantes. Não faltam julgamentos definitivos. O quarteto esbanja adjetivos e advérbios. Mas (pasmem) caiu na armadilha do verbo. Pode?

## História antiga

Trata-se da velha história dos verbos generosos e sovinas. Os generosos têm mais de uma forma. Têm, por exemplo, dois participios. O regular é comum, igual ao de todos os mortais.

Termina em -ado (matado) e -ido (extinguido). O irregular é magrinho, reduzido (morto, extinto).

Eis casos de abundância: aceitar (aceitado, aceito), entregar (entregado, entregue), expressar (expressado, expresso), expulsar (expulsado, expulso), salvar (salvado, salvo), soltar (saltado, solto), acender (acendido, aceso), benzer (benzido, bento), eleger (elegido, eleito), prender (prendido, preso), romper (rompido, roto), suspender (suspensado, suspenso), concluir (concluído, conclusivo), imprimir (imprimido, impresso), inserir (inserido, inserto), omitir (omitido, omissivo).

## Quando usar um e outro?

Os generosos dão e cobram. Dão variedade de expressão.

Cobram especialização no emprego. Pedem o participio regular com os auxiliares *ter* e *haver* e o irregular com *ser* e *estar*. A polícia tinha (havia) matado o ladrão antes de prendê-lo. O ladrão foi morto antes de ser preso. O ladrão está morto. O governo tinha (havia) expulsado os traficantes estrangeiros. Os traficantes foram expulsos. Alguns já estavam expulsos.

## Vale tudo

Alguns verbos, como as pessoas, são permissivos. Com eles, vale tudo, ou melhor, quase tudo. Talvez por tendência à economia, certos participios irregulares empregam-se também com *ter* e *haver*. É o caso de *aceitar* (ele tinha aceitado ou tinha aceito); *eleger* (eu tinha elegido ou tinha eleito); *salvar* (tinha salvado ou tinha salvo); *matar* (havia matado ou havia morto).

## Vaca fria

E daí? *Tinha pego* ou *tinha pegado*?

\* Texto publicado na coluna Língua Solta do jornal *Correio Braziliense*, de 07/03/2007.

\*\* Jornalista e editora de opinião do jornal *Correio Braziliense*.

Especialíssimos, ganhar, gastar e pagar, no português contemporâneo, praticamente só se usam com os participios irregulares: tinha (*havia*) ganho, foi (*está*) ganho; tinha (*havia*) gasto, foi (*está*) gasto; tinha (*havia*) pago, foi (*estava*) pago.

E pegar? Ele só tinha o participio regular (*pegado*), que tinha vez com qualquer auxiliar (tem pegado, havia pegado, foi pegado, está pegado). Mas o *Aurélio* registrou a forma peço.

E ela pegou. Praticamente desbancou a outra (foi peço, está peço, havia peço, tinha peço). Feia, não? Se quiser, fuja dela. Troque-a por “apanhado”.

## Ops! Outra saia justa

O *Painel FC, da Folha de S. Paulo*, publicou esta nota no dia 2: “Em reunião na quarta, o Co-Rio se deparou com uma dúvida. O certo é escrever Parapanamericano, Para-Pan-Americano ou Para-Panamericano? Não houve consenso”. José Cruz, subeditor de Esportes do Correio, ficou encucado. “E daí?”, perguntou à coluna.

O para vem lá do grego. Quer dizer “ao lado de”, “semelhante a”, “proximidade”. Aparece em palavras como paramédico (profissão que tem relação secundária com a do médico), paramilitar (corporação que se assemelha à do exército ou da polícia, mas não faz parte de nenhuma das duas) e Paraolimpíadas, competição semelhante às Olimpíadas, mas cujos atletas têm algum tipo de deficiência. São cadeirantes, surdos, cegos.

Os Jogos Parapan-Americanos ocorrerão 15 dias depois dos Pan-Americanos. O nome se escreve assim. A razão: *para-* tem alergia ao hífen. Não aceita o tracinho nem em troca de medalhas de ouro.

## Olho vivo

Atenção, atleta. É proibido misturar alhos com bugalhos.

Não confunda *para*, que aparece em Parapan-Americano, com o *pára* de *pára-quedas*. A forma acentuada pertence ao verbo parar. Significa “protege contra”, “apara”. Exige sempre — sempre mesmo — hífen e acento: *pára-brisa*, *pára-choque*, *pára-lama*, *pára-raios*, *pára-sol*.

### Recado

“A gramática precisa apanhar todos os dias para saber quem é que manda.”

Luis Fernando Veríssimo

# A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos

Rosimayre Gonçalves de Carvalho\*

## 1 Introdução

A partir da Reclamação 2.138-6/DF, em curso no Supremo Tribunal Federal, deu-se novo fôlego aos defensores do foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa. Sepultadas as tentativas anteriores, inclusive decorrentes das modificações legislativas, tem sido recorrente a invocação do entendimento sufragado pelo então Ministro Nelson Jobim, relator na citada reclamação, de que os juízes de 1º grau não têm competência para julgar as ações de improbidade administrativa contra agentes políticos.

A discussão desenvolve-se, em linhas gerais, ao redor da tese de que as infrações praticadas pelos agentes políticos classificam-se como infrações político-administrativas e, dessa forma, a apuração e a reprimenda encontrariam assento exclusivo na legislação definidora dos crimes de responsabilidade (Lei 1.079, de 10/04/1950 e DL 201, de 27/02/1967).

Desse lado, posicionaram-se cinco Ministros da colenda Suprema Corte, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e César Peluso, sustentando que, no caso de ministro de Estado, a competência seria do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o crime de responsabilidade respectivo, não havendo lugar para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Em decorrência, têm sido reiterados os requerimentos e recursos dos agentes políticos nas ações em curso, visando a suspender os respectivos processos ou mesmo buscando a declaração de incompetência.

Nesse quadro que se desenha, sirvo-me deste artigo para, posicionando-me ao lado do Ministro Carlos Veloso, apresentar argumentos jurídicos contrários ao raciocínio que se desenvolveu para a conclusão apontada, antecipando que o fundamento para defender o posicionamento combatido foi a inaplicabilidade de algumas das penalidades previstas na Lei 8.429/1992, que estaria a implicar ofensa à razoabilidade e, em razão disso, deveria ser afastada sua aplicação integral.

Em suma, partiu-se da crítica às possíveis consequências para se chegar à conclusão de que a competência *ratione personae* impede o exame das infrações político-administrativas ou, por similaridade, dos atos de improbidade administrativa pelos juízes de 1ª instância quando envolvido agente político. Esse entendimento, com a devida vênia, não se mostra digno de encômios pelas razões doravante expostas.

## 2 Ação pela prática do crime de responsabilidade e ação de improbidade administrativa — diferenças ontológicas

Constitui verdadeiro axioma jurídico a independência das instâncias, de forma que há sanções de caráter penal, político, civil e administrativo. As penalidades, como corolário natural da autonomia das instâncias, não se excluem, podendo o sujeito ativo receber reprimenda em todas as esferas. Essa é a regra sistêmica que tem prevalecido sem questionamentos.

Agora, no entanto, questiona-se essa autonomia tendo em vista o “aparente absurdo” que resultaria do fato de o juiz de 1º grau decretar a perda do cargo dos agentes políticos que gozam de foro privilegiado para os crimes de responsabilidade ou, cautelarmente, determinar o afastamento das funções até mesmo do presidente da República.

Entretantes, essa linha interpretativa não pode resultar no aniquilamento da sistemática reinante, pois, pela previsão abstrata das penalidades, não se pode inferir que toda a norma está contaminada, fazendo prevalecer a exclusão das instâncias.

Como nos ensina Rui Stoco<sup>1</sup>: “a expressão *crimes de responsabilidade* é hoje reconhecida em texto de lei, referindo-se à responsabilidade criminal dos prefeitos, da qual a responsabilidade civil e mesmo a político-administrativa podem vir a ser conseqüência, não obstante *independentes* umas de outras”.

\* Juíza Federal em auxílio no TRF 1ª Região.

<sup>1</sup> Stoco, 2001: 2687.

Doutrinária e legalmente, portanto, a expressão *crimes de responsabilidade* corresponde aos delitos de natureza funcional cometidos por agentes políticos no exercício de suas funções, não sendo essa a hipótese exclusiva dos atos a serem apurados nos moldes da Lei de Improbidade Administrativa.

É de se registrar que, em se tratando de prefeitos municipais, consoante posicionamento do Supremo Tribunal Federal, apenas as condutas previstas no art. 4º do DL 201/1967 têm a natureza de infração político-administrativa, pois o art. 1º desse estatuto tipifica crimes comuns sujeitos a ação penal pública, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores.

No tocante aos parlamentares, nada obstante a descrição constitucional dos crimes de responsabilidade respectivos, não há lei específica prevendo as condutas e penalidades.

De qualquer forma, pode-se afirmar com segurança que, na Magna Carta e na legislação infraconstitucional, há evidente distinção entre a responsabilidade criminal, a político-administrativa e a civil pela prática de ato de improbidade administrativa, inclusive porque, caso admitida a exclusão de umas pela outra, remanesceria a indagação acerca da reparação civil do dano causado ao patrimônio público, haja vista que a condenação, de qualquer forma, estaria a depender do exame da infração político-administrativa pelos juízes de 1º grau ou haveria assunção também da reparação civil pelo Tribunal competente para a apuração do crime de responsabilidade(?).

É certo que não constitui tarefa fácil harmonizar as diversas sanções — de natureza distinta —, quando, pelo mesmo fato, o sujeito ativo for condenado em todas as esferas, mas como leciona Rui Stoco<sup>2</sup>, deve-se preservar a coerência entre as decisões, de modo que não conflitem entre si e que uma não exclua a outra. É essa harmonia que se deve buscar em face da problemática visualizada e indicada na retrocitada Reclamação, não sendo o caso, *data venia*, de decretar a “morte” da ação de improbidade administrativa, que tem sido responsável pelo resgate dos valores éticos tão caros à sociedade.

### 3 A aplicação imediata e irrestrita da conclusão apontada na Reclamação 2.138-6/DF

Não há que se falar em aplicação imediata e irrestrita dos votos já lançados na aludida Reclamação, dando efeito definitivo ao julgamento antes de seu término e da colheita dos votos faltantes, que, inclusive, podem resultar em mudança de posicionamento daqueles que já votaram. E mais, a aplicação da decisão final da Suprema Corte estará claramente vinculada à apreciação individualizada do caso concreto e da situação jurídica do agente político envolvido, de maneira que se evite grave retrocesso, por conferir-se salvo conduto àqueles que exercem mandato parlamentar ou ocupam cargos públicos de primeiro escalão.

Nas Reclamações 4.400/MG, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 06/06/2006, e 4.408/RJ, Relator Cezar Peluso, de 13/06/2006, ficou consignado que a decisão pendente de conclusão na Reclamação 2.138/DF não constitui causa prejudicial ao prosseguimento das ações de improbidade administrativa, haja vista a índole subjetiva do *decisum* referenciado.

A ilustre Ministra Carmem Lúcia, na Reclamação 4.767/CE, igualmente, afastou a possibilidade da reclamação, com argumentos extremamente sólidos e claros, razão pela qual peço vênica para citar parte da decisão:

....A decisão liminar exarada pelo Ministro Nelson Jobim na Reclamação 2.138, que não é, processualmente, integrada pela reclamante, tem efeitos apenas *inter partes*. Nesse sentido, a decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Carlos Britto em reclamação similar à presente: “(...) segundo noticiou o postulante, este Supremo Tribunal Federal ainda não julgou definitivamente a Rcl 2.138, porquanto ainda não foram colhidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Ademais, nada obsta que algum integrante desta Corte Suprema que já tenha votado pela procedência da reclamação reconsidere o seu ponto de vista..... Dito isto, cumpre averbar que a decisão a ser proferida na Rcl 2.138 não possuirá efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional a ser exarado naquele feito apenas terá a finalidade de atar as partes nele envolvidas. E se é assim — vale repisar —, se o reclamante não está figurando em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado apelo extremo,

<sup>2</sup> Stoco, 2001: 2689. (como faço para colocar apud?)

é de se inferir que, no ponto, faltaria ao acionante legitimidade ativa *ad causam*.

Das decisões monocráticas proferidas pelos Excelentíssimos Ministros da Suprema Corte, colhe-se que é unísono o fato de serem os efeitos da decisão final proferida na Reclamação 2.138 apenas *inter partes*, significando que, ainda que não haja reversão do resultado anunciado, a questão será novamente apreciada pela Suprema Corte, com composição modificada. Assim, não se pode afirmar que o entendimento adotado nesse caso em análise será, necessariamente, seguido pelos atuais integrantes daquela Corte Superior.

Ademais, na sessão de 27/03/2007, o Procurador-Geral da República suscitou interessante questão de ordem, que resultou no pedido de vista do Ministro Eros Grau. A questão de ordem torna patente que, a admitir-se a fusão das instâncias, civil e penal, há o desdobramento que se pôs como obstáculo ao julgamento, visto que, em caso de cessação do exercício do mandato, a ação voltará a ser *civil*.

### 3.1 Traços distintivos entre o caso em julgamento e a situação jurídica dos parlamentares e dos prefeitos

Como sobredito, para a hipótese tratada na Reclamação 2.138-6/DF, nos termos do voto do Ministro Relator Nelson Jobim, os ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade, em ação que somente pode ser proposta perante o STF (naquele caso), *ex vi* do art. 102, I, c, da CF:

Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Conforme se extrai do *Boletim Informativo* 291/STF e do voto do Relator Ministro Nelson Jobim, encaminhou-se o julgamento para dar procedência à reclamação, assentando-se a competência do Supremo Tribunal Federal e declarando-se extinto o processo em curso na 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Por outro lado, o Ministro Carlos Velloso divergiu por considerar que, no caso, a competência é do juízo federal de 1º grau, entendendo que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF, art. 85, parágrafo único), mas, *em relação ao que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, e estiver definido como ato de improbidade, devem responder na forma da lei própria, qual seja, a Lei 8.429/1992, aplicável a qualquer agente público*. Concluiu que, na hipótese sob julgamento, as tipificações da Lei 8.429/1992, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/1950.

O voto divergente bem representa a harmonização entre os preceitos constitucionais relativos às consequências pela prática dos atos de improbidade administrativa e pela perda do cargo público decorrente do exercício da delegação popular.

Passo a transcrever partes do brilhante voto de Sua Excelência Ministro Carlos Velloso, que examinou com irretocável cuidado o caso sob julgamento:

A reclamação assenta-se sobre dois fundamentos: a) ministro de Estado, como agente político, não está sujeito à lei de improbidade, mas, tratando-se de acusação da prática de ato contra a probidade administrativa, tem-se, em tal caso, crime de responsabilidade, caso em que a competência para o processo e julgamento, competência originária, seria do Supremo Tribunal Federal, na forma do disposto no art. 102, I, c, da Constituição Federal; b) ademais, competente originariamente para o julgamento da ação de improbidade seria o Supremo Tribunal Federal, consoante o disposto no art. 102, I, b, da mesma Carta.

Abrindo o debate, ressalto, por primeiro, que a Constituição da República tem em alta conta, pelo que erigiu em princípio constitucional, a moralidade administrativa.

Com efeito.

O art. 37, *caput*, da Constituição estabelece que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência...” (grifei).

E não ficou a Constituição apenas aí.

Ao dispor a respeito da ação popular — CF, art. 5º, LXXIII —, estabeleceu que protegerá ela, também, a moralidade administrativa.

É dizer, a Constituição não entendeu suficiente proclamar o princípio da legalidade. Certo que nesta se insere a moralidade administrativa, nem lhe pareceu suficiente a lição da doutrina de que o ato administrativo se compõe de elementos e um deles, da maior relevância, é o da finalidade — o ato administrativo deve ter, sempre, finalidade de interesse público — e que ato administrativo contrário à moralidade é ato que não atende à finalidade de interesse público. Foi além a Constituição. O princípio da moralidade administrativa constitui, com a Constituição de 1988, conceito jurídico autônomo. Com propriedade, leciona o professor Marcelo Figueiredo que “hoje se tem uma idéia do princípio da moralidade como um princípio muito mais lato, de tal maneira que a moralidade já não estaria inserida na legalidade ou, se quiserem de outra maneira, o princípio da moralidade é um princípio autônomo por si só, conjugado no ordenamento jurídico constitucional, ao lado de outros tantos valores que prestigia” (Marcelo Figueiredo, *Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações, em Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, obra coletiva coordenada por Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, Malheiros Ed., 2001, p. 285).

Leciona Carmem Lúcia Antunes Rocha que “o fortalecimento da moralidade administrativa como princípio jurídico deu-se, pois, com a aceitação da idéia de que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina. A Administração Pública tem, pois, que tomar a si a responsabilidade de realizar os fins da sociedade segundo padrões normativos de justiça e de justeza, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade” (Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, Del Rey Ed., Belo Horizonte, 1994, p. 191).

O princípio da moralidade administrativa e a probidade administrativa se relacionam. Aquele, o princípio da moralidade administrativa, constitui o gênero, do qual a probidade administrativa é espécie. “Então”, escreve Marcelo Figueiredo, “a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles

que violam a moralidade administrativa” (Marcelo Figueiredo, ob. e loc. cit.).

A Lei 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade, que tem sua gênese na Constituição Federal, art. 37, § 4º, é, portanto, instrumento de realização do princípio maior, o da moralidade administrativa.

Dispõe o § 4º do art. 37 da Constituição da República:

Art. 37 [...]

§ 4º 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 prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No que toca à cassação de direitos políticos, ainda dispõe a Constituição, no art. 15, que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...)

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

Diante do quadro orgânico constitucional da moralidade administrativa e de sua consectária, a improbidade administrativa, que, para Marcelo Figueiredo, seria a ‘imoralidade administrativa qualificada’, é de se reconhecer a notável relevância que lhes é conferida, ao princípio e à sua consectária, pela Constituição da República.

A lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis ao administrador ímprobo é, portanto, instrumento de realização do princípio da moralidade administrativa. Assim, a interpretação desta, que tem por finalidade, vale repetir, realizar o princípio constitucional, há de ser a mais larga, a fim de se conferir a máxima eficácia a este.

Vamos ao caso sob exame.

O eminente Ministro Relator entende que atos tidos como de improbidade, relativamente aos agentes políticos, constituem crime de responsabilidade.

Dispõe a Constituição Federal, art. 85, inciso V e seu parágrafo único:

Art. 85 São crimes de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

V – a probidade na administração;

[...]

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Da leitura dos dispositivos constitucionais mencionados ressaem as seguintes conclusões: a) os atos do presidente da República que atentem contra a probidade na Administração são crimes de responsabilidade; b) esses crimes, entretanto, serão definidos em lei especial.

A Lei 1.079, de 10/04/1950, é a lei especial que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

A Lei 1.079, de 1950, no art. 9º, em sete incisos, define os crimes contra a probidade na Administração, crimes de responsabilidade:

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na Administração:

[...]

O Título II da Lei 1.079, art. 13, cuida dos crimes de responsabilidade dos Ministros de Estados:

[...]

É dizer, no que concerne à probidade, os crimes de responsabilidade do presidente da República aplicam-se aos ministros de Estado, além dos que lhes são específicos (incisos 2, 3, 4).

Na Parte Terceira, Título I, Capítulo I, cuida a Lei 1.079/1950, no art. 39, dos crimes de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal:

No art. 40, define a Lei 1.079/1950 os crimes de responsabilidade do procurador-geral da República:

No que concerne ao governador do Distrito Federal, aos governadores dos Territórios e a seus respectivos secretários, a lei especial é a Lei 7.106, de 28/06/1983. O art. 1º dispõe que “são crimes de responsabilidade do governador do Distrito Federal ou de seus secretários, quando por eles praticados, os definidos na Lei 1.079, de 10/04/1950, ou ainda quando simplesmente tentados”.

Os governadores e secretários dos Estados-membros estão postos na Lei 1.079/1950, Parte Quarta, Título Único, Capítulo I, arts. 74 e 79.

O Decreto-Lei 201, de 27/02/1967, dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores. O art. 1º define os crimes comuns. O art. 4º define os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, denominados de infrações político-administrativas, sujeitas tais infrações ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. O art. 7º estabelece os casos em que a Câmara Municipal poderá cassar o mandato de vereador.

Verifica-se, de pronto, que, quanto aos parlamentares, não há falar em crime de responsabilidade.

Em suma: os crimes de responsabilidade do presidente da República, dos ministros de Estado, dos ministros do Supremo Tribunal Federal, dos governadores e secretários de Estado-membro e dos governadores do Distrito Federal e dos Territórios e seus respectivos secretários estão tipificados, por força do mandamento constitucional, CF, parágrafo único do art. 85, na Lei 1.079/1950, e na Lei 7.106/1983. Os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, no Decreto-Lei 201/1967, art. 4º, ali denominados de infrações político-administrativas.

No que concerne aos prefeitos municipais, esclareça-se que o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência iterativa no sentido de que os crimes de responsabilidade dos prefeitos são os tipificados no art. 4º do DL 201/1967, sujeitos ao julgamento pela Câmara Municipal. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, no julgamento do HC 70.671/PI, de minha relatoria, portando o acórdão a seguinte ementa:

*Penal. Processual Penal. Prefeito: Crime e responsabilidade. DL 201, de 1967, Art. 1º: Crimes comuns.*

I – Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do DL 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do CPP, com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o DL 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pelo Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do Direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade.

II – A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do DL 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

III – Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV – HC indeferido.” (DJ de 19/05/1995)

No mesmo sentido: HC 69.850/RS, Ministro Francisco Rezek.

Posta assim a questão, é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas esti-

ver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público, certo que “reputa-se como agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (Lei 8.429/1992, art. 2º).”

[...]

A aplicação da Lei de Improbidade, Lei 8.429/1992, a esses agentes públicos faz-se, em certos casos, sob restrições. Por exemplo, ao presidente da República não podem ser aplicadas as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, tendo em vista o disposto no art. 86 da CF. Quanto aos deputados e senadores, não há falar em perda do mandato (CF, art. 55). O mesmo deve ser dito relativamente aos deputados estaduais (CF, art. 27, § 1º).

Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a Administração Pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe. No excelente livro de Patrick Wilcken — *Império à Deriva* — A Corte Portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821, Objetiva, tradução de Vera Ribeiro, p. 121 — está consignado:

“A corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio. [...] Enquanto a vida era uma luta para muitos dos cortesãos mais periféricos, os ministros do governo logo passaram a ter um padrão de vida muito acima dos recursos que poderiam ter ganho legitimamente. [...] Por trás das bengalas, mantos e perucas, e por trás das cerimônias formais e dos éditos proferidos em linguagem refinada, o roubo em nome da Coroa disseminou-se à larga.”

A matéria foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça na Rcl 580/GO (STJ, Plenário, 09/10/2001). No voto que proferiu no citado julgamento, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira asseverou:

[...]

A Constituição de 1988 inovou sobremaneira ao prever instrumentos de controle, pela sociedade, sobre seus administradores e sobre a gestão da coisa pública. Ao conferir ao Ministério Público e legitimidade para as ações civis, atribuindo-lhe institucionalmente a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, elevou ao *status* constitucional a norma já inserida na Lei 7.347/1985, como

instrumentos de garantia do Estado democrático de direito.

Nesse contexto mais amplo — que ultrapassa a estrita previsão normativa —, a proteção do consumidor, a tutela do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a disciplina da Administração Pública e seus serviços passaram a assegurar, desde 1988, maior efetividade à Constituição.

Por esse prisma, as diligências investigatórias estariam a exigir a proximidade dos fatos, seja para identificar possíveis irregularidades, seja para promover as medidas necessárias para saná-las e coibi-las. Assim é que, em relação à competência desta Corte, não ensejaria prejuízo as autoridades serem processadas aqui, originariamente.

Todavia, os fundamentos para concentrar o julgamento das ações de improbidade nos foros especiais por prerrogativa de função acabariam por desencadear, por exemplo, a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para processar e julgar os prefeitos como incursos nas condutas descritas na Lei 8.429/1992.

[...]

Em resumo, retirar do juiz de primeiro grau e do promotor de Justiça a competência investigatória dos atos de improbidade, ainda que apenas das autoridades com prerrogativa de foro, poderia implicar a mitigação da ação civil, do inquérito civil, além das outras diligências previstas na própria Lei 8.429/1992.

[...].

Assim posta a questão, verifica-se que as tipificações constantes da Lei 8.429/1992, invocadas na ação civil pública supracitada, não se enquadram como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/1950, a menos que se empreste interpretação extensiva ao crime de responsabilidade do presidente da República inscrito no inciso 7 do art. 9º: proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo. A interpretação extensiva, entretanto, não seria possível, por isso que, tratando-se de crime, seja crime comum, ou crime de responsabilidade, observa-se a tipificação cerrada, sem possibilidade de interpretação extensiva ou analógica.

No que concerne à pena de perda de cargo e a suspensão dos direitos políticos — Lei 8.429/1992, art. 12, incisos I, II e III —, reporto-me ao que foi dito linhas atrás, relativamente ao presidente da República, senadores, deputados federais e estaduais. E no que concerne aos demais agentes políticos, estou em que a interpretação sistemática da Constituição, arts. 15, 51, I, 86 e 87, e bem assim do disposto nos arts. 47, I, e 92, I, do Código Penal não au-

toriza a sua aplicação senão em sentença transitada em julgado, tal como, aliás, está disposto no art. 20, *caput*, da Lei 8.429/1992. É dizer, não tem aplicação relativamente aos agentes políticos o disposto no parágrafo único do citado art. 20.

Essa questão, entretanto, não se comporta nos limites da reclamação e está sendo posta, aqui, como *obter dictum*.

Do exposto, julgo improcedente a presente reclamação.

A argumentação expendida pelo Ministro Carlos Velloso fornece os elementos jurídicos necessários à compreensão da conclusão que apresento no presente trabalho.

*Primeiro, extrai-se que a almejada classificação do ato imputado como sendo exclusivamente crime de responsabilidade não aproveita aos parlamentares, pois não há conduta típica correspondente na lei especial.*

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que no julgamento da ADI 2860 era questionada a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, art. 1º (art. 84, §2º, do CPP), por ampliar a competência por prerrogativa de função à ação de improbidade administrativa, ficou *definido taxativamente pela Suprema Corte* que: "...ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF *jamaiz* entendeu ser *competente* para o conhecimento de ações *civis*, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria". Nesse julgamento, os votos divergentes dos Ministros Eros Graus, Ellen Gracie e Gilmar Mendes confirmaram o raciocínio do Ministro Carlos Velloso no sentido de que, ainda que se admita a exclusão dos agentes políticos da ação de improbidade administrativa regulada pela Lei 8.429/1992, "*o agente político somente não responderá pela ação de improbidade se sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato*"<sup>3</sup>.

A Lei 1.079/1950 não traça os crimes de responsabilidade dos parlamentares, estabelecendo apenas os crimes de responsabilidade do presidente da República, dos ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal e do procurador-geral da República.

*Em assim sendo, considerando que inexistente lei definindo crimes de responsabilidade atribuíveis aos parlamentares, bem assim que a reclamação em análise pelo*

*STF versa sobre ato ímprobo imputado a ministro de Estado, tem-se que estamos a analisar situação distinta.*

De imediato, antevê-se que a exclusão dos agentes políticos da ação de improbidade, admitida a título de argumentação, vai de encontro aos fundamentos iniciais da Decisão da Suprema Corte, pois afasta a independência das instâncias, como doravante passarei a detalhar. Assim sendo, registrei o precedente apenas para demonstrar que, na Reclamação 2.138-6/DF, o novo posicionamento acenado confronta com a reiterada jurisprudência do próprio Pretório Excelso.

Em se tratando de prefeitos municipais, respeitada a sistemática do DL 201/1967, diversamente da Lei 1.079/1950, deve-se observar que os crimes de responsabilidade tipificados em seu art. 1º são, em verdade, crimes comuns de ação penal pública, com pena de reclusão e detenção, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores, sendo que, somente aqueles previstos no art. 4º, são considerados pelo Supremo Tribunal Federal como infrações político-administrativas sujeitas a julgamento pela Edilidade e sancionadas com a cassação do mandato. Assim, somente essas últimas são genuinamente crimes de responsabilidade.<sup>4</sup>

### **3.2 Da aplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos com restrições**

Como já registrado na introdução deste trabalho, o fato de o juiz de 1ª instância não ser detentor de competência para aplicar aos agentes políticos todas as sanções previstas na Lei 8.429/1992 não é obstáculo intransponível ou argumento bastante para transferir a competência às Cortes Superiores, em interpretação analógica com os crimes de responsabilidade.

Não é possível, tomando-se premissa inconsistente, chegar à conclusão de que o juiz de 1º grau estaria autorizado a afastar o presidente da República ou ministros do exercício do cargo, eis que se cuida de consequência inaplicável nas ações de improbidade administrativa, porque aos agentes políticos há regramento específico na Constituição Federal quanto à perda do cargo.

<sup>3</sup> Boletim Informativo do STF, 401.

<sup>4</sup> STF-HC 70.671-1-relator Carlos Velloso. DJU 19/05/1995, p. 13.993, *apud* obra citada.

Nesse particular, o egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes 96.01.06440-0/DF (AC 95.01.11616-6/DF), relator para o acórdão Desembargador Federal Olindo Menezes, depois de aprofundado debate sobre a competência da Justiça Federal de 1º grau para apreciar ato de improbidade administrativa atribuído a autoridade com prerrogativa de foro e detentor de vitaliciedade, concluiu que:

...a ação indenizatória por ato de improbidade, nos termos da Lei 8.429/1992, envolvendo alegados danos ao patrimônio da União (litisconsorte necessária), deve ser processada e julgada na Justiça Federal, ainda que no pólo passivo figure membro do Tribunal de Contas da União.

Embora o membro daquela Corte tenha as prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º – CF), e foro criminal privativo perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, c – idem), isso não impede que respondam a ações cíveis em primeira instância.

Contendo a inicial, entre os seus pedidos, alguns que não se insiram na competência do juiz federal (perda de cargo e suspensão de direitos políticos de membro do TCU), pode o magistrado deles não conhecer e processar os demais, desde que autônomos, levando o processo ao seu termo natural, pois a sentença pode, ao acolher o pedido, dar menos do que almejava a parte.

Destaco, ainda, parte do irretocável voto do eminente Relator Desembargador Federal Olindo Menezes:

... No que se relaciona com o procedimento escolhido, ele não resulta inservível pelo fato de figurarem no pólo passivo dois ministros do TCU. Embora essas autoridades tenham as mesmas prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º – CF) e privilégio de foro quando processados criminalmente (art. 102, I, c, idem), isso não afasta a admissibilidade de outras ações, na primeira instância, quando a causa de pedir estiver baseada em fatos que não tipifiquem crime comum ou de responsabilidade, como no caso de acusação de improbidade administrativa.

O pedido de perda da função pública, formulado na inicial, não é pressuposto dos demais, igualmente formulados, cinco deles de natureza econômica. Poderia o juiz dele não conhecer por sua incompetência e processar os demais, que são autônomos, levando a ação ao seu termo natural... [grifei]

O Desembargador Federal Mário César Ribeiro, em brilhante voto-vista, após criterioso detalhamento da questão, registrou que:

...Inicialmente, de modo a situar a minha compreensão sobre o tema, assinalo que o moderno Direito Público tem se preocupado em atender às exigências da sociedade consistentes na criação de fórmulas jurídicas que permitam o controle judicial da moralidade administrativa...

Exsurge, portanto, em face dos dispositivos em tela, que a prática de ato de improbidade por qualquer agente público, servidor ou não, inclusive os *agentes políticos em geral*, os contratados por tempo indeterminado ou temporário, e os celetistas, ou seja, qualquer que seja o liame do agente com a Administração Pública direta dos Três Poderes e com a Administração indireta ou fundacional, sujeita-o aos ditames daquele diploma legal.

[...]

A propósito, discorrendo sobre o tema escreve Juarez Freitas:

No tocante à competência [...] tirante as previsões constitucionais expressas, não haverá prerrogativa de função, é dizer, a ação civil de improbidade deverá seguir, com peculiaridades, o rito ordinário, similar àquele da ação popular, devendo ser intentada em primeiro grau (*in Ciência Jurídica* n. 67, p. 26-1996).

Por oportuno, reitero que, como mencionado linhas atrás na citação do voto do Ministro Carlos Veloso, quanto à pena de perda de cargo e a suspensão dos direitos políticos — Lei 8.429/1992, art. 12, incisos I, II e III —, relativamente aos agentes políticos, comungo do entendimento de que a interpretação sistemática da Constituição, arts. 15, 51, I, 86 e 87, bem assim do disposto nos arts. 47, I, e 92, I, do Código Penal não autoriza a aplicação dessas penalidades senão em sentença transitada em julgado, nos termos do disposto no art. 20, caput, da Lei 8.429/1992. É dizer, não tem aplicação relativamente aos agentes políticos o disposto no parágrafo único do citado art. 20. Outrossim, a perda do cargo deve sujeitar-se ao rito especial traçado na Magna Carta, limitando-se ao julgamento político (arts. 86, 55 e 27, § 1º, da CF), porquanto a aplicação da Lei de Improbidade, Lei 8.429/1992, a esses agentes públicos faz-se, em certos casos, sob restrições.

## 4 Da independência histórica das instâncias

Em outro giro, invoca-se a consagrada regra sistêmica de que do mesmo fato podem decorrer apuração e responsabilização civil, criminal e administrativa, em face da independência das instâncias. Logo, mesmo que se classifique como “delito político-administrativo”, não há que se fundir as instâncias, eliminando a responsabilização civil e conferindo vertente unicamente criminal.

Da simples leitura do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, pode-se verificar que há clara distinção entre as sanções de índole civil e político-administrativa, de um lado, e aquelas de natureza criminal, de outro, como, com a reconhecida maestria, professa Alexandre de Moraes<sup>5</sup>: A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Portanto, a independência das instâncias é a regra, estando a ação de improbidade administrativa, de amplo espectro de atuação jurídico-processual, destinada a preservar a integridade do princípio da *moralidade administrativa*, nos termos do art. 5º, LXXIII, da CF/1988, bem como à intangibilidade do patrimônio público.

Dessa forma, reitera-se, em caso de envolvimento de agentes políticos, deve-se observar a limitação quanto às penalidades, haja vista as regras constitucionais específicas para a perda do cargo, bem assim a inaplicabilidade do art. 20, *caput*, da Lei 8.429/1992. Não sendo essas inaplicáveis conseqüências razão bastante para jungir a adequação exclusiva ao crime de responsabilidade.

## 5 Derrogação de princípios constitucionais

Para arremate da questão, em homenagem devida aos princípios da igualdade, juiz natural e do sistema federativo, que somente admitem, na expressão do Ministro Celso de Mello, derrogação extraordinária e

expressamente prevista no texto constitucional ou por delegação direta; assim como com o escopo de salvar o valor maior, fortalecido pela Constituição Federal em vigor, consistente na observância intransigente da *moralidade*, não é possível acolher essa tese imunizante, visto que *os agentes políticos ficariam isentos das penalidades aplicáveis aos demais cidadãos, passando a constituir categoria privilegiadíssima e excluída da área de abrangência dos citados princípios constitucionais*.

Em resumo, parafraseando novamente o Ministro Celso de Mello, *todos os cidadãos devem ser julgados por seus atos havidos por ímprobos e, de regra, pelo juiz natural de todos eles com ampla responsabilização civil, criminal e, se o caso, por crime de responsabilidade*.

## 6 Da conclusão

Destarte, não havendo previsão constitucional expressa no caso do foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa, não há que se ampliar a excepcionalidade para unificar as jurisdições civis e criminais, sob o argumento de que constitui *crime* de responsabilidade, apenas. De qualquer forma, repita-se, ainda que o Supremo Tribunal Federal conclua o julgamento no sentido do enquadramento como infração político-administrativa, portanto crime de responsabilidade exclusivamente, deve-se analisar caso a caso a identidade entre os fatos, os atos e as partes.

Permito-me, ainda, com a devida vênua, fazer digressão permissiva sobre a ordem (ou desordem) reinante na atualidade, pois a temática sob exame reclama profunda reflexão sobre as constantes e reiteradas tentativas dos agentes políticos — até porque dotados do poder normativo — de concentrar no Supremo Tribunal Federal o julgamento de todas as ações, ainda que de natureza civil. A Suprema Corte, em homenagem aos princípios da reserva constitucional (somente a Constituição pode traçar regras de competência, que tem regime de direito estrito), do sistema federativo, da igualdade e do juiz natural, tem afastado, reiterada e firmemente, esse propósito.

Agora, lamentavelmente, acena-se com a possibilidade de mudança histórica e com gravíssimas conseqüências, sobretudo atingindo mortalmente a credibilidade na Justiça.

<sup>5</sup> MORAIS, 2003: 2.648

Peço vênia para concluir citando as precisas e consistentes razões levantadas pelo Ministro Celso de Mello, na decisão proferida por ocasião da análise inaugural da Petição 3270/SC<sup>6</sup>:

... A evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, analisada na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, demonstra que as sucessivas Constituições de nosso País, notadamente a partir de 1891, têm se distanciado, no plano institucional, de um modelo verdadeiramente republicano. Na realidade, as Constituições republicanas do Brasil não têm sido capazes de refletir, em plenitude, as premissas que dão consistência doutrinária, que imprimem significação ética e que conferem substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, fundados em ideias e em práticas de poder que exaltam, sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador, privilégios de ordem pessoal ou de caráter funcional, culminando por afetar a integridade de um valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. Daí a afirmação incontestável de João Barbalho (Constituição Federal Brasileira, p. 303-304, edição fac-similar, 1992, Brasília), que associa, à autoridade de seus comentários, a experiência de membro da primeira Assembléia Constituinte da República, de Senador da República e de Ministro do Supremo Tribunal Federal: “Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patricios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito [...]” [grifei] Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Nada deve justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinados privilégios, ainda que de índole funcional, a certos agentes públicos, especialmente quando a lei é editada com propósitos casuísticos e estranhos aos fins autorizados pelo princípio republicano. Cabe reconhecer, no entanto, que a prerrogativa de foro acha-se instituída em nosso sistema constitucional. As atribuições constitucionais dos Tribunais, contudo, devem merecer interpretação que impeça a expansão indevida da competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, resultante de atividade legislativa ordinária (como sucedeu com a edição da Lei 10.628/2002), para que não se privilegiem, de um lado, aqueles que detêm (ou, até mesmo, já não

mais detêm), nas mais elevadas instâncias do aparelho de Estado, as prerrogativas de poder e para que se não iniba, de outro, a aplicação ordinária do postulado do juiz natural. É preciso enfatizar, neste ponto, que a vigente Constituição do Brasil — ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro — incidiu em verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática.

Essa paradoxal visão aristocrática e seletiva de poder, no entanto, não podia justificar a censurável distorção em que incidiu o Congresso Nacional, no exercício de atividade meramente ordinária, quando editou norma de caráter legal que se pautou, unicamente, em sua formulação, pela perspectiva do Príncipe (*ex parte principis*) e que se afastou, por isso mesmo, do postulado republicano da igualdade.

Ninguém ignora que a Carta Política do Império do Brasil, de 1824, consagrou apenas cinco (5) hipóteses de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal de Justiça, que era o órgão de cúpula do Poder Judiciário do regime monárquico (art. 164, II). A Constituição promulgada em 1988, no entanto, não foi capaz de igual parcimônia, ao ampliar, para quase 20 (vinte), as hipóteses de privilégio de foro, além de conferir autorização aos Estados-membros para incluir, nas Cartas estaduais, outras novas hipóteses de prerrogativa de foro perante os respectivos Tribunais de Justiça, com ressalva, apenas, para os casos de competência do Juri. É certo que a prerrogativa de foro, tal como prevista na Constituição da República, acha-se estabelecida *ratione muneris*, destinada a compor o estatuto jurídico de determinados agentes públicos, enquanto ostentarem essa particular condição funcional, porque vocacionada, sempre nas hipóteses definidas em sede constitucional, a proteger aquele que está a exercer ou a titularizar determinada condição funcional.

Não se cuida — e esta Corte já se manifestou nesse sentido — de um privilégio de caráter pessoal, mas, sim, de uma prerrogativa de ordem estritamente funcional, que, prevista em sede constitucional, destina-se a proteger — enquanto derrogação extraordinária dos postulados da igualdade e do juiz natural — aquele que se acha no desempenho de determinado ofício público. Na verdade, o que deve induzir o reconhecimento da competência originária do Supremo Tribunal Federal (e das demais Cortes judiciárias) deve ser, unicamente, a atualidade do exercício do mandato ou da titularidade de determinadas funções públicas cujo desempenho justifique a prerrogativa de foro... Por isso mesmo, e considerando que o princípio republicano já se encontra por demais mitigado

<sup>6</sup> *Boletim Informativo* 401 – Decisão de 18/11/2004. Ministro Celso de Mello

no atual texto constitucional, entendo que não deva ele sofrer, uma vez mais, nova derrogação, notadamente por via legislativa meramente ordinária (Lei 10.628/2002), destinada a conferir, a ex-ocupantes de cargos públicos ou de mandatos eletivos, o foro por prerrogativa de função, que traduz, em minha opinião — não obstante sua larga utilização pela Carta da República — situação excepcional que só deve ser permitida nas hipóteses estritamente autorizadas pela própria Constituição Federal.

Revelam-se particularmente expressivas, sob a perspectiva que venho de referir, as observações que o eminente Ministro Carlos Velloso fez quando se manifestou pelo cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/946-947):

“O foro por prerrogativa de função constitui, na verdade, um privilégio, que não se coaduna com os princípios republicanos e democráticos. O princípio da igualdade é inerente à República e ao regime democrático. Não é à toa, aliás, que o princípio isonômico é acentuado, mais de uma vez, na Constituição: assim, por exemplo, art. 5º, *caput*, art. 5º, I, art. 150, II, art. 151, II, art. 7º, XXX, XXXI, XXII, XXXIV, art. 3º, III, art. 43, art. 170, VII. O foro por prerrogativa de função é tributo que pagamos pelo fato de termos sido Império. Os norte-americanos, que sempre foram República, não conhecem esse tipo de foro. O fato de o art. III, Seção 2, da Constituição de Filadélfia, estabelecer que, nas questões relativas a embaixadores e membros das representações estrangeiras, a Suprema Corte exercerá jurisdição privativa, não infirma a tese, tendo em vista o caráter especial dos exercentes de tais funções. Os cidadãos devem ser julgados pelo juiz natural de todos eles. Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função, devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação, certo que a Súmula 394 amplia, consideravelmente, esse foro, quando não mais existente a sua razão, segundo os que o imaginaram, porque já não ocorrente o exercício do cargo, função ou mandato, pelo simples fato de que esse exercício já fora extinto. Registre-se, aliás, que essa interpretação ampliativa, constante da Súmula 394, foi realizada, bem salientou o Sr. Ministro Relator, quando eram raros os casos de competência do Supremo Tribunal por prerrogativa de função. Na época, os parlamentares, que constituem, hoje, extensa clientela do Supremo Tribunal, eram julgados pelo juiz natural dos cidadãos, o juiz criminal de 1º grau. Convém anotar que, desde a primeira Constituição Republicana, a de 1891, até a Emenda Constitucional 1, de 1969, promulgada esta última pela Junta Militar, os deputados e senadores eram julgados pelo juiz criminal de 1º grau. É dizer, o privilégio

de foro concedido aos deputados e senadores o foi pela Emenda Constitucional 1, de 1969.” [grifei]. Nem se diga, finalmente, que as sanções imponíveis em sede de ação civil por improbidade administrativa revestem-se de natureza penal, em ordem a justificar, com tal qualificação, o reconhecimento, na espécie, da legitimidade constitucional do diploma legislativo em referência (Lei 10.628/2002). *Não se questiona que os atos de improbidade administrativa podem induzir a responsabilidade penal de seu autor, assumindo, na diversidade dos tipos penais existentes, múltiplas formas de conduta delituosa. Ocorre, no entanto, que os atos de improbidade administrativa também se mostram impregnados de qualificação jurídica diversa daquela de caráter penal, aptos, por isso mesmo, a viabilizar, no contexto da pertinente ação civil pública, a imposição das sanções previstas, expressamente, no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “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.]

Vê-se, da simples leitura do preceito constitucional em questão, que este distingue, de maneira muito clara, entre as sanções de índole civil e político-administrativa, de um lado, e aquelas de natureza criminal, de outro. Daí a correta advertência formulada por Alexandre de Moraes (Constituição do Brasil Interpretada, p. 2.648, 2ª ed., 2003, Atlas): “A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula ‘sem prejuízo da ação penal cabível’.

Portanto, o agente público, por exemplo, que, utilizando-se de seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público responderá, nos termos do art. 9º da Lei 8.429/1992, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a Administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial. [Grifei.]

Diante dos argumentos acima expostos, não tenho dúvida em concluir pela competência dos juízes de 1ª instância para processar e julgar os processos contra agentes políticos pelo rito da Lei 8.429/1992. Deve-se observar, apenas, que as penalidades previstas na lei citada cedem espaço às exigências constitucionais para a perda do mandato ou mesmo afastamento temporário do cargo. As anomalias e destemperanças relatadas pe-

los Ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes não são suficientes para justificar a medida que se propõe.

## Referências bibliográficas

---

STOCO, Rui. *Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial*, coordenação Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7. ed. Ver., atual. e ampl., 2. tir.,

STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 7. ed., *apud* ob. cit. p. 2689.

MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, 2. ed., 2003, *Atlas*.

# O Poder Judiciário e os direitos individuais (Duas poderosas forças antimajoritárias)

Paulo Fernando Silveira\*

## 1 Introdução

Maioria e minoria são modos de se caracterizar, na política, a forma de governo, isto é, o modo pelo qual a sociedade institui e organiza o poder político e disciplina a relação entre governantes e governados. Há o governo de uma só pessoa, como nas ditaduras ou nas monarquias. Há o de alguns, como nas aristocracias (governo dos mais sábios e competentes) e nas oligarquias (governo dos mais ricos); e há o governo de muitos, ou seja, do povo, que elege seus representantes para o exercício do poder, em rodízio, a prazo certo. Esta é a característica fundamental da república.

Para *Niccolo Machiavelli* só existem duas formas de governo: república (democrática ou ditatorial) ou monarquia (hereditária ou não). Essa distinção foi feita por ele, com rara lucidez, na primeira oração de seu famoso livro “O Príncipe”, quando afirmou concisa e lapidarmente que: “Todos os Estados e Governos pelos quais os homens são ou têm sido sempre governados, tem sido e são ou Repúblicas ou Principados.” (*All the States and Governments by which men are or ever have been ruled, have been and are either Republics or Princesdom.*)<sup>1</sup>

Aristóteles anteriormente já definia a democracia como sendo o governo da maioria numérica, que é suprema. Esclareceu o estagirita que, “das formas de democracia, primeiro vem a que é dita ser baseada estritamente na igualdade. Em tal democracia, a lei diz que é justo para o pobre não ter mais vantagens do que o rico, nem deve ser senhor, mas ambos iguais. Portanto, se a liberdade e igualdade, como pensam alguns, devem ser encontradas na democracia, elas melhor serão alcançadas quando todas as pessoas compartilharem o governo ao máximo. E, desde que o povo é a maioria, e a opinião da maioria é decisiva, tal governo necessa-

riamente deve ser uma democracia”. (*Of forms of democracy first comes that which is said to be based strictly on equality. In such a democracy the law says that it is just for the poor to have no more advantages than the rich; and that neither should be master, but both equal. For if liberty and equality, as it thought by some, are chiefly to be found in democracy, they will be best attained when all persons alike share in the government to the utmost. And since the people are the majority, and the opinion of the majority is decisive, such a government must necessarily be a democracy.*)<sup>2</sup>

Ainda, de acordo com o grande filósofo grego, a liberdade é o primeiro princípio da democracia, eis que, nela, cada um vive como quer. Subentende-se latente, na sua tese, que a igualdade, no sentido de participação na escolha dos governantes e do destino da cidade, apresenta-se como outro sustentáculo da democracia, ao afirmar que a maioria numérica é suprema na sua vontade. Di-lo: “A base do Estado democrático é a liberdade, a qual, de acordo com a opinião comum dos homens, só nele pode ser desfrutada. Afirmam ser este o grande fim da democracia. Um princípio da liberdade é todos governarem e serem governados em turnos e a verdadeira justiça democrática é a aplicação da igualdade numérica não proporcional. Daí decorre que a maioria deve ser suprema e o que aprovar deve ser o fim e o justo. Todo cidadão, é dito, deve ter igualdade, e por conseqüência, na democracia o pobre tem mais poder do que o rico, porque há mais deles e a vontade da maioria é suprema. Esta é uma característica da liberdade que todo democrata afirma ser o princípio de seu Estado. Outra é que o homem deve viver como gostar. Este é, dizem, o privilégio do homem livre, pois, de outra forma, não viver como gostar é a marca do escravo. Esta é a segunda característica da democracia, de onde tem levantado o clamor dos homens no sentido de não serem governados por ninguém, se possível, ou, se impossível, governarem e serem governados em turnos; assim, isso contribui para a liberdade baseada na igualdade.” (*The basis of a democratic state is liberty;*

\* Juiz Federal aposentado. Advogado. Jurista. Escritor. Fundador do Tribunal Arbitral da Associação Comercial e Industrial de Uberaba – ACIU. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

<sup>1</sup> MACHIAVELLI, 1980: 27.

<sup>2</sup> ARISTOTLE, 1979: 128.

which, according to the common opinion of men, can only be enjoyed in such a state; this they affirm to be the great end of every democracy. One principle of liberty is for all to rule and be ruled in turn, and indeed democratic justice is the application of numerical not proportionate equality; whence it follows that the majority must be supreme, and that whatever the majority approve must be the end and the just. Every citizen, it is said, must have equality, and therefore in a democracy the poor have more power than the rich, because there are more of them, and the will of the majority is supreme. This, then, is one note of liberty which all democrats affirm to be the principle of their state. Another is that a man should live as he likes. This, they say, is the privilege of a freeman, since, on the other hand, not to live as a man likes is the mark of a slave. This is the second characteristic of democracy, whence has arisen the claim of men to be ruled by none, if possible, or, if this is impossible, to rule and be ruled in turns; and so it contributes to the freedom based upon equality.)<sup>3</sup>

O princípio da prevalência da vontade da maioria, como fundamento de um governo democrático, foi decididamente encampado por *John Locke*, quando publicou (1689/90) o livro intitulado “Dois Tratados sobre o Governo” (*Two Treatises of Government*). Nele, refutou-se, frontalmente, o poder absoluto e a doutrina da origem divina do poder. Ai, pela primeira vez na história, alguém, de modo expresso e ostensivo, considera o governo não como originário do poder divino, ou decorrente do pacto firmado entre governante e uma minoria privilegiada de governados, como ensinava *Hobbes*. Para *Locke*, o poder de governar decorre simplesmente da união, em comunidade, daquele que saiu do estado da natureza, que, assim, renuncia, a favor da maioria da comunidade — a menos que expressamente tenha concordado com número superior a essa maioria — o poder necessário aos fins para os quais se uniu em sociedade. E isso é feito simplesmente ao concordar em se unir a um corpo social político, o qual é tudo que o pacto é, ou necessita ser, entre o indivíduo que entra ou faz uma comunidade política. Assim, aquilo que inicia e verdadeiramente constitui qualquer sociedade política é nada, exceto o consentimento de qualquer número de homens livres, capazes de serem maioria, para unir e incorporar dentro dessa sociedade. E isso é tudo,

tudo somente, que faz ou dá início a qualquer governo legal no mundo.” (*Whosoever, therefore, out of a state of Nature unite into a community, must be understood to give up the power necessary to the ends for which they unite into society to the majority of the community, unless they expressly agreed in any number greater than the majority. And this is done by barely agreeing to unite into one political society, which is all the compact that is, or needs be, between the individuals that enter into or make up a commonwealth. And thus, that which begins and actually constitutes any political society is nothing but the consent of any number of freemen capable of majority, to unite and incorporate into such a society. And this is that, and that only, which did or could give beginning to any lawful government in the world*).<sup>4</sup>

O forte do pensamento de *Locke* é que a legitimidade do governo resulta, necessariamente, da decisão da maioria. Para ele, diferentemente de *Hobbes*, não há renúncia dos direitos naturais em virtude do pacto, que não é celebrado entre governante e governado, mas entre os indivíduos que formam a maioria, visando, por eleição, e não por direito hereditário, formar o governo justamente para proteger esses direitos naturais.

Daí por que *Locke* — na mesma linha de *Espinosa* — justifica o direito à rebelião quando o governo volta-se contra o povo, que forma a maioria, que o constituiu e do qual obteve sua legitimidade.<sup>5</sup>

Todavia, *Alexis de Tocqueville*, em seu livro *Democracy in América*,<sup>6</sup> alertou contra o risco da tirania da maioria. Preocupado com a perda da liberdade individual, ou de grupo social minoritário, indagou: “Quando um homem ou um partido sofre uma injustiça nos Estados Unidos, em quem ele busca socorro? Na opinião pública? É ela que forma a maioria. No corpo legislativo? Ele representa a maioria e lhe obedece cegamente. No poder executivo? Ele é eleito pela maioria e a serve como passivo instrumento. Na polícia? Ela não é senão a maioria com armas. No júri? O júri é a maioria vestida com o direito de pronunciar julgamentos: mesmo os juizes em certos Estados são eleitos pela maioria. Assim, por mais iníqua ou desarrazoada que a medida que o machuca for, você deve se submeter a ela.” (*When a man or a party suffers an injustice in the*

<sup>4</sup> LOCKE, 1991: 178.

<sup>5</sup> SILVEIRA, 2004: 50.

<sup>6</sup> TOCQUEVILLE, 1991: 233.

<sup>3</sup> ARISTOTLE, *op.cit.*: 207.

*United States, to whom can he turn? To public opinion? That is what forms the majority. To the legislative body? It represents the majority and obeys it blindly. To the executive power? It is appointed by the majority and serves as its passive instrument. To the police? They are nothing but the majority under arms. A jury? The jury is the majority vested with the right to pronounce judgment; even the judges in certain states are elected by the majority. So, however iniquitous or unreasonable the measure which hurts you, you must submit.)*

O próprio *Tocqueville* tentou dar a solução para o perigo da tirania da maioria, contrapondo-se-lhe os freios e contrapesos. “Mas suponha que você tenha um corpo legislativo tão bem composto que ele representa a maioria sem ser necessariamente escravo de suas paixões, um poder executivo tendo a sua própria força e um poder judiciário independente das outras duas autoridades; então, você poderá ter um governo democrático, mas dificilmente haverá qualquer risco remanescente de tirania”. (*But suppose you were to have a legislative body so composed that it represented the majority without being necessarily the slave of its passions, an executive power having a strength of its own, and a judicial power independent of the other two authorities; then you would still have a democratic government, but there would be hardly any remaining risk of tyranny.*)

## 2 Antecedentes de governos oligárquicos e ditatoriais no Brasil

---

Em nosso país, a partir de sua independência de 1822, o poder político sempre ficou histórica, indevida e impropriamente concentrado nas mãos do chefe do poder executivo. No tempo do império, D. Pedro I e, depois, seu filho, D. Pedro II, governaram despoticamente, eis que acumulavam, ainda, o poder moderador. Em síntese, a vontade do imperador sempre foi a lei e traduzida pela lei, editada por uma assembléia domada e servil, sem quase nenhuma representação popular. Instalada a república por meio de um golpe militar, o poder político, na chamada de república velha, foi exercido pelos coronéis, ou seja, uma minoria oligárquica, basicamente de latifundiários, banqueiros e grandes comerciantes, ou por pessoas ligadas a esses grupos de interesse. Com a revolução de 1930, Getúlio Vargas empolgou, solitariamente, o poder, vivendo o povo debaixo de uma feroz ditadura até 1945. Depois desse ano, até 1963, as raposas políticas seguiram a

cartilha dos coronéis da primeira república. Mesmo o grande presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira foi cria das velhas oligarquias que haviam sido combatidas por Vargas. De 1964 a 1985, o povo brasileiro viveu debaixo da ditadura dos militares. Todas as sete Constituições, até então promulgadas e outorgadas (1824, 1891, 1934, 1937, 1967 e 1969), foram elaboradas pelo governo, à revelia do povo, ante a fraca representação congressional. Mesmo a de 1946, apesar de ser saudada como democrática, foi feita por um grupo de notáveis, sem a adequada e proporcional participação popular. Basta notar, para isso, que o analfabeto não votava e a maioria do povo era iletrada. Por isso, essas Constituições não passaram de meras folhas de papel, já que não resguardaram, adequadamente, nenhum direito individual. Somente a partir da Constituição de 05/10/1988, é que o povo começou a tomar consciência da necessidade de uma correta e proporcional representação congressional, eis que as leis, editada pelos poderes eleitos, majoritários, devem traduzir os interesses da maioria. Daí, surge a necessidade de se entender a função do poder judiciário, como poder não eleito, e a força constitucional das normas que disciplinam os direitos e garantias individuais.

## 3 A fragmentação do poder político para se evitar a tirania do governo. A doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*)

---

Com o objetivo claro de se evitar a tirania e a opressão sobre o povo por um governo centralizador, autoritário e ditatorial, a Constituição Federal, seguindo o paradigma americano, criou salvaguardas, ao fragmentar o poder político — monolítico na mão do ditador — repartindo-o de duas maneiras diferentes (federalismo e independência dos poderes), cada qual subdividindo-se em três frações distintas.

Assim, num corte horizontal, ao adotar o federalismo, criado, pela primeira vez no mundo, pela Constituição americana de 1787, a Carta Política brasileira distribuiu o poder político entre os entes federativos (União, Estados-Membros e Municípios), dotando-os de competência legislativa exclusiva e privativa e, também, de autonomia administrativa e financeira, de modo a viabilizar sua autogovernabilidade. Assim, cada ente político tem de respeitar a área de atuação constitucional, material e legislativa, estabelecida pela Car-

ta Magna para os outros dois. O princípio federativo, que embasa essa forma de repartição do poder político, impõe que a União, como ente central, atue de modo excepcional, cuidando apenas das questões externas (p.ex. diplomacia, soberania, forças armadas etc.) e, internamente, as que envolvam interesses de âmbito nacional (p.ex. navegação marítima, aeroportos, impostos federais, polícia federal, justiça federal etc.), ou as que abranjam mais de um Estado-Membro (comércio interestadual; ICMS); por sua vez, ao Estado-Membro, como ente político periférico, ficou assegurado o controle das questões regionais (áreas metropolitanas; conflitos entre municípios, servidores públicos estaduais, polícia estadual, justiça estadual, impostos estaduais); e, finalmente, aos municípios, as matérias de interesse local (além dos assuntos específicos, como por exemplo o que trata dos servidores municipais e dos impostos municipais), todos os em que prevaleça, sobrepondo-se, o interesse local sobre o regional ou federal). Como a União atua por exceção, o grosso da legislação deve provir dos entes periféricos (em maior parte dos municípios, onde o indivíduo de fato mora e exerce os seus direitos civis), que estão mais de perto em contato com os problemas a serem resolvidos pela administração pública.

O federalismo constitui, pois, uma forma de fragmentação do poder político, a fim de se evitar a tirania resultante do excesso de concentração do poder governamental. Nesse sentido, asseverou o *Justice Black* da Suprema Corte americana, citado por *Tony Freyer*: “Nosso conceito de federalismo se assenta na política básica de evitar concentração excessiva de poder no governo, federal ou estadual.” (*Our concepts of federalism rested on the basic policy of avoiding excess concentration of power in government, federal or state.*)<sup>7</sup>

Consciente dessa função essencial exercida pelo federalismo, como fator descentralizador e, simultaneamente, propulsor do crescimento político das lideranças locais, que não podem ser anuladas — muito menos ficar dependentes, na sua escalada política, do poder central — *Paul J. Mishkin* enfatizou: “As funções políticas decorrentes de um real e forte federalismo têm se transformado em alguma coisa mais importante do que no passado. Por funções políticas, eu quero dizer as funções dos governos dos Estados

(e locais) como fortalezas do pluralismo e da liberdade. Os Estados têm um papel como autônomos centros de poder — e como poder de base — que não são sujeitos ao controle hierárquico pelo poder central”. (*The political functions of a real and strong federalism have become, if anything, more important than in the past. By ‘political’ functions, I mean the functions of state (and local) governments as bulwarks of pluralism and of liberty. The states have a role as autonomic power centers — and thus power bases — that are not subject to hierarchical control from the center.*)<sup>8</sup>

Desse modo, sob pena de concentração indevida do poder político, não se pode permitir que um ente governamental (geralmente a União Federal), usurpe a competência do Estado-Membro ou do Município, disciplinando, por lei, matéria fora de sua alçada. A lei federal não é superior à lei estadual ou municipal. Cada ente político pode e deve legislar, com exclusividade, na área de sua competência legislativa constitucionalmente delimitada. Assim, uma lei municipal, dispendo sobre assunto de interesse eminentemente local, vale mais do que uma lei federal, ou estadual, porque, nesse caso, está validada e legitimada pela Constituição. Sendo a única a ter eficácia, ela naturalmente se opõe a qualquer indevida usurpação de competência originada nos entes políticos mais ao centro (Estado-Membro e União Federal), que cuidam, em razão do princípio federalista, de questões de maior abrangência territorial.

O professor *Richard Stewart* tem sugerido uma estreita correlação entre a defesa da autonomia do Estado-Membro, contra a dominação da União, com os direitos individuais, aos quais se acha atada. Ele identifica quatro aspectos da estrutura federal descentralizada que podem ser considerados valores que o indivíduo desejaria implementar: *a grande precisão* com que o tomador de decisão local pode operar como útil calculador dos custos e benefícios; *a maior proteção da liberdade* que a tomada de decisão estadual descentralizada alcança ao dificultar que qualquer grupo de pessoas se assenhoreie do poder total nacional; *a maior grau de comunidade*, alavancado pela oportunidade de participação política que a descentralização torna possível; e *a maior diversificação* que a descentralização encoraja. (*Professor Richard Stewart has suggested how claims of*

<sup>7</sup> SCHEIBER, 1992:104.

<sup>8</sup> SCHEIBER, *op.cit.*, p.156.

*state sovereignty might be grounded in individual rights. He identifies four features of a decentralized federal structure which can be stated as values an individual would wish to further: the greater accuracy with which a local decisionmaker can operate as a utilitarian calculator of costs and benefits; the greater protection of liberty which the state's decentralized decisionmaking affords by making it harder for any one group to seize total national power; the greater degree of community fostered by the opportunity for political participation that decentralization makes possible; and the greater diversity which decentralization fosters).*<sup>9</sup>

A propósito, não se pode esquecer a precisa advertência lançada pelo *Justice Brandeis*,<sup>10</sup> da Suprema Corte americana, ao elaborar a doutrina do estado-laboratório. Disse ele:

“Constitui um dos felizes acidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se assim quiserem os seus cidadãos, servir como um laboratório; e tentar novos experimentos sociais e econômicos sem colocar em risco o restante do país”. (*It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country*).

À luz desses raciocínios, fortes no princípio federalista, é inconstitucional o governo federal se apoderar de imposto estadual (ICMS) e municipal (ISS), ainda que com o compromisso de repassar aos seus titulares o valor arrecadado, como estabelecido nos arts. 13 e 22 da Lei Complementar 123, de 14/12/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). No caso, se o empresário utilizar a guia única do Simples Nacional, compete ao estabelecimento bancário separar, de imediato, as receitas ali mencionadas como pertencentes ao município e ao Estado-Membro, creditando os valores respectivos, instantaneamente, em suas contas correntes. Receitas próprias dos entes políticos periféricos não podem, nem devem — sob risco de dominação política — ser controladas pelo ente central.

Já, num corte vertical, o poder político foi dividido entre três ramos governamentais: Legislativo, Executi-

vo e Judiciário – LEJ. Cada um deles é independente do outro. Porém, para não se inviabilizar a governabilidade do país, devem caminhar juntos, de preferência harmoniosamente. Todavia, isto não quer dizer que devam fazê-lo, sempre, consensualmente. Ocasionais enfrentamentos legislativos, ou judiciais, entre os poderes instituídos são próprios da democracia e necessários à sua sobrevivência. São como as tempestades no mundo físico. Não obstante serem esporádicas e indesejadas, além de causarem danos colaterais, sua ocorrência é certa e inafastável e, de certo modo, necessária, a fim de se equilibrarem os efeitos da natureza. Os eventuais confrontos entre os poderes instituídos fazem parte dos freios e contrapesos (*checks and balances*), doutrina pela qual cada ramo do governo controla e fiscaliza os outros dois. Se houver consenso absoluto entre eles, ou entre dois deles, já não teremos democracia, mas ditadura dos poderes, em virtude da indevida concentração, não desejada, nem permitida pela Constituição. Os três poderes hão de falar a mesma língua (governabilidade), porém cada um se expressando à sua maneira e, às vezes, contrariamente ao entendimento dos outros dois. A democracia pressupõe a fragmentação do poder político. É como um tapete colorido, com diversos desenhos formando, harmoniosamente, um quadro. Se for da mesma cor (a prevalecer unicamente a vontade do ditador), o tapete não ressalta essas diversas nuances. É monótono. Desdenha da criatividade. Impede a contribuição participativa. Gera a letargia, a indolência e a dependência. Em matéria de interpretação da lei, o poder judiciário detém, pela Constituição, o direito e o dever de dar a última palavra, isto é, dizer o que a lei é. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal — a mais alta Corte do país em matéria constitucional e, também, relativamente à validade de lei local, contestada em face da Constituição Federal ou da lei federal — só pode ser superado por emenda constitucional. Existindo, em nosso país, um tribunal intermediário, também com jurisdição nacional, que é o Superior Tribunal de Justiça, a ele pertence, quando não for suscitada a questão constitucional, a última palavra em matéria de validade de leis, exceto em se tratando de lei municipal, nos casos acima citados.

Na interpretação do texto constitucional, há de se observar o equilíbrio na distribuição do poder político, entre os Entes federados, visado pelo constituinte originário. Para alguns publicistas esse é o elemento dominador na regra interpretativa da Constituição.

<sup>9</sup> TRIBE, 1988: 385.

<sup>10</sup> BRANDEIS, 1932.

Esse importante, decisivo e indeclinável papel é destinado ao Judiciário, que, como poder político não eleito, tem o dever de examinar a matéria observando as reais necessidades do país.

*John H. Garvey e T. Alexander Aleinikoff* asseveraram que a metáfora do balanceamento refere-se a teorias de interpretação constitucional que são baseadas na identificação, avaliação e comparação dos interesses em conflito. Expõem que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as Cortes Judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o legislativo tende a ignorar ou subavaliar. Dentro desse enfoque, a Corte desempenha dois importantes papéis: 1. reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam contados e considerados com justiça; 2. protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no *hurly-burly* da Política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela Corte não repete a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser “atenuado” (*A better argument for the balancer is that the Court improves the balancing process by giving weight to interests that the legislature tends to ignore or undervalue. Under this view, the Court plays two important roles. First, it reinforces representation, ensuring that the interests of unpopular or underrepresented groups are counted and counted fairly. Second, it protects constitutional rights and interests that are sometimes forgotten in the hurly-burly of politics. [...] The balancing court does not replicate the legislative function or supplant legislative judgments of good social policy. It uses the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be “softened”.*)<sup>11</sup>

A partir dessa ótica, lícito não é aos poderes eleitos reduzir, ou retirarem, em certos casos, por meio de emendas constitucionais ou de leis, a jurisdição do poder judiciário, nem seu poder de conceder liminares e, excepcionalmente, a antecipação de tutela. Compete a esse poder não eleito preservar sua jurisdição consti-

tucional e sua força política para evitar lesão ou ameaça a direito dos particulares por meio de provimentos preventivos, sempre que ficarem evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O poder cautelar é insito ao poder jurisdicional.

A advertência feita para o legislador, no sentido de não restringir a independência do Poder Judiciário, serve, também, com muito mais propriedade, para o executivo federal.

Nos Estados Unidos, durante a guerra civil, os militares passaram a submeter a seus tribunais, de exceção, os civis acusados de sabotagem ou de espionagem, condenando vários deles à morte. Em 1866, ao apreciar o caso *Ex parte Milligan*, a Suprema Corte daquele país concedeu o *Writ of Certiorari* para anular essas condenações, não permitindo a redução da jurisdição dos tribunais civis. Analisando esse caso, *Laurence H. Tribe*<sup>12</sup> explica que “Como temos visto, a autoridade doméstica do executivo é mais abrangente em tempos de guerra. Onde, entretanto, o Presidente procura diretamente suplantar o judiciário na solução de casos particulares, a Suprema Corte submeterá as justificações militares para tal ato a um exame estrito e metucioso. Assim, no caso *Ex parte Milligan* a Corte regrou que lei marcial durante a Guerra Civil não pode “ser aplicada aos cidadãos nos estados que mantiveram a autoridade do governo, e onde as cortes estão abertas e seu processo desobstruído”. Empregando análise similar, a Corte sustentou, em 1946, que a declaração de lei marcial no Havaí subsequente ao ataque sobre Pearl Harbor era inconstitucional.” (*As we have seen, executive domestic authority is most expansive in time of war. Where, however, the President seeks directly supplant the judiciary in the resolution of particular cases, the Supreme Court will subject the military justifications for such action to close scrutiny. Thus, in Ex parte Milligan the Court held that martial law during the Civil War could not “be applied to citizens in states which have upheld the authority of the government, and where the courts are open and their process unobstructed.” Employing a similar analysis, the Court held in 1946 that the declaration of martial law in Hawaii subsequent to the attack upon Pearl Harbor was unconstitutional.*)

<sup>11</sup>GARVEY, 1991:108.

<sup>12</sup>TRIBE, *op.cit.* 238

No Brasil, diferentemente, o presidente Artur Bernardes, em 1926, dominando um congresso submisso, reduziu significativamente, por meio de uma emenda constitucional, a jurisdição do Poder Judiciário, dele retirando a apreciação de vários atos praticados pelo governo (legislativo e executivo) durante o estado de sítio, que vigorou por todo o seu mandato (CF de 1891, art. 60, § 5º). Esse péssimo exemplo de anulação e de apequenamento do poder judiciário foi seguido pelo ditador Getúlio Vargas, em sua constituição “polaca”, outorgada de 1937 (art. 170), bem como pela ditadura do regime militar, iniciada em 1964, a ver pelo AI 5/1968 (art. 11), CF de 1969 (art. 157) e EC 15/1985 (art. 156, § 6º). Tais medidas não foram declaradas inconstitucionais por nosso Supremo Tribunal, nem mesmo depois de passados os períodos ditatoriais, apesar de elas terem, de modo flagrante e ostensivo, violado os direitos individuais e, simultaneamente, atentado contra o princípio da independência dos poderes, diminuindo a estatura política do poder judiciário e o seu prestígio perante a população, como poder confiável e com capacidade de defender a Constituição.

Historicamente, portanto, o judiciário brasileiro sempre foi politicamente fraco e submisso, primeiro aos monarcas, e, depois, aos poderes eleitos. Talvez, daí advinha seu extremado amor pela literalidade da lei — os preceitos constitucionais, até alguns anos atrás, eram raramente invocados — e o tecnicismo doentio que lhe dá oportunidade de não enfrentar o mérito das questões que desagradem ao governo. Agora, está na hora de ele construir, de fato, sua independência, já assegurada formalmente na Constituição.

Voltando à análise da lei, como expressão da vontade dos ramos governamentais eleitos, também ela não pode impor ao poder judiciário o recurso de ofício, também chamado de reexame necessário, nos casos em que os entes estatais ou suas fundações e autarquias deixarem de recorrer voluntariamente, atuando o Judiciário como substituto processual da parte vencida, em detrimento da vencedora, o que viola, ainda, o princípio da isonomia processual, abrigado pela cláusula do devido processo legal.

Muito menos pode o Congresso Nacional, mesmo por meio de emenda constitucional, impor ao poder judiciário a obrigação de executar, de ofício, as contribuições sociais devidas pelo empregador ao INSS, em razão das sentenças trabalhistas que proferir (CF, art. 114, VIII, inserido por força das Emendas 20/1998

e 45/2004). Ai, além de ter sido ferido de morte o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º), ocorrem várias outras inconstitucionalidades, como demonstrei no meu livro *Tribunal Arbitral*<sup>13</sup>, tais como: a) indevida substituição processual (o Judiciário, que é poder político independente, age como exequente em nome e por conta de órgão do Poder Executivo); b) falta de constituição do crédito tributário pelo regular lançamento, notificação e de sua inscrição na dívida ativa, como pressupostos imprescindíveis da execução (Lei 8.212/1991 (Custeio da Previdência Social), art. 33, *caput* e seu § 7º, art. 37, *caput* e seu § 2º); c) violação do devido processo legal, por ausência de prévio e amplo direito de defesa no decorrer da inexistente constituição administrativa do crédito tributário (notificação do débito, auto de infração, etc). d) o objeto do crédito tributário, sujeito a rígidas normas impostas por lei complementar (Código Tributário Nacional) e por lei ordinária específica (acima citada), não se confunde com o da lide trabalhista, sujeita à sentença judicial, que se submete a outros pressupostos e que envolve exclusivamente a relação jurídica controversa entre particulares, terceiros no caso (empregado e empregador). Note-se que a sentença trabalhista não pode criar para a seguridade social (terceiro, estranho à demanda) um direito que não foi objeto de discussão na lide. Ainda que crie, cabe ao INSS, de posse da sentença, constituir regularmente o crédito tributário, observado o devido processo legal, mediante ampla defesa prévia, e fazer sua inscrição da dívida ativa, notificando o contribuinte, antes de executá-lo na Justiça Federal (única competente para o caso, a ver pelo disposto no art. 109, I, da CF), onde o devedor ainda tem a oportunidade de apresentar nova defesa, com os recursos a ela inerentes.

## 4 Fiscalização e controle dos poderes governamentais pelo povo

---

Uma vez que o poder político emana do povo e em seu nome é exercido, compete ao próprio povo exercer severa fiscalização, indistintamente, sobre a conduta dos agentes dos três ramos governamentais a fim de se evitar a tirania, a ditadura e a opressão, de onde decorre a perda de sua liberdade. É lição sedimentada

---

<sup>13</sup> SILVEIRA, 2006: 293/302.

na história que todo aquele que exerce o poder tende a se corromper e a dele abusar. Todos, sem exceção, procuram se apoderar do poder e tendem a ampliá-lo por meios impróprios e a usurpá-lo, exercendo-o além de seus limites constitucionais permitidos e autorizados. Esse controle do povo se faz, normalmente, pela mídia: jornais, radiodifusão e televisão. Também se faz por meio do Ministério Público, que, apesar de ser um órgão do poder executivo, detém independência constitucional para defender os interesses da sociedade. De forma ancilar, o próprio cidadão pode exercer sua parcela de controle dos ramos governamentais ao fazer passeatas, mandar cartas aos deputados, ao escrever artigos ou manifestar sua opinião nos jornais e emissoras de rádio, ou participar de uma ONG.

Se o povo se omite nessa fiscalização, ficando inerte e deixando apenas nas mãos dos governantes a livre aplicação dos recursos financeiros arrecadados com os impostos, bem como a escolha e fixação dos interesses colocados nas leis, ainda que os agentes políticos aleguem estar buscando a melhor solução social, esse povo se torna servil e inoperante. A inação, o desinteresse pelas coisas públicas, a passividade e a tolerância com a corrupção são a marca — talhada no costume secular de aceitação do domínio dos governantes por meio de suas leis inconstitucionais — de um povo escravizado. Nenhuma Constituição recém promulgada ou lei inovadora pode salvar esse tipo de povo, acostumado aos grilhões. A construção de qualquer edifício começa pela base, pelos seus alicerces. Politicamente, uma nação democrática se constrói a partir do seu povo, que deve ser livre. A democracia e a liberdade exigem que, a todo instante, se lute por elas. Daí por que os embates entre os poderes são naturais e necessários, permanecendo, ainda, todos eles sob o controle do povo, que deve ficar em constante vigilância contra os tiranos, que são muitos a ambicionar o poder, e seus previsíveis abusos.

## 5 A lei como expressão da vontade da maioria. A função primordial do Judiciário como poder antimajoritário

Há, ainda, uma distinção, muito sutil e pouco considerada, entre os três ramos governamentais. É que em dois deles (o legislativo e o executivo) os seus agentes são eleitos pelo povo. Atuam como represen-

tantes do povo. Os parlamentares e os governantes (presidente da república, governadores e prefeitos) são eleitos pela maioria dos cidadãos justamente para defender os interesses e fazer prevalecer a vontade dessa maioria. Daí, decorre que as leis feitas no congresso nacional (ou nas assembleias legislativas e câmaras municipais) e sancionadas pelo presidente da república (ou governadores e prefeitos) devem veicular, como regra, a vontade da maioria, resguardando o interesse, geralmente econômico, dessa maioria. O princípio da representação pressupõe a lógica desse raciocínio. Portanto, esses dois poderes, cujos membros são eleitos pelo voto, representam — pelo menos teoricamente — o interesse majoritário do povo. As leis devem refletir e encampar esses interesses majoritários.

Contudo, se assim não ocorre no Brasil, é porque, há defeito no processo representativo. Como se sabe, aqui, secularmente, o Congresso Nacional sempre representou o interesse de minorias oligárquicas, protegendo, por meio de leis, os seus interesses. Instituíram-se, a seu favor, não raras vezes, verdadeiros monopólios privados, como acontece com os bancos e as empresas de telecomunicação. Basta ver, para conferir a falta de representatividade do parlamento brasileiro, que até poucos anos atrás o analfabeto não votava. Essa situação só se modificou com a promulgação da Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, que ampliou a representatividade congressional. Ora, como se sabe, ainda hoje, parcela significativa do povo brasileiro é analfabeta. Logo, o congresso não representava, até bem recentemente, o interesse do povo ao fazer as leis. Por isso mesmo, como sabido, a maioria da legislação editada anteriormente a 1988 padece do vício da inconstitucionalidade, por resguardar, apenas, os interesses de grupos oligárquicos minoritários. Essa sub-representação deve ser considerada pelo judiciário na análise do caso concreto, devendo atenuá-la.

Voltando-se, pois, à normalidade dos países democráticos — e esquecendo o caso atípico de falta de representação congressional brasileira, que facilita a usurpação do poder pelo executivo — o modelo montado pela nossa atual Constituição pressupõe a representação majoritária dos poderes eleitos: legislativo e executivo. Por conseqüência, as leis editadas têm, necessariamente, que abranger e incorporar os direitos e interesses majoritários, sem, contudo, prejudicar os das minorias.

E esses direitos e interesses minoritários? Como são preservados?

A Constituição deu a solução para esse problema ao instituir o Poder Judiciário como poder político não eleito, portanto, antimajoritário.

Seguiu, nesse passo, o paradigma americano. Lá, como atualmente cá, o poder judiciário constitui poder político independente e autônomo.

Para que o Judiciário possa, livremente e com segurança, exercer o controle da vontade da maioria, geralmente veiculada por lei, ele foi elevado à condição de poder político, com essa missão precípua: a de confrontar a vontade do legislador (hipoteticamente representando a vontade da maioria), com a Constituição, ou seja, a vontade geral da Nação, ou do povo, de onde emana todo poder político dos três ramos governamentais.<sup>14</sup>

Visualizando esse cenário, registrou o *Chief Justice Rehnquist*, referindo-se à divisão do poder adotado na América, que, ao contrário da tradição inglesa, onde o juiz não pode anular ato do Parlamento, essa foi a intenção clara dos elaboradores da Constituição de 1787: “Eles queriam que os juízes fossem independentes do Presidente e do Congresso, mas também, com toda probabilidade, que as Cortes Federais fossem capazes de dizer se a legislação editada pelo Congresso era consistente com as limitações da Constituição dos Estados Unidos. Os elaboradores reconciliaram, de um modo mais ou menos grosseiro, a necessidade de uma instituição antimajoritária como a Suprema Corte para interpretar a Constituição dentro de um amplo sistema de governo basicamente comprometido com a regra majoritária.” (*They wanted the judges to be independent of the president and of Congress, but in all probability they also wanted the federal courts to be able to pass on whether or not legislation enacted by Congress was consistent with the limitations of the United States Constitution. The framers reconciled in a somewhat roughhewn way the need for an anti-majoritarian institution such as the Supreme Court to interpret a written constitution within a broader system of government basically committed to majority rule*).<sup>15</sup>

<sup>14</sup> SILVEIRA, 2001:327.

<sup>15</sup> REHNQUIST, 1987: 306.

Portanto, sendo o judiciário quem dá a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, ele, como poder não eleito e guardião dos direitos das minorias, só pode sancionar, como constitucionais, as leis, justas para as majorias, que não prejudiquem os grupos minoritários protegidos pela própria Constituição, a saber, exemplificativamente: idosos, crianças, mulheres, índios, *gays*, negros, aidéticos, pessoas de origem estrangeira, ou de procedência preconceituosamente estabelecida, como a dos nordestinos etc. Para isso, foi dotado, também, do poder de apreciar a justiça da lei, ou do ato administrativo, com fulcro no substantivo devido processo legal (*Substantive Due Process of Law*), doutrina que foi desenvolvida no direito constitucional americano. O princípio do devido processo legal foi incorporado na Constituição brasileira de 1988, com oito séculos de atraso. Pois, se assim o judiciário não atuar, isto é, se simplesmente der executividade a leis majoritárias que violem os direitos das minorias, constitucionalmente assegurados, ele passa a agir como braço opressor, a serviço da maioria, que os poderes eleitos encarnam. Em última análise, o poder judiciário passa a servir como braço forte do governo. Nesse caso, a quem esses grupos minoritários vão recorrer? Aos poderes eleitos, representativos dos interesses majoritários? Não estaria, aí, então, instituída a ditadura da maioria, a que alude *Alexis de Tocqueville*, na sua tão decantada “Democracia na América”?

Evidente que não! A nossa Constituição instituiu o judiciário como poder político não eleito, porém em igualdade de força política com os outros dois ramos governamentais. Ao judiciário, foi reconhecido o poder político de anular as leis feitas pelo Congresso Nacional e os atos da administração pública que violem a Constituição. Perfilhou-se, nesse passo, o exemplo de seu paradigma americano, a Constituição de 1787, de onde foi extraído o *judicial review*<sup>16</sup>, que foi declarado pela Suprema Corte daquele país, em inesquecível voto do *Chief-Justice John Marshall*, ao apreciar, em 1803, o caso *Marbury v. Madison*.<sup>17</sup>

Como no Brasil, há, historicamente, uma inversão na representação congressual, pois quem sempre dominou o Congresso foi uma minoria oligárquica

<sup>16</sup> MARSHALL, 1803.

<sup>17</sup> Sobre detalhes desse memorável julgamento, *vide* meu livro *Freios e Contrapesos (Checks and Balances)*, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

(grandes industriais, banqueiros, latifundiários, os donos dos grandes jornais e canais de televisão, ou pessoas ligadas a esses grupos de interesse, ou patrocinadas ou financiadas eleitoralmente por eles), a lei, como regra, nunca representou a vontade majoritária, mas apenas a de uma minoria privilegiada. Essa minoria não é aquela que a nossa Constituição pretendeu proteger. Daí a razão de tanta pobreza e de tamanha exclusão social, existentes em nosso país. Assim, presentemente, o poder judiciário — que é, ontologicamente, o defensor das minorias — deve tomar o maior cuidado na aplicação das leis, já que elas, absurdamente, de um modo geral, beneficiam minorias financeira e economicamente fortes, que se fazem representar, quase que com exclusividade, no Congresso, e prejudicam os interesses e direitos da própria maioria do povo, eis que essa maioria, normalmente, sempre foi excluída da representação congressional na elaboração das leis.

## 6 Dois corpos distintos de normas constitucionais. Suspeição da lei que atente contra os direitos individuais e suas garantias. Escrutínio estrito e inversão do ônus da prova

Visando proteger as verdadeiras minorias (as expressamente mencionadas na Carta Política) contra as leis, que normalmente expressam a vontade da maioria, por meio da representação congressional, a nossa Constituição federal fez, claramente, uma distinção entre os direitos fundamentais antimajoritários que, por sua própria natureza, não podem ser extintos por lei, ou ter, por esta, o seu livre exercício obstaculizado, e aquelas matérias que podem, sob qualquer aspecto, salvo pouquíssimas restrições, ser objeto de leis que, evidentemente, pressupõem a veiculação da vontade majoritária.

A nossa Magna Carta seguiu, nesse passo, as mesmas linhas mestras traçadas pela Constituição americana de 1787, que só foi ratificada pelos Estados-Membros depois de assumido o compromisso de se agregar nela um “*Bill of Rights*”, o que aconteceu em 1791, por influência de *Thomas Jefferson* e iniciativa parlamentar de *James Madison*.

A importância dos direitos individuais inseridos na Constituição americana, em virtude das oito primeiras emendas, foi ressaltada pela *Justice Sandra Day*

*O'Connor* (a primeira mulher a ter assento na Suprema Corte dos Estados Unidos), em seu livro *The Majesty of the Law*.<sup>18</sup> Demonstrando excepcional percepção, com acuidade, escreveu ela: “Esta é a grande ironia do *Bill of Rights*. A maioria dos americanos pensa que a Constituição e o *Bill of Rights* caminham de mãos dadas. Porém, a mais apropriada analogia é a da bola e da corrente”. Entendido, aqui, como duas coisas distintas e opostas, mas necessariamente atadas entre si. “O *Bill of Rights* foi uma restrição imposta ao novo governo federal para evitar que atuasse fora de controle. Foi posto lá em resposta aos anseios daqueles que estariam felizes se a Constituição jamais tivesse sido ratificada. Adicione-se à ironia este fato: enquanto a Constituição representa a pedra fundamental de nosso compromisso, como nação, aos princípios de um governo representativo e leis majoritárias, o *Bill of Rights* é, decididamente, um documento antimajoritário. No *Bill of Rights* os emuldutores da Constituição construíram um muro em volta de certas liberdades individuais fundamentais, limitando, para sempre, a possibilidade da maioria se intrometer nelas.” (*This is the great irony of the Bill of Rights. Most Americans think of the Constitution and the Bill of Rights as going hand to hand. But the more appropriate analogy is ball and chain. The Bill of Rights was a restraint imposed on the new federal government to keep it from running out of control. It was put there in response to concerns by people who would have been quite happy had the Constitution never been ratified. Adding to the irony this fact: while the Constitution is the cornerstone of our nation's commitment to principles of representative government and majority rule, the Bill of Rights is a decidedly antimajoritarian document. In the Bill of Rights, the Framers built a wall around certain fundamental individual freedoms, forever limiting the majority's ability to intrude upon them.*”

Objetivando alcançar o mesmo propósito, a Constituição brasileira foi dividida em duas partes distintas. Uma que protege os interesses minoritários e outra em que prevalece a vontade da maioria. Desse modo, a leitura e a interpretação da Lei Fundamental deve ser feita de dois modos diferentes, dependendo da natureza da norma submetida a exame. Resulta, daí, que não é permitida a interpretação linear, numa ótica axiológica equalizadora, como se todos os dispositivos

<sup>18</sup> O'CONNOR, 2003: 59.

constitucionais incorporassem valores paritários, de igual intensidade e mesmos pesos jurídicos. Ao inverso, a noção básica, estabelecida pela Carta Política, é a da distinção inelutável entre as regras que disciplinam os direitos individuais e suas garantias (naturalmente oponíveis ao governo e às suas leis, oposição essa que conta com a sanção da própria Lei Fundamental) e aqueles outros normativos constitucionais, que regem outras matérias.

Assim, as normas constitucionais definidoras dos direitos individuais fundamentais vêm informadas pelo princípio antimajoritário, tanto que o seu exercício não depende da edição de prévia lei para reconhecê-los ou regulá-los, a ver pelo disposto na Constituição Federal, art. 5º, § 1º: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Por serem livremente exercitáveis, a vontade majoritária veiculada pela lei não pode impedir ou anular o exercício desses direitos individuais fundamentais, essencialmente antimajoritários, eis que consagrados na e protegidos pela própria Carta Magna.

Sobre as limitações que recaem sobre a maioria, ainda que sua vontade seja instrumentalizada mediante lei, adverte *Robert H. Bork*: “Há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democraticamente que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para a liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesses aspectos da vida uma tirania. [...] A tirania da maioria ocorre se a legislação invade as áreas próprias deixadas para a liberdade individual”. (*There are some things a majority should not do to us no matter how democratically it decides to do them. These are areas properly left to individual freedom, and coercion by the majority in these aspects of life is tyranny. [...] Majority tyranny occurs if legislation invades the areas properly left to individual freedom*).<sup>19</sup>

Daí se extrai, com clareza — considerando que o direito individual fundamental é livremente exercitável, independentemente de prévia lei, sendo esta a expressão da vontade majoritária — que a lei que pretende interferir nos direitos individuais (mesmo à guisa de regulamentar o seu exercício), constitui *lei suspeita de inconstitucionalidade*. Desse modo, há de se inverter o ônus da prova quanto à interpretação de sua constitucionalidade. Significa dizer que esse tipo de lei (a que toca nos e mexe com os direitos individuais) deve

ser considerado, *a priori*, pelo judiciário como presumidamente inconstitucional, salvo se a administração pública comprovar, mediante a apresentação de dados reais e concretos, que a intervenção se deu em virtude, ou em defesa, de relevante interesse social, o qual a tenha compelido a agir ou a legislar sobre aquele direito individual.

Portanto, em relação aos direitos individuais fundamentais não se aplica, *tout court*, como verdade teórica absoluta — sem a devida comprovação fática, real e concreta, a cargo do governo, da necessidade de intervenção, motivada por um interesse público relevante e sobrepujante — o princípio da “*supremacia do interesse público sobre o privado*”, oriundo da escola francesa, o qual constitui regra matriz que sempre sustentou, sem maiores indagações e questionamentos, o direito administrativo brasileiro.

Em bases constitucionais, temos, pois, que toda e qualquer intervenção do governo nessa área sensível dos direitos individuais e suas garantias deve ser considerada perigosa, salvo justificante e provada motivação social (aqui não basta a simples e genérica alegação governamental no sentido de estar atuando em defesa do interesse público; há de prová-lo substancial e concretamente). O ônus da prova, nesse caso, compete ao ente político governamental que tenha editado a lei ou o ato administrativo.

O Judiciário deve exercer o mais rigoroso e metuculoso exame das razões apresentadas pelo governo para justificar a edição da lei, ou do ato administrativo. O princípio que rege essa interpretação é o do *escrutínio estrito ou exame metuculoso* das razões invocadas pela administração pública. A imprescindibilidade da atuação, ante um imperativo, real e concreto interesse público, a ser preservado, constitui a pedra angular da questão envolvendo a excepcional legitimidade do governo para agir.

## 7 Direitos individuais básicos

Desses direitos ontologicamente antimajoritários, cuidou a Constituição, prioritariamente, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, onde são destacados os direitos e garantias individuais. Esses direitos, instituídos contra o Estado, ou seja, contra os poderes eleitos, que representam a vontade da maioria, são arrolados no art. 5º da Constituição Federal.

<sup>19</sup>GARVEY, *op.cit.*, 41

Basicamente, os direitos individuais fundamentais são apenas dois: vida e liberdade.

A propriedade, não obstante constar da garantia do devido processo legal (*Due process of law*), de que cuidam os incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Magna — ali mencionado como privação de seus bens — não constitui direito individual fundamental, já que é, de modo ínsito, fortemente imantado pelo interesse social, podendo ser extinto pela desapropriação, mediante prévia indenização (salvo outra forma excepcional de pagamento prevista na própria Constituição), mas não podendo, jamais, ser objeto de confisco. O confisco de bens afeta e se reflete no direito à vida, prejudicando substancialmente o seu exercício. Por isso, é vedado pela Constituição.

A Constituição americana de 1787, seguindo a doutrina tripartite de *Locke*, ao tratar do devido processo legal (Emendas V e XIV), estendeu a proteção à propriedade, ao lado da vida e da liberdade, na dicção da Emenda V: “[...] *nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law* [...]”.

Todavia, não lhe atribuiu caráter de direito fundamental, eis que, adotando o ensinamento de *Thomas Jefferson* que, na Declaração de Independência de 04/07/1776, a excluiu do trinômio lockeano de direitos fundamentais, substituindo-a pela busca da felicidade (*We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness* ...).

Desse modo, a Constituição americana também permitiu a desapropriação da propriedade, para uso público, mediante justa indenização: “[...] *nor shall private property be taken for public use, without just compensation*.”

Ao julgar os chamados *Granger Cases*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão unânime, de 1877, restringiu a proteção dada pelo devido processo à propriedade, sujeitando-a ao interesse público e à sua função social. A Corte sustentou a validade das leis contra os ataques fundados no devido processo legal, sob o fundamento de que “[...] a propriedade [...] se reveste de interesse público quando usada de maneira a causar conseqüência pública e afetar em geral a comunidade.” Tal propriedade deve “ser controlada pelo público em razão do bem comum, na extensão do interesse [...] assim criado.” (... *property ... become(s)*

*clothed with a public interest when used in a maner to make it of public consequence, and affect the community at large.” Such property may “be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest ... thus created.”*)<sup>20</sup>

A partir daí, a propriedade passou a sofrer severa regulamentação do poder público (poder de polícia).

Os dois direitos fundamentais (vida e liberdade), acima mencionados, desdobram-se, fazendo surgir inúmeros outros que, na essência, deles se originam.

Assim, do direito fundamental à vida decorrem, entre outros, os seguintes: a) o direito ao trabalho — ou o livre exercício de qualquer atividade econômica — isto é, de adquirir pelo trabalho os meios de sobrevivência, podendo o indivíduo exercer qualquer profissão ou atividade lícita, salvo aquelas que dependerem de qualificações técnicas, exigidas por lei, fundadas em prevalente interesse público, devidamente comprovado. A regra é que todo trabalho pessoal e atividade econômica são lícitos, independentemente de lei ou autorização do ente governamental. Não há necessidade de prévia lei para se regular uma atividade individual, seja intelectual ou de trabalho manual. Ao contrário, a intervenção do governo, limitando o exercício do direito ao trabalho, só pode acontecer para proteger verdadeiros interesses públicos. Quanto às qualificações técnicas, há de se distinguir. Primeiramente, elas não podem ser exigidas naquelas profissões inteiramente intelectuais, como a do jornalista, cujo exercício é livre para qualquer pessoa. Segundo, a restrição está condicionada à existência de profissional, legalmente habilitado, na localidade. Caso contrário, o leigo pode atuar nos casos simples ou emergenciais, desde que compatível com o seu grau de conhecimento experimental da matéria, como aconteceu no passado com o dentista prático (caso de Tiradentes), o rábula do direito (v. art. 75, da Lei 4.215/1963 — antigo estatuto da OAB), o construtor prático (desenhava a planta e edificava a casa residencial ou de comércio) etc. Evidentemente, não havendo, na localidade, pessoa formada, o interessado no serviço não é obrigado a contratar profissional de outra cidade, salvo se de seu interesse particular. Todavia, em algumas situações, mesmo não existindo profissional qualificado na localidade, a administração pública pode impedir a atividade do leigo, como a de-

<sup>20</sup>SCHWARTZ, 1997: 58.

envolvida na construção de um prédio de vários andares, que exija cálculos complexos, fora do seu alcance prático de conhecimento, ou a relativa ao exercício da medicina cirúrgica, salvo, é lógico, a pequena incisão, urgente e necessária para se salvar a vida, em risco iminente, do paciente, como a traqueotomia. O governo pode e deve vedar qualquer outro tipo de cirurgia, por extrapolar a área do conhecimento prático do leigo, inclusive a chamada de “espiritual”, decorrente de alegada incorporação de espíritos de supostos médicos, já falecidos. Excepciona-se, é claro, as meramente simbólicas, de gestos, imitando a cirurgia real, ou por simples imposição de mãos, sem corte, perfuração ou aplicação de raio-X, *laser*, ou meio semelhante, no corpo do paciente. b) direito de o indivíduo livremente casar ou viver com a companheira por ele escolhida, de ter ou não filhos, ou seja, o direito de procriar ou não procriar, ou de a mulher interromper sua gravidez nos primeiros meses e em certos casos criminais, como a decorrente do estupro; c) o direito de o indivíduo ter e exigir o acesso à assistência e à saúde disponibilizadas pelo governo; d) direito ao meio ambiente limpo e sadio, inclusive no local de trabalho; e) direito a uma morte digna, podendo optar pela não continuação de tratamento médico doloroso ou prolongado, ou mediante o uso de aparelhos que, artificialmente, prolonguem a vida. Note-se que, neste caso, a decisão final é, sempre, do paciente e não do médico ou de membro da família, ainda que o facultativo alegue que o tratamento é necessário a fim de salvar a vida do paciente terminal. Quanto aos parentes, não se pode aceitar sua decisão, pois sobre eles sempre pesa a suspeição de haver interesses financeiros subalternos, como a herança, por exemplo. O paciente pode manifestar sua vontade oralmente, se estiver lúcido, ou por escrito, anterior ou posterior ao descobrimento da enfermidade fatal, ou que o tornou totalmente incapacitado. Qualquer um da família pode provar, por qualquer meio, a intenção do moribundo.

Sendo a vida o primeiro e o mais essencial dos direitos fundamentais, do qual decorrem todos os demais, não pode o Estado extingui-la, nem mesmo em tempo de guerra, em virtude de punição militar (corte marcial). Somente se admite, em caso excepcional de guerra, o alistamento militar compulsório e as punições decorrentes da covardia em combate ao inimigo (expulsão da corporação, perda do direito de uso da farda, medalhas, insígnias, divisas e aplica-

ção da pena de reclusão etc.), mas, jamais, a aplicação e execução da pena de morte. Também, não é lícita a decretação de pena de morte criminal comum, ou o estado de morte civil (*civil death*), de direito privado, com perda dos direitos civis e, conseqüentemente, dos meios de subsistência, nos casos de crimes de alta traição, ainda que tais sanções estejam previstas em lei. Ontologicamente, a vida — por se constituir num direito natural, inalienável e indisponível — precede à formação do Estado. Daí por que o governo, que representa a vontade majoritária da sociedade política, não tem legitimidade, jamais, para decretá-la. Mesmo que dispositivo expresso, autorizador, conste da Carta Política, ele é inconstitucional, de modo inexorável, justamente por ferir o direito à vida, que é o mais sagrado dos direitos fundamentais, em razão de sua natureza substancial, intocável, e de seu caráter estrita e absolutamente antimajoritário.

Já da liberdade emanam, só para arrolar alguns, (a) o direito à liberdade física propriamente (ir, vir e ficar) e os outros correlatos, como: (b) o da privacidade (o direito de estar sozinho, consigo mesmo, sem ser molestado por ninguém — muito menos pelos agentes do governo — como o de ler, particularmente, qualquer livro, ainda que tido por pornográfico, e o de praticar, de fato, privadamente, sua orientação sexual; (c) o da inviolabilidade do domicílio (Minha casa é meu castelo! Ainda que seja um simples casebre numa pobre favela!), ninguém pode penetrar, sem o consentimento do morador, na casa residencial à noite (salvo em flagrante delito, desastre ou para prestar socorro), ou, durante o dia, a não ser com ordem judicial; (d) o da livre manifestação do pensamento, em suas diversas facetas: 1) o de informar (abrir jornais, instalar estações de rádio e de televisão, observado, quanto a esses dois últimos, apenas, o princípio da igual utilização por todos do espectro eletromagnético, distribuir panfletos etc); 2) o de ser informado por fontes diversificadas, não monopolizadas, e sem controle do governo; 3) o de ter crença religiosa, ou de não tê-la; 4) o de reunião, formando clubes, associações e organizações, a fim de poder expressar e defender suas diferentes opiniões, inclusive aquelas que desagradem o governo, ou certos grupos da população.

## 8 Distinção entre advocacia de idéias e incitação ao crime

No campo da livre manifestação do pensamento, há de se fazer uma importante distinção. A que expõe a diferença que existe entre a advocacia de idéias e a incitação ao crime. A Constituição assegura o direito à livre manifestação do pensamento, por quaisquer meios, inclusive os artísticos (escultura, pintura, literatura, cinema etc). Assim, o indivíduo tem direito de livremente expor suas idéias, ou defender suas ideologias, ainda que contrariem o pensamento reinante na sociedade. Pode-se dizer comunista, ateu, nazista, *gay*, evangélico, católico, maçom, espírita, pai de santo etc. Ou pode se dizer apolítico, agnóstico ou ateu. Pode defender a superioridade de qualquer raça ou sexo. Pode usar os símbolos, emblemas e insígnias que julgar conveniente para expressar suas idéias, como, por exemplo, a cruz, a suástica, o martelo entrelaçado com a foice e a estrela vermelha. Lícito lhe é, ainda, usar as vestimentas próprias de sua doutrina: a batina, o hábito, o uniforme, o capuz (este como na procissão do fogaRéu, em Goiás, ou na passeata pacífica dos membros da Ku Klux Klan nos EUA) etc. Pode-se até queimar a bandeira brasileira em protesto político. Estamos, pois, aqui, no domínio da advocacia de idéias, permitida e assegurada pela Constituição. Diferentemente ocorre quando há incitação ao crime, mediante a prática de atos concretos de início de execução do delito. Saliente-se, todavia, que a Constituição protege a defesa de tese, no sentido de não ser delituosa determinada conduta, ainda que tipificada como tal no Código Penal. Difere da apologia do crime, onde se incita à prática de determinada conduta delituosa, sem se defender a atipicidade do ilícito. Enfim, a troca de idéias é salutar e garantida pela Constituição, salvo quando incitam, concretamente, à prática do fato penalmente típico, dando início, com atos de execução, ao *iter criminis*.

## 9 Outros direitos individuais além do rol do art. 5º da Constituição Federal

Os direitos individuais fundamentais e suas garantias se encontram, em regra, arrolados literalmente no art. 5º, da Constituição Federal. Contudo, esses direitos e garantias nela expressos, como afirma a própria Carta Política, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

internacionais de que o Brasil seja signatário (CF, art.5º, § 2º).

O exemplo provém da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Ela não cuidava, textualmente, do direito à privacidade. Ao julgar o caso *Griswold v. Connecticut* (1965), a Suprema Corte, em voto memorável do *Justice William O. Douglas*, estabeleceu, pioneiramente, o direito constitucional à privacidade (*right to privacy*), quando afirmou — baseando-se em outros direitos civis não mencionados na Constituição, tais como o direito de associação, o de educar os seus filhos e o de liberdade acadêmica — que: “Específicas garantias do *Bill of Rights* têm penumbras, formadas pelas emanações daquelas garantias, que ajudam a lhes dar vida e substância.” (*Specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help gave them life e substance*).<sup>21</sup>

Logo, outros direitos civis, não mencionados na Constituição brasileira, decorrem diretamente, ou podem ser extraídos de sua penumbra, do regime de governo adotado, isto é, Estado democrático de direito, sob o império da lei, esta subordinada à Constituição, enfeixando o princípio da igualdade e o exercício da cidadania (sua maior expressão é o voto secreto — que, como direito, não pode ser obrigatório, nem ser a abstenção objeto de multa pelo governo — e, ainda, o direito de exercer cargos públicos por eleição ou concurso público), forma e sistema de governo (república e presidencialismo) e de Estado (federalismo), e dos princípios adotados pela Carta Magna, podendo ser citados, entre outros, o republicano (ninguém pode exercer a função pública ou permanecer no cargo público, senão por prazo certo e determinado), o federalismo (divisão de poder entre os entes federativos (União, Estado-Membro e Municípios, respeitando-se sua autogovernabilidade), o da separação dos poderes políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um independente dos outros dois), o pluralismo político (as várias tendências políticas e visões do mundo devem ser expressadas por partidos políticos distintos; não pode haver um só partido político comandado pelo governo, ou mesmo mais de um, de fachada, se forem dominados pelo governo), o respeito à dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa na ordem econômica, com repúdio aos

<sup>21</sup> KAIRYS, 1993: 151.

monopólios, cartéis e trustes. Destaca-se, notadamente, ainda, dentre os princípios tributários, o que proíbe o confisco.

## **10 Tratados e convenções internacionais. Direitos humanos. Força de emenda constitucional**

---

Como se viu, nem todo direito individual se acha expresso literal e taxativamente na Constituição.

A Carta Magna inclui, também, entre os direitos individuais fundamentais os decorrentes dos tratados internacionais de que o país seja parte (CF, art. 5º, § 2º). Promulgado o tratado pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, ele se incorpora ao ordenamento jurídico nacional. Na parte em que dispõe sobre direitos individuais, ele é recepcionado, instantaneamente, como adição às garantias constitucionais, valendo como norma constitucional, não podendo, pois, ser abolidos por emendas constitucionais ou, sequer, por leis, em decorrência da cláusula pétrea que protege os direitos individuais contra a intrusão do Estado (CF, art. 60, § 4º, IV).

Portanto, qualquer outro direito individual, não arrolado no art. 5º de nossa Carta Política, e que seja objeto de tratado internacional, passa a se incorporar ao citado rol instantaneamente, mediante a simples promulgação, pelo Congresso, do decreto legislativo que referenda o tratado internacional firmado pelo Poder Executivo. Para efeito de aprovação desse tipo de tratado não se exige forma especial (CF, arts. 49, I, e 84, VIII).

Já, no caso de tratados e convenções internacionais dispendo sobre direitos humanos, eles terão equivalência à emenda constitucional se forem aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos (CF, art. 5º, § 3º). A restrição se justifica, uma vez que expressão “direitos humanos” é mais ampla e abrangente do que a de “direitos individuais”, eis que nem tudo referente ao gênero humano é pertinente ao indivíduo, como espécie.

Exemplo de direitos humanos se tem no tratado ou convenção internacional que dispõe sobre o tratamento que deve ser dispensado ao prisioneiro de guerra. Também, viola os direitos humanos a manutenção de prisioneiros, oriundos de conflitos bélicos, sem

guerra declarada, em cadeias secretas dispersas por vários países.

Em razão da matéria versada nesses tratados, por ser muito mais abrangente do que a relativa aos direitos individuais, exige-se forma especial de aprovação congressual para sua incorporação entre os direitos fundamentais, já que o tratado passa a equivaler a uma emenda constitucional.

Tal formalidade (aprovação em dois turnos, com *quorum* qualificado), porém, não se aplica aos direitos individuais, mesmo quando embutidos nos direitos humanos, já que uns se distinguem nitidamente dos outros, em virtude da relação gênero/espécie.

Enquanto os direitos individuais decorrentes de tratados internacionais se incorporam definitivamente em nossa Constituição, não podendo ser mais abolidos, em razão da garantia pétrea que os protege, os direitos humanos podem ser modificados, atenuados ou anulados por meio de emenda constitucional, já que não gozam daquela específica garantia constitucional.

Não se referindo a direitos humanos e/ou a direitos individuais, os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil e promulgado pelo Congresso valem apenas como leis ordinárias.

## **11 Características dos direitos individuais**

---

Os direitos individuais fundamentais têm características próprias, a saber:

a) são direitos livremente exercitáveis, independente da existência de prévia lei. Portanto, a ausência de lei não impede o seu pleno exercício, já que a própria Constituição afirma que as normas constitucionais que os definem têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º). A lei, quando vier e se vier, não pode extingui-los, mas apenas disciplinar o seu uso comum, considerando a existência de relevante e compelidor interesse público, que deve ser real, concreto e demonstrável. Só nessas condições o governo pode interferir, mediante lei, nessa área sensível e usualmente intocável dos direitos individuais. Quando a Constituição diz, no que pertine aos direitos individuais — já que a norma está inserida no capítulo que deles trata (art. 5º, II) — que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, está consagrando o princípio de que tudo é permitido, sem nenhum embaraço go-

vernamental, salvo se vier lei regendo o exercício do direito em questão. Nesse caso, a lei, para ser constitucionalmente válida, já que adentra na seara restrita, normalmente proibida, dos direitos fundamentais, não pode impedir o exercício do direito assegurado na Constituição. Ela só pode outorgar poderes de gestão ao governo, para que administre o uso comum do direito, de modo que todos dele usufruam, sem uns prejudicarem os outros.

b) os direitos individuais e suas garantias são protegidos pelo núcleo constitucional pétreo, não podendo ser abolidos, ou suprimidos, por lei, nem por emenda à Constituição (CF, art. 60, § 4º, IV); a lei só pode regular o seu exercício, a bem da comunidade, comprovando-se a necessidade, real e efetiva, de sua edição.

## 12 Natureza auto-exercitável. Independência de prévia lei

Justamente por serem os direitos individuais de natureza antimajoritária, protegidos contra a agressão da lei (ou de emenda constitucional), que é, ostensivamente, de cunho majoritário, eles não podem ser abolidos, extintos ou ter o seu exercício impedido, máxime sob o falso argumento de ausência de lei. Assim, os direitos fundamentais não precisam de lei para validá-los e lhes dar eficácia. Obtêm a sua legitimação e sua auto-executividade da própria Constituição, que os reconheceu e lhes deu aplicação imediata. Num país, como o nosso, que se rege, formalmente, pelo Estado Democrático de Direito, é a Carta Política que, ao positivá-los, dá vida e substância aos direitos civis fundamentais, não obstante a existência deles a preceder. Assim, a falta de lei sobre determinado direito fundamental, arrolado como tal na Constituição, não torna o seu exercício ilegal, clandestino ou pirata.

## 13 Garantias dos direitos individuais

De nada valeria a especificação dos direitos individuais fundamentais se não houvesse meios de implementá-los, de realizá-los, de torná-los efetivos e oponíveis perante o governo.

Para que o indivíduo realmente deles desfrute, a Constituição enumerou, junto com eles, uma série de garantias, que também não podem ser violadas,

ou anuladas, pela lei, tampouco por meio de emendas constitucionais (CF, art. 60, § 4º, IV).

Por conta disso, a lei não pode proibir o Judiciário de apreciar certas questões, retirando-lhe a jurisdição (o que ocorreu, freqüentemente, durante as ditaduras), nem mesmo impedindo-o de dar liminares sobre os direitos individuais, a uma porque maltrata, expressamente, o texto constitucional que resguarda os direitos individuais e suas garantias e, a duas, porque se viola o princípio da separação dos poderes. O Judiciário é quem detém, pela Constituição, o poder de dar a última palavra na interpretação da Lei Fundamental. No tocante aos direitos individuais e suas garantias, nem por emenda constitucional os poderes eleitos podem derrubar a decisão judicial. O Judiciário tem o dever de resguardar o direito individual, e suas garantias, contra os ataques dos ramos eleitos do governo, seja por lei ou ato administrativo, não podendo se furtar, ou ser proibido, de emitir provimentos cautelares para assegurar o exercício do direito em risco de perecimento.

Essas garantias constitucionais se resumem, basicamente, no livre acesso ao Poder Judiciário, eis que, consoante o texto constitucional (CF, art.5º, XXXV), “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*”

Sem o livre acesso ao poder político — o Judiciário — que tem a missão de resguardar o direito e os interesses da minoria, não há como alguém defender os direitos individuais. O compromisso dos ramos políticos eleitos é, em tese, com a maioria. Vimos que no Brasil a coisa ocorre de maneira diferente, em face do defeito na representatividade popular no Congresso Nacional. Por conta disso, uma tarefa maior é atribuída ao nosso Judiciário: defender a maioria, excluída dos benefícios, das riquezas e das oportunidades, em virtude de leis feitas por poderosas minorias insulares, em defesa de privilégios, o que, por isso mesmo, as torna, no mais das vezes, maculadas e inconstitucionais, eis que padecem dos vícios da injustiça e da falta de alcance majoritário.

Complementa esse direito fundamental de acesso ao judiciário outra garantia de excepcional valor na defesa dos direitos individuais. Refiro-me à cláusula milenar do Devido Processo Legal (*Due process of law*), abrigada nos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal, cuja dicção é a seguinte: “*LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial*

ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Resumidamente<sup>22</sup>, o princípio do devido processo legal tem duas dimensões. Na primária, ele assegura ao indivíduo o direito de não sofrer nenhuma penalidade, administrativa ou criminal (multa, apreensão de bens, perda de bens, pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos etc), sem que lhe tenha sido dada, antes, a oportunidade de exercer a mais ampla defesa, inclusive mediante o contraditório (ter acesso aos termos precisos da acusação, seus fundamentos de fato e de direito, as provas contra ele já colhidas, inclusive os documentos que a acompanham, para poder se defender adequadamente, produzindo sua prova e suas alegações, em prazo adequado) e o recurso a ela inerente (a Constituição não se aceita, em regra, decisão de uma só instância, seja administrativa ou judicial, sem direito a recurso), com igual tratamento perante a lei, isto é, gozar das mesmas franquias do acusador (mesmos prazos processuais, para efetuar a defesa e qualquer diligência, e os mesmos prazos recursais, devendo sempre o acusado falar por último). Essa mesma cláusula milenar do devido processo legal, já numa ótica substantiva, impõe ao poder judiciário o dever de julgar a causa que lhe é submetida — seja cível, administrativa, tributária ou criminal — sempre, pelo modo mais justo, correto, honrado e decente, ainda que a lei disponha de modo contrário. Nesse caso, a lei que trouxer consigo qualquer grau de injustiça é, nesse particular aspecto, plenamente inconstitucional, já que a nossa Carta Magna não compactua, em face dos princípios por ela adotados, com o injusto, o incorreto, o desonesto e o imoral, pois a fonte de validade e de legitimidade da lei é, sempre, a Carta Política, da qual — e não da lei — é o judiciário o seu último e principal guardião. A sub-representação congressual, de onde decorre lei injusta, pode e deve ser enfocada pelo poder judiciário com base no substantivo devido processo legal.

O acesso ao Poder Judiciário se faz, normalmente, com a utilização do instrumental colocado à disposição do indivíduo pela própria Carta Política. Realça-se, entre outros, os três abaixo, que são os principais:

a) o pedido de *habeas corpus*, destinado a garantir a liberdade física (direito de ir, vir e ficar), que pode ser manejado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, isto é, pelo próprio interessado ou por terceiros, inclusive por advogado contratado por ele ou por seus familiares (CF, art. 5º, LXVIII; CPP, art. 654);

b) o mandado de segurança, individual ou coletivo, visando proteger qualquer direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público. Depende de advogado para o seu ajuizamento (CF, art.5º, LXIX e LXX);

c) o pedido de *habeas data*, objetivando assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; ou para a verificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF, art. 5º, LXXII, *a e b*). A petição judicial deve ser feita por meio de advogado.

De forma indireta, o indivíduo conta, também, com o apoio do Ministério Público (Promotores de Justiça estaduais e Procuradores da República federais), a quem a Constituição deu competência para “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*” (CF, art.129, II).

É o Ministério Público, por força constitucional, o principal defensor dos interesses da sociedade.

Assim, o prejudicado pode, querendo, representar ao Ministério Público que, conforme o caso, está autorizado, entre outras atividades, a impetrar *habeas corpus*; a promover a ação penal; a realizar o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; a defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

## 14 Demais normas constitucionais. Critério da razoabilidade. Ônus da prova

De outra sorte, as demais normas constitucionais, observados os princípios constitucionais que as orientam, estão sob o comando da vontade da maioria.

<sup>22</sup> Para maior aprofundamento, vide meu livro *Devido Processo Legal* (Due Process of Law). 2001.

Desse modo, a lei editada pelos poderes eleitos, que representam a maioria do povo, quando regulam esses dispositivos constitucionais, tem, naturalmente, a presunção de constitucionalidade. O governo goza desse benefício. Por isso, pressupõe-se que a lei é constitucional, salvo prova em contrário, a ser feita por quem se diz prejudicado. O ônus da prova é do que alega a inconstitucionalidade. O governo nada tem que provar ou justificar. A interpretação constitucional, a ser feita pelo judiciário, rege-se pelo *princípio da razoabilidade*. Em face desse princípio, a lei só será anulada pelo Judiciário, por vício de inconstitucionalidade, se o governo extrapolar os limites da administração moral, eficiente e razoável. Em termos constitucionais, a administração pública está vinculada, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37). A lei, no caso, não é considerada, aprioristicamente, suspeita de inconstitucionalidade, devendo, apenas, superar o crivo da razoabilidade.

## 15 Conclusão

Finalizando, os direitos individuais fundamentais, essencialmente antimajoritários, só serão efetivamente garantidos — e a sociedade gozará das liberdades civis — se se contar com um Poder Judiciário realmente forte e independente, capaz de enfrentar o governo. Só assim ele terá condições de cumprir sua missão primordial, como instituição antimajoritária, de defender o povo contra a tirania dos poderes eleitos, veiculada por meio das leis, costumeiramente inconstitucionais em nosso país.

Não se deve esquecer que, na França, o judiciário, atualmente, não constitui poder político, já que não detém o poder de, constitucionalmente, anular leis. Isso só aconteceu porque, durante a revolução francesa de 1789, os revolucionários, deixando de seguir o modelo tripartite de divisão do poder político, pregado por Montesquieu e adotado na Constituição americana de 1787 — de que os revolucionários tinham detido conhecimento, pois *Jefferson*, na época, era embaixador na França — não confiaram no poder judiciário francês de então, porque os juizes da época agiam, de modo subserviente, sempre no interesse do governo (rei) e da nobreza (minorias oligárquicas que comandava as leis e o judiciário), com desprezo pelo povo, que vivia na pobreza, na miséria e na ignorância.

Infelizmente, o Judiciário brasileiro — mercê da secular dominação política do executivo, que remonta

ao tempo do Brasil império, quando o juiz era demissível pelo monarca — ainda não alcançou, de fato, por problemas culturais, o grau de independência que a Constituição expressamente lhe concedeu. Por isso, a exemplo do juiz francês, o magistrado brasileiro, de um modo geral, comporta-se como escravo da lei, ou seja, submisso à vontade das minorias oligárquicas e privilegiadas, que a fazem.

Contudo, há, atualmente, bastante esperança de se mudar esse quadro, passando o judiciário a ser verdadeiro poder político independente. Sem um Judiciário forte não há chances para a democracia.

## Referências bibliográficas

- ARISTOTLE. *Politics*. The Easton Press. USA, 1979.
- BRANDEIS, J. *New State Ice Co. v. Liebmann* 285 US.262, 1932.
- GARVEY, John H; Aleinikoff, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. St. Paul. West Publishing, 1991.
- KAIRYS, David. *With Liberty and Justice for Some*. The New Press, USA, 1993.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. The Easton Press. USA, 1991, book II, cap. VIII.
- MACHIAVELLI, Niccolo. *The Prince*. The Easton Press. USA, 1980.
- MARSHALL, John. *Marbury v. Madison*. 5. U.S. 137, 1803.
- O'CONNOR, Sandra Day. *The Majesty of the Law*. The Easton Press. USA, 2003.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York. William Morrow, 1987.
- SCHEIBER, Harry N. *Federalism and the Judicial Mind*. University of Califórnia, USA, 1992.
- SCHWARTZ, Bernard. *A Book of Legal Lists*. Oxford University Press, USA, 1997.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. 3ª Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2001.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *500 Anos de Servidão – A Lei como instrumento de dominação política no Brasil*. OAB Editora. Brasília, 2004.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (Checks and Balances)*. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 1999.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Tribunal Arbitral – Nova Porta de Acesso à Justiça*. Ed. Juruá, Curitiba, 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. The Easton Press. USA, 1991.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. The Foundation Press Inc., USA, 2. ed., 1988.

# Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso

Rodrigo Carneiro Gomes\*

## 1 Introdução

Inexiste no ordenamento jurídico pátrio uma legislação federal que regulamente o uso de algemas e uniformize esse procedimento no Brasil, um país de dimensões continentais com vários órgãos contemplados no capítulo constitucional sobre a segurança pública e, portanto, com diversas instituições se valendo das algemas.

O uso de algemas não é restrito às corporações policiais ou órgãos de segurança pública, o que aumenta a gama de alternativas de sua utilização.

A problemática do uso de algemas gera críticas e debates em todas as camadas da população brasileira, profissionais da área de segurança pública ou não.

Na ausência de legislação adequada, os Tribunais pátrios têm exercido papel fundamental na correta interpretação dos limites da utilização de algemas e quanto à proporcionalidade no seu manejo.

## 2 Origem, etimologia e conceito de algemas, segundo Sérgio Pitombo

Em clássico artigo publicado na Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, v. 36, p. 19-61, jul./dez., 1984, uma década antes do surgimento da organização criminosa de presidiários de São Paulo, o Primeiro Comando da Capital, Sérgio Pitombo tratou do “Emprego de algemas: notas em prol de sua regulamentação”.

Segundo o saudoso jurista “a palavra algema proveniente do árabe (*al jamad*: a pulseira), parece que, no sentido de aprisionar, apenas se torna de uso comum, no século XVI”.

Citando Fr. João de Souza, propaga que o dicionarista, em seu léxico etimológico:

diz ... ser algema instrumento de ferro com que o alcaide ou oficial de justiça prende as mãos do criminoso, ou dedos polegares (*Vestígios da língua árabe em Portugal*, Lisboa. Of. de Acad. Real das Ciências, 1789, p. 36). O ensino de Pereira e Sousa é semelhante: “... certo instrumento de ferro com que se prende as mãos ou dedos polegares, aos que são conduzidos pela Justiça às cadeias” (*Esboço de hum dictionário jurídico, theoretico e pratico*, Lisboa, T. Rollandiona, 1825, T I, verbete respectivo).

E prossegue:

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, no Capítulo VI, intitulado “Da ordem da prisão”, dispunha do art. 180: “Se o réu não obedecer e procurar evadir-se, o executor tem direito de empregar o grau de força necessária para efetuar a prisão; se obedecer, porém o uso da força é proibido”. Surgia, assim, implicitamente, permitido o emprego de algemas, no instante da prisão. Ramalho, comentando a norma processual, lecionava: emprega-se a força necessária para chamá-lo à obediência, se resiste com armas, fica o executor autorizado a usar dos meios, que julgar indispensável a sua defesa...<sup>1</sup>

O temperamento do dispositivo, à toda a luz, é, contudo, ostentado por Pimenta Bueno: Fora do caso de resistência, ou diligência de evasão, é absolutamente proibido todo e qualquer mau trato contra o preso, pena de responsabilidade<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Elementos do processo criminal para uso das Faculdades de Direito do Império*. São Paulo, L. 2 de dez., 1856, § 149, p. 70-1.

<sup>2</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o processo criminal pelo júri*. Rio de Janeiro, L. Imperial e Const. de J. Villeneuve, 1849, § 41, item 3, p. 47. O mesmo tópico acha-se repetido na segunda edição, que recebeu o nome de “Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro” (Rio de Janeiro, Emp. Nac. do Diário, 1857, p. 95). Em Portugal, na época a preocupação com as cautelas e cuidados, durante a execução de qualquer ordem de custódia, ou prisão, emergia a mesma. Ensinava Duarte *Nazareth*: “O oficial da diligência deve conduzir-se com moderação e é-lhe proibido fazer algum insulto ou violência aos presos; e, no caso de resistência, lhe será lícito usar da necessária para repelir a agressão e efetuar a diligência”. *Nazareth*, Francisco J. Duarte: “Elementos do processo criminal” (Coimbra, Imp. da Universidade, 4ª ed., 1861, § 148, p. 151-2).

\* Delegado de Polícia Federal da Diretoria de Combate ao Crime Organizado. Professor da Academia Nacional de Polícia, pós-graduado em processo civil e segurança pública.

A Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, reformadora do Código de Processo Criminal, deixou intocado o art. 180<sup>3</sup>.

Reestruturou-se o processo penal brasileiro só trinta anos depois, com a Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentado pelo Decreto 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano.

Esse último, no art. 28, ao cuidar da prisão e da maneira de realizá-la estabelece:

... O preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor; e quando o não justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de dez a cinquenta mil réis, pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.

Recomenda-se a leitura do inteiro teor do artigo mencionado, que pode ser acessado pela “internet”<sup>4</sup> e que foi trazido à colação como referência histórica e de lançamento da pedra fundamental do estudo sobre o uso de algemas, sendo suficientes os trechos reproduzidos para que seja mantida a objetividade no debate do tema proposto.

Frise-se que, as pesadas algemas de ferro não mais existem e foram abolidas há muito tempo, substituídas por materiais leves, modernos e resistentes, de tamanho reduzido.

### 3 A interpretação pretoriana: a visão do Supremo Tribunal Federal

A importante questão do uso de algemas obteve um avanço significativo nos debates perante nossa Corte Constitucional. O acórdão do *habeas corpus* ainda não foi publicado, mas o Informativo 437 do STF traz alguns dados relevantes e norteadores da boa conduta policial.

<sup>3</sup> O Regulamento 120, de 31 de janeiro do ano seguinte, que lhe facilitou e reforçou a execução, dava aos inspetores de quartelão competência para prender infratores, em flagrante delito e, também, réus pronunciados não afiançados, bem como sentenciados à prisão (art. 66, n. 3). O anotador de então, arrimado em Aviso de 6 de março de 1834, asseverava: “Para o desempenho destas atribuições, poderão empregar os oficiais de justiça, *os quais podem, sendo preciso, usar dos meios*, que têm em suas atribuições. Paulo Pessoa, Vicente Alves de “Código do Processo Criminal”, anotado, Rio de Janeiro, L. AA da Cruz Coutinho, 1882, nota 2.397, p. 391, (o grifo é nosso).

<sup>4</sup> <http://www.sergio.pitombo.nom.br>

Em razão da recente operação “Dominó” da Polícia Federal, no Estado de Rondônia, o excelso Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre o “uso de algemas”. Reconheceu-se que o uso de algemas não está regulamentado, por falta de ato normativo que explicita o art. 199 da Lei de Execuções Penais: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”, que deve ser entendido como Lei Federal.

Segundo o noticiado no Informativo 437 do STF (*In*: <http://www.stf.gov.br>. Uso de Algemas e Constrangimento Ilegal – 2), no julgamento unânime do HC 89429/RO, Relatora Ministra Carmen Lúcia, em 22/08/2006, o uso de algemas não pode ser arbitrário.

E, mais adiante, afirma “que a prisão não é espetáculo”, com o que concordamos plenamente, o que tem sido uma das maiores críticas à atuação da Polícia Federal, principalmente, quando presos temporários são expostos à ação devastadora das câmeras de televisão, o que deve ser revisto com urgência. Possivelmente, se não houvesse registro midiático das prisões, sequer haveria provocação do STF sobre o assunto, embora seja de todo recomendável essa manifestação pretoriana.

Ainda segundo o Informativo do STF, o recurso de algemas “deve ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.”

### 4 O direito natural do preso e a periculosidade presumida do réu/investigado com mandado de prisão expedido

Sem embargo, o v. acórdão terminou por reconhecer que o uso de algemas é a regra, e não exceção. O preso que tem contra si expedido mandado judicial de prisão é de periculosidade presumida. Aliás, o instinto humano é de liberdade e a presunção *juris tantum* é de procura incessante por essa. Vejam-se os casos “Salvatore Caciolla”, “Jorgina de Freitas”, “PC Farias”, entre outros que buscaram o abrigo internacional. É ditado popular que toda regra tem exceção, mas não quanto à fuga do preso: até os presos que necessitam de cuidados médicos têm buscado a liberdade quando

são internados e os tribunais admitem até que a tentativa de fuga é um direito do preso.

De acordo com o julgamento do *Habeas Corpus* 73941, a fuga seria mesmo um direito natural do preso:

Se de um lado a fuga não pode ser considerada como fator negativo, tendo em vista consubstanciar direito natural, de outro não menos correto é que a prática delituosa a partir dela torna incontroversa a falta da indispensável ressocialização. (HC 73491/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma do STF, publicado no *DJ* de 07/06/1996, p. 19827).

## 5 O preconceito de classes

A maior parte das críticas (falta de regulamentação, excepcionalidade da medida) possui como pano de fundo o “preconceito de classes”, pois, na prisão de traficantes e assaltantes de bancos, cargas e valores, abordagens em morros, favelas e comunidades humildes, afastados dos círculos de influência e amizade da burguesia e altas autoridades, os medalhões do direito e os mecenas da “presunção de inocência” nunca levantaram suas vozes.

O editorial do *O Estado de São Paulo*, de 06/08/2006, classificou como “privilégio” a proibição de uso de algemas em determinada categoria profissional.

Em outra oportunidade, em parceria com o nobre professor e promotor de justiça do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado de São Paulo (GAECO), José Reinaldo Guimarães Carneiro, foi consignado que:

Os argumentos contra as algemas são variados e criativos. Ora se diz presente excesso de poder, ora se afirma o desrespeito puro e simples a direitos constitucionais. O que não se diz, às claras, é que o argumento é essencialmente preconceituoso. Querem fazer crer, com péssimo propósito, que o colarinho branco não precisa ser algemado. Tiram do uso do equipamento somente a sua simbologia de suposta humilhação, para concluir, às avessas, que só quem merece as algemas é o réu ordinário, aquele que mal consegue defesa técnica digna. O Brasil não merece debate tão pobre. (Disponível em <http://www.novacriminologia.com.br> e publicado no suplemento semanal *Direito & Justiça* do jornal “Correio Braziliense” de 12/12/2005).

## 6 A casuística e o questionável sistema de privilégios do art. 242 do Código de Processo Penal Militar, c/c o art. 234, § 1º, última parte

A literatura policial é recheada de casos de presos algemados para frente que retiram a arma do policial, fogem em aeroporto algemados, ou, conduzidos em viaturas sem algemas, agredem o policial e provocam o capotamento do veículo, muitas vezes, tragicamente, com vítima fatal. Tudo isso acontece tanto com as forças policiais responsáveis pelos atos de polícia judiciária (civil e federal) quanto com as forças policiais ostensivas, fardadas, principalmente, responsáveis, dentre outras funções, pela manutenção da ordem pública, através do patrulhamento (ronda), contenção de distúrbios e abordagem de suspeitos, como o fazem as polícias militares e rodoviária federal.

Por outro lado, *data venia*, o magistrado não tem como aquilatar a periculosidade do agente criminoso no momento da prisão. Pode fazê-lo na decisão que determina a prisão temporária, mas não terá elementos concretos, por falta de juízo de antecipação fática, para prever como o preso irá se portar no ato de leitura do mandado de prisão. O preso pode ser um pacato pai de família que, na iminência de ter sua liberdade restrita, usará todos os recursos ao seu alcance para se livrar solto. Qual seria o parâmetro então? O preso bacharel em Direito teria mais condições de avaliar seu *status libertatis*? O assaltante de banco, réu primário, sem antecedentes criminais, portanto, deveria ser algemado? O nível social ou o nível de escolaridade deveriam contar pontos para a retirada das algemas do preso de colarinho branco ou parlamentar? A discriminação, em qualquer dos casos referidos, seria odiosa e quebraria a isonomia constitucional, como o faz o art. 242, c/c o art. 234, § 1º, última parte, ambos do vetusto Código de Processo Penal Militar.

Obviamente, diga-se de passagem, a nova ordem constitucional não abraçou (*rectius*: não recepcionou) o questionável sistema de privilégios do art. 242, c/c o art. 234, § 1º, última parte, ambos do CPPM, resquício de uma época de intangibilidade das autoridades, com escassos instrumentos de controle social e de prestação de contas. A existência de tratamento diverso para autoridades públicas quebra o princípio da isonomia ao vedar o uso de algemas em ministros de Estado, mi-

nistros do Tribunal de Contas, governadores, magistrados, membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados, ministros de confissão religiosa, dentre outros, sem ressaltar o cumprimento de mandados de prisão, a periculosidade, a possibilidade de porte de arma, a exaltação de ânimos e a necessidade de imobilização sem recurso à força. É agravada a sensação de impunidade, discriminação e favorecimento que existe no Brasil, detentor do título de país com pior distribuição de renda do mundo, ao lado de Serra Leoa. É desvirtuada a finalidade de algemas: imobilização do conduzido, preso ou condenado.

Não custa lembrar que o juiz Rowland Barnes, 64, e sua estenógrafa, Julie Brandau, na corte do Condado de Fulton, Atlanta, EUA, foram assassinados no mês de março do ano de 2005, por Brian Nichols, 34, acusado de estupro, que, sem algemas, conseguiu retirar a arma da policial da escolta e alvejá-los. O acusado, recapturado, foi descrito por seu advogado como pessoa “com uma personalidade tranqüila e muito querido entre seus companheiros de trabalho” <http://www.cruzeiro-net.com.br>.

## 7 O equívoco na relação algemas/força

Um equívoco comum é associar o uso de algemas ao emprego de força, quando, na verdade, a algema é forma de neutralização da força, contenção e imobilização do delinqüente. É menos traumático, doloroso e arriscado imobilizar o meliante pelo recurso à algema, do que pelo acesso a técnicas corpóreas de imobilização. Esse aspecto foi debatido e ventilado no “sitio” na rede mundial de computadores da Revista Consultor Jurídico de 11/02/2006, sob o título “Regra, e não exceção — Uso de algemas garante integridade de policial e acusado”. (Disponível em <http://conjur.estadao.com.br>).

O ato de algemar não é um constrangimento ilegal. Poderá sê-lo se procedido tão-somente para filmagem e divulgação em rede nacional, o que sujeita o policial a sanções disciplinares, sem prejuízo de outras que sejam pertinentes. Aliás, o anteprojeto do Código de Processo Penal da autoria de Hélio Tornaghi admitia o uso de algemas, mas advertia que não seriam admitidas como meio de humilhação “É permitido o emprego de algemas e outros utensílios destinados à

segurança, desde que não atente contra a dignidade ou a incolumidade física do preso”. O que deve ser combatido é a prisão ilegal. Recriminar o uso de algemas é querer que o policial aceite que a vida do preso é mais importante que a sua própria vida, quando, na verdade, ambas têm o mesmo valor. O policial, no exercício regular da atividade policial e na forma legal, não deve deixar de “algemar” o suspeito, por receio de constrangimento e eleger o valor subjetivo “imagem” como mais importante que o valor “vida”.

## 8 O uso de algemas é uma questão de bom senso

É o *bom senso*, no caso concreto, que deve prevalecer. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, no *Habeas Corpus* 35.540, publicado no *DJ* de 06/09/2004, p. 285, apreendeu bem o cerne da questão:

24. O uso de algemas há de ser aferido em cada caso concreto, não podendo haver *decisum* amplo, coibindo-o. Dentro dessa linha, parece-me mais sensato deixar a cargo da autoridade condutora do réu o melhor caminho a seguir, desde que não sejam tomadas providências desnecessárias e incoseqüentes, indemonstradas, por sinal, no presente caso.

A ementa foi lavrada nos seguintes termos:

*Habeas Corpus. Penal. Processual Penal.*

Os pedidos referentes à: apuração de responsabilidade por haver violação de segredo de justiça, proibição de veiculação de imagens do paciente e fixação de mensagem, vedando filmagens, no Tribunal, não são compatíveis com o objeto da ação constitucional eleita, que se restringe à liberdade de locomoção.

O uso de algemas pelos agentes policiais não pode ser coibido, de forma genérica, porque algemas são utilizadas, para atender a diversos fins, inclusive proteção do próprio paciente, quando, em determinado momento, pode pretender autodes-truição. Ordem denegada.

No Tribunal de Júri<sup>5</sup>, o preso pode ficar algemado durante uma audiência (desde que o signo “alge-

<sup>5</sup>Sobre o tema há artigo do Promotor de Justiça de São Paulo, Ronaldo Batista Pinto, intitulado: “Da possibilidade de ser o réu

mas” não seja utilizado pela acusação como forma de influenciar o júri e indício de culpa), quando há forte esquema de proteção policial, o meliante foi contido, revistado exaustivamente e distante do calor dos fatos (ainda assim, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, há caso de um juiz criminal, hoje Desembargador, que determinou a retirada de algemas do preso e foi, infelizmente, baleado no ombro). O que se questiona é: por qual razão, ausentes todas as garantias acima, adicionados outros ingredientes como a adrenalina e a imprevisibilidade, retira-se da esfera de discricionariedade motivada do policial a decisão de algemar ou não o preso ou conduzido?

## 9 As algemas na rotina policial

Muitos não entendem e não conhecem a rotina policial. Uma nova febre da “internet” são os vídeos postados no *site youtube*. Dentre vários vídeos acessados diariamente, quatro deles refletem a necessidade do uso de algemas e auxiliam o entendimento da população civil a respeito do recurso de algemas como modo de agir preventivo e não repressivo. Inicie-se

---

mantido algemado durante o plenário do júri.” Disponível: <http://www5.mp.sp.gov.br>

Além de inúmeros acórdãos:

“Não há constrangimento ilegal no fato de ter sido o recorrente algemado durante o julgamento perante o tribunal do júri. Art. 497, I, do CPP. (RHC 16808, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do STJ, publ. no *DJ* de 07/03/2005, p. 283). No mesmo sentido: HC 25856, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma do STJ, publ. no *DJ* de 25/08/2003, p. 336.

*Processual Penal. Habeas Corpus. Uso de algemas durante o julgamento pelo tribunal do júri. Constrangimento ilegal. Inexistência.*

- A jurisprudência pretoriana tem afirmado o entendimento de que não configura constrangimento ilegal a manutenção do réu algemado durante a sessão plenária do tribunal do júri se esta medida for necessária ao bom andamento e segurança do julgamento, bem como das pessoas que nele intervêm.

- Enquanto não regulamentado por lei o uso de algemas, o emprego deste meio de contenção, em nada incompatível com o princípio da inocência, deve ficar ao prudente arbítrio do juiz-presidente do júri, a quem compete a polícia das sessões.

- Inteligência do art. 497, I, do Código de Processo Penal. (RHC 6922, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma do STJ, publ. no *DJ* de 09/12/1997, p. 64777).

“Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso”. (RHC 56465, Relator Min. Cordeiro Guerra, 2ª Turma do STF, publ. no *DJ* de 06/10/1978). No mesmo sentido: HC 71195, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma do STF, publ. no *DJ* de 04/08/1995, p. 22442.

pelo ato de algemar, que não é dos mais fáceis (<http://www.youtube.com>), passa-se pela falta de segurança de perímetro e “pena” em não-algemar um potencial suspeito (<http://www.youtube.com>), a guarda provisória de suspeito para interrogatório que se suicida (situação ocorrida nos Estados Unidos: <http://www.youtube.com>) e a abordagem feita por uma policial feminina, em estrada, que termina mal, vítima de agressões gratuitas (<http://www.youtube.com>).

## 10 Algemas como alternativa ao emprego de armas

No Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Infratores, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990, foram adotados “Os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo (PBUFAF)”, que devem incluir disposições:

– para desenvolver uma série de meios, os mais amplos possíveis, e equipar os encarregados com vários tipos de armas e munições, permitindo um uso diferenciado de força e armas de fogo;

– para desenvolver armas incapacitantes não letais para restringir a aplicação de meios capazes de causar morte ou ferimentos.

O emprego de armas incapacitantes não letais para minimizar o risco de pôr em perigo pessoas abrangem não só as pistolas de ondas elétricas (taser M26 e X26), mas também a utilização de algemas, com função imobilizante e restrição ao uso de força e de arma de fogo.

## 11 Sucesso de operações policiais: a imprescindibilidade de algemas

O uso de algemas é a prática e técnica de imobilização que tem garantido o sucesso das operações policiais de qualquer corporação que trate da Segurança Pública, no Brasil ou no exterior, ou seja, prisões sem vítimas fatais. As regras de contenção de presos e suspeitos são universais. A família do policial pode esperar que esse retorne para casa seguro, porque serão adotadas todas as medidas de segurança possíveis para a proteção do agente público: planejamento operacional, algemas, colete e arma de uso pessoal.

O policial que não adota procedimentos de segurança põe em risco não apenas sua integridade física, mas também a de transeuntes, consumidores e outros terceiros não envolvidos, o que pode acarretar, inclusive, obrigação de o Estado indenizar por falta de cautela policial com suspeito de envolvimento em ato criminoso que destrói o patrimônio alheio para fugir da abordagem policial.

## 12 Um projeto de lei sensato

O substitutivo apresentado, com parecer favorável, pelo Deputado Federal Alexandre Cardoso ao PL 2.753 de autoria do Deputado Alberto Fraga (apensado ao PL 3.287/2000, do PL 4.537/2001, do PL 5.494/2005, e do PL 5.858/2005, à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em 21/10/2005), *a contrario sensu*, prevê o uso de algemas como regra, na prática de ato policial. Durante “a prática de qualquer ato judicial”, contudo, o ato de algemar foi posto como exceção:

Art. 3º O emprego de algemas durante a prática de qualquer ato judicial é exceção e deve ser devidamente fundamentado.

O substitutivo do projeto de lei é de clarividência notável, adequado à casuística policial e sensato ao coibir o uso arbitrário de algemas e recomendar a parcimônia no seu uso. A prática policial tem indicado que o preso tem tendência à fuga e põe em risco a vida e a segurança da equipe policial e terceiros, caso não seja adequadamente imobilizado, podendo, inclusive, se autolesionar ou cometer suicídio, daí que o uso de algemas também é uma garantia para a integridade física do preso. Em recente operação, durante procedimento de busca e apreensão, um jovem se atirou pela janela do 6º andar em prédio da zona norte do Rio de Janeiro (<http://www.link.estadao.com.br>).

Por tais razões, recomenda-se o uso de algemas, na esteira do substitutivo do projeto de lei, na forma abaixo:

Art. 2º É permitido o emprego de algemas quando o preso, custodiado, conduzido ou detido:

I – resistir ou desobedecer à ordem de prisão.

II – tentar fugir ou der indícios de que pretende fugir.

III – pode por em risco a própria integridade física ou de outrem.

Parágrafo único. É permitido, ainda, o emprego de algemas quando o efetivo policial for menor do que o número de pessoas a serem contidas ou quando o preso, condenado ou custodiado deva ser levado à presença de alguma autoridade ou transportado para outro estabelecimento prisional.

## 13 A síntese do uso de algemas para a Segurança Pública

Em síntese, a Segurança Pública no Estado Democrático de Direito deve:

– *coibir* o uso arbitrário de algemas que vise à humilhação, perseguição, prejulgamento e discriminação do preso ou conduzido em detrimento da preservação da sua dignidade;

– usar algemas com a *finalidade* de prevenir, desestimular e coibir a reação do preso ou conduzido, através de sua imobilização e contenção, independentemente do enquadramento típico-penal da conduta censurada, pois a avaliação do estado anímico do réu/investigado é feita no ato da prisão e não só pelos fatos pretéritos cometidos;

– estabelecer o *momento* adequado para imobilização e contenção do preso, recomendado o uso de armas não-letais, desde a abordagem com a vocalização da ordem de prisão “voz de prisão” até a entrega do preso em estabelecimento prisional, ultimados os atos de polícia judiciária;

– *colocar* algemas a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo; c) na condução de preso por ordem judicial ou em flagrante delito, salvo determinação justificada em contrário, sem prejuízo da avaliação da situação de risco no momento da prisão; d) para não comprometer o planejamento operacional ou fragilizar a vida e a segurança de terceiros, da vítima do delito apurado, da equipe policial e do preso ou conduzido;

– *ter em mente* que o manejo de algemas é uma alternativa ao uso de armas letais e ao uso de força desmedida e ocorrerá, em diversos níveis de gradação, mediante: a) a colaboração do preso ou conduzido; b)

a utilização de técnica policial adequada; c) o recurso proporcional e razoável da força, com finalidade de imobilização e contenção.

## 14 Conclusão

Conclui-se que a função policial transpassa a repressão à criminalidade. É também essencial que a vida seja preservada, como regra. E para que seja regra, e não exceção, o uso de algemas, desde que consciente e não arbitrário, deve ser incentivado e não reprimido.

## Referências bibliográficas

- BARBOSA, Júnio Alves Braga. *O uso de algemas. A realidade dentro e fora do sistema normativo no Brasil. O uso de algemas é regulado por decreto federal, mas qual?* DireitoNet em 17/03/2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 6 out. 2006.
- BIGAL, Valmir. *O uso de algema*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1071, 7 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 6 out. 2006.
- CAPEZ, Fernando. *Uso de algemas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 6 out. 2006.
- CARNEIRO GOMES, Rodrigo. *Algemas: isonomia e o novo projeto de lei. A problemática da exposição midiática e a segurança da equipe em operações policiais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 6 out. 2006.
- CARNEIRO GOMES, Rodrigo. *Regra, e não exceção. Uso de algemas garante integridade de policial e acusado*. Revista Consultor Jurídico, 11/02/2006. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 6 out. 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado?* Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 6 out. 2006.
- GUIMARÃES CARNEIRO, José Reinaldo e CARNEIRO GOMES, Rodrigo. *Algemas e preconceito de classes*. Correio Braziliense, Suplemento semanal "Direito& Justiça", Brasília, n. 15548, 12/12/2005, p. 2.
- MEDEIROS, Aristides. *Algemas ainda não podem ser usadas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1079, 15 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 6 out. 2006.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito preservado. O uso de algemas deve ser restrito a casos excepcionais*. Revista Consultor Jurídico, 29/01/2006. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 6 out. 2006.
- O Estado de São Paulo. *Triste tradição. Abuso no uso de algemas não traz efeito pedagógico*. Editorial de 25/07/2005. In Revista Consultor Jurídico, 25 de julho de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>> Acesso em: 6 out. 2006.
- PINTO, Ronaldo Batista. *Da possibilidade de ser o réu mantido algemado durante o plenário do júri*. Ministério Público do Estado de SP. Disponível em: <<http://www5.mp.sp.gov.br>>. Acesso em 6 out. 2006.
- PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Emprego de algemas: notas em prol de sua regulamentação*. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, v. 36, p.19-61, jul./dez., 1984. RT, São Paulo, v. 592, p. 275-292, fev., 1985. Disponível em <http://www.processocriminalpslf.com.br> e <http://www.sergio.pitombo.nom.br>. Acesso em 6 out. 2006.
- TONINI, Wagner Adilson. *Breve estudo sobre a averiguação e sua legalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 719, 24 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em 6 out. 2006.
- VEIRA, Luiz Guilherme. *Algemas: uso e abuso*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal n. 16, out.-nov. 2002, p. 11.
- XAVIER, Marina Corrêa. *Dignidade presa com algemas*. Universidade de Brasília. Disponível em <http://www.unb.br>. Acesso em 6 out. 2006.
- ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária e suas reais dimensões no Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1099, 5 jul. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em 6 out. 2006.



# O panorama da jurisprudência comparada das Cortes Constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo — a influência da transformação do conceito de território

Arthur Pinheiro Chaves\*

Nos últimos tempos, nota-se o surgimento de problema de direito constitucional geral, na forma de controvérsia acerca da utilização e citação, por parte das Cortes Constitucionais de diversos países, de material normativo e jurisprudencial externo, reflexo da crescente internacionalização das relações humanas, decorrência da aceleração dos avanços tecnológicos e da mudança de costumes.

Os dois pólos da discussão podem ser representados assim: de um lado, o art. 39 (do *Bill of Rights*) da Constituição da República da África do Sul de 1996, segundo o qual, ao interpretar o catálogo de direitos, as Cortes “devem levar em consideração o direito internacional e podem levar em consideração o direito estrangeiro”; em sentido oposto, a radical contestação dessa prática, no sentido da defesa das características originárias da Constituição, contra as “intromissões bastardas”, com experiências não indígenas e contra a transformação do direito constitucional em um genérico constitucionalismo sem confins e sem características próprias.

A controvérsia pode se ilustrar com o alvoroço causado pela referência, por parte de um Juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, em um posicionamento isolado (Juiz Breyer, em *Knight v. Florida* [1991]), além do *Privy Council* britânico e da Corte Europeia dos Direitos do Homem, de uma decisão da Corte Suprema do Zimbábue que, depois de haver, por sua vez, consultado decisão estrangeira, havia estabelecido que a execução de uma sentença capital, à longa distância de tempo da condenação, deve ser considerada uma forma de tortura ou um tratamento desumano e degradante.

A essa posição “universalista”, o Juiz Thomas contrapôs a tese “isolacionista”, escrevendo que a citação de jurisprudência estrangeira é a demonstração

da falta de fundamento no direito constitucional nacional.

O significado da contestação, surgido como reação ao “nascente cosmopolitismo judiciário”, resultante de alguns pronunciamentos basilares da Suprema Corte em 2003, é bem representado pelo título de uma proposta de lei ao Congresso Norte-Americano no ano seguinte — *Constitution Restoration Act* — na qual se proíbe aos juizes interpretar a Constituição levando em consideração documentos jurídicos diversos daqueles nacionais, compreendidas as decisões das Cortes Constitucionais ou Supremas de outros países ou de Tribunais internacionais de direitos humanos. A objeção da comparação constitucional vem assim considerada medida de defesa da identidade constitucional nacional.

O terreno sobre o qual mais naturalmente se desenvolve a discussão é aquele dos direitos fundamentais: a pena de morte, a idade e o estado físico dos condenados, as modalidades das execuções, onde referida pena é aplicada; os direitos dos homossexuais; as “ações positivas” em favor da participação política das mulheres ou contra históricas discriminações raciais, por exemplo, no acesso ao trabalho e à instrução; a limitação dos direitos por motivos de segurança nacional; a regulamentação do aborto e, em geral, os problemas postos pelas aplicações técnicas das ciências biológicas a numerosos aspectos da existência humana; a liberdade de consciência em face das religiões dominantes e das políticas públicas nos confrontos de escolas e confissões religiosas; os direitos dos indivíduos nas relações de família e similares. É a partir de problemas como esses que a discussão teve início e é a esse nível que a comparação das experiências jurisprudenciais é defendida ou combatida.

*Terra e território: res publica universalis?* — Em realidade, o confronto das jurisprudências — como de resto a comparação das legislações — corresponde a uma exigência do direito contemporâneo.

\* Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará.

O mundo jurídico hodierno, em muitos campos, vai se desvinculando de forma nítida do território, o espaço cercado por confins em relação ao qual o direito público ocidental tem por séculos atribuído a tarefa de delimitar e especificar as coletividades humanas, os seus governos e os seus sistemas jurídicos.

Esse elemento do Estado representou, por longo tempo, a dimensão na qual os fatos sociais assumiam sentido e valor e, em conseqüência, a dimensão de suas repercussões jurídicas. Aquilo que ocorria fora ou era indiferente ou, se não o era, era abrangido pelo direito internacional. Esse último superava os confins, mas a sua matriz era também sempre estatal-territorial; assim, ao superá-los, os repetia como pressupostos. A *res publica* estava inserida nestas fronteiras.

Hoje não é mais assim. As dimensões se alargaram. A terra pertence aos seus habitantes — segundo a célebre expressão de Thomas Jefferson — ou, talvez, os seus habitantes pertençam à terra: terra, portanto, não mais território.

A soberania de outrora se transformou em interdependência ou dependência. O controle de diversos fatores condicionantes da nossa existência nos refoge. Atos e ocorrências de natureza política, econômica, cultural e tecnológica sucedidos em outras partes do mundo terminam por condicionar e atingir diretamente o patrimônio dos bens constitucionais nacionais. Os danos causados ao meio ambiente são exemplos claros disso. Entretanto, esses são submetidos à justiça constitucional do País no qual ocorrem.

De outro lado, os nossos princípios constitucionais, no essencial, possuem porte universal: a dignidade da pessoa humana, a igualdade e os direitos humanos, a paz, a justiça, etc. (preâmbulo e art. 1º da CF/1988). A sua violação tem relevo, acima de tudo de um ponto de vista moral, em qualquer lugar da terra onde ocorra, mas essa violação fica sob a jurisdição das Cortes nacionais. Há uma evidente incongruência de proporções.

É natural, quando os bens constitucionais se tornam interdependentes e indivisíveis, que as justiças constitucionais de cada nível aspirem integrar-se, se não de uma forma institucional cosmopolita, que não se vislumbra e provavelmente não ocorra jamais, não obstante o desenvolvimento do direito comunitário, ao menos em contextos deliberativos comunicantes. A interação levará, cedo ou tarde, a uma convergência de perspectivas.

A abertura das jurisprudências a recíprocos entrelaçamentos não é, portanto, modismo, pretensão de alguns acadêmicos, arbitrariedade em relação às constituições nacionais. É uma exigência radicada na vocação hodierna da jurisprudência constitucional. É parte do processo multifacetado de “universalização do direito”, o fenômeno característico do nosso tempo jurídico desterritorializado. A pequena pergunta inicial, se é lícito (conveniente) às Cortes citar a jurisprudência de outras, mostra assim as suas não pequenas implicações.

*Prós e contras* – Os críticos da tendência a uma “justiça constitucional cosmopolita” — uma *meretricious practice*, segundo a expressão de Richard A. Posner — a sobrecarregam de ideologia, quando evocam um “flerte” com a idéia de um direito natural universal e falam de “vanguardismo moral”. Segundo a doutrina do direito natural existem princípios de direito que devem informar os direitos positivos; sendo universais, devem ser encontrados nos próprios como em outros ordenamentos. O consenso difuso seria, portanto, um atestado de legitimidade e fundamento das decisões singulares. O vanguardismo moral, então, se nutriria da idéia de progresso jurídico que, a partir das divisões, tenderia à unificação das sociedades em nome dos direitos humanos.

Não há necessidade, contudo, de se chegar a tanto. Esta exacerbação ideológica parece feita propositalmente para suscitar oposições. É suficiente a modestia nos confrontos com as experiências externas. Basta não se crer estar sós no próprio caminho e não ser presunçosos, como, aliás, o fazem os chauvinistas da constituição. O pressuposto não é necessariamente o direito natural, nem a ilusão do progresso. Pode ser a prudência do empirista que quer aprender, não só com os próprios, mas também com os sucessos e erros alheios.

Basta reconhecer que a interpretação da Constituição não é aquela de um contrato, de um ato administrativo regulamentar, e nem a de uma lei, obtida da vontade política contingente, mas é um ato de adesão ou de ruptura em relação a tradições histórico-culturais compreensivas, das quais cada Constituição é parte.

A relevância dada pelas jurisprudências nacionais à jurisprudência estrangeira ou supranacional não pressupõe então a existência de uma preponderante dimensão de direito supraconstitucional. Não se trata

de um cavalo de Tróia para afirmar uma “ditadura universalística dos direitos”, mas de um instrumento para entender as próprias constituições, através de um quadro de fundo que dá a elas um preciso significado em um determinado momento histórico.

Os cidadãos de um ordenamento não são chamados a submeter-se a “inclinações, entusiasmos ou modas estrangeiras” (ao contrário do dito pelo Juiz Scalia em *Lawrence v. Texas* [2003]). O fim é principalmente de direito interno, de forma que se tenha um direito capaz de aprender. É como recorrer, para resolver um problema difícil, a “um amigo rico de experiência”, que faz pensar melhor, desperta energias potenciais latentes, alarga as perspectivas, trazendo a lume pontos de vistas talvez de outra forma ignorados: “o direito comparado me serve como um espelho: permite-me observar-me e compreender-me melhor”, segundo as palavras do presidente da Corte Suprema de Israel, Aharon Barak.

A circulação das jurisprudências não compromete então a identidade interna. A comunicação de experiências é sempre filtrada porque pressupõe *standards* mínimos de homogeneidade e juízos de congruência sobre textos e contextos jurisprudenciais. Esses juízos são exercidos pelas Cortes Constitucionais. Não se opera qualquer diminuição na sua função soberana.

A comunicabilidade das jurisprudências, então, reflete a participação em uma relação paritária e exclui prejudiciais complexos de superioridade (hoje dos Estados Unidos em relação ao Zimbábue; amanhã — quem sabe? — do Zimbábue em relação aos Estados Unidos). Diz-nos ainda que, de outro lado, fechar-se em si mesmo significa um coisa somente: submeter as políticas constitucionais e os direitos humanos exclusivamente aos interesses nacionais.

Não se pode, contudo, olvidar as dificuldades. Todas as vezes em que se esbarram contraposições radicais e a discussão constitucional se torna um *Kulturkampf* — pensando-se nos temas religiosos, da bioética, da formação das novas gerações — a justiça constitucional, ao invés de se abrir e se expandir, se fecha em si mesma. Em contextos de grandes tensões políticas e culturais, que não deixam outra possibilidade além de alinhar-se com uma ou com outra posição, o poder de última instância das Cortes de conferir legitimidade ou ilegitimidade corre o risco, ele próprio, de se tornar fator de outras tensões e de ulteriores divisões.

Nesse caso, o dualismo radical das posições em confronto deve ser evitado, adotando-se o pluralismo dos equilíbrios dinâmicos, temperado por moderação, postura adequada aos Tribunais constitucionais de qualquer parte do mundo, de forma a se atingir o espírito de justiça constitucional destinada a atender os anseios e necessidades da sociedade contemporânea.

Nota-se, diante das contraposições, a propensão para uma “terceira opção”, para não ceder a nenhuma daquelas em jogo. Isso não representa a tentativa oportunista de caminhar sobre o fio da navalha para não desagradar ninguém; é ao invés a via, plenamente justificável, para manter abertas as coligações entre as partes, aplanar as asperezas e preservar aberto e fértil o terreno do confronto, de forma que, ao fim, se represente o dever integrativo essencial de cada constituição pluralista.

## Referências bibliográficas

---

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

# Campeões de desmatamento\*

Evaristo Eduardo de Miranda\*\*

Há 8 mil anos, o Brasil possuía 9,8% das florestas mundiais. Hoje, o país detém 28,3%. Dos 64 milhões de km<sup>2</sup> de florestas existentes antes da expansão demográfica e tecnológica dos humanos, restam menos de 15,5 milhões, cerca de 24%. Mais de 75% das florestas primárias já desapareceram. Com exceção de parte das Américas, todos os continentes desmataram, e muito, segundo estudo da Embrapa Monitoramento por Satélite sobre a evolução das florestas mundiais.

A Europa, sem a Rússia, detinha mais de 7% das florestas do planeta e hoje tem apenas 0,1%. A África possuía quase 11% e agora tem 3,4%. A Ásia já deteve quase um quarto das florestas mundiais (23,6%), agora possui 5,5% e segue desmatando. No sentido inverso, a América do Sul, que detinha 18,2% das florestas, agora detém 41,4% e o grande responsável por esses remanescentes, cuja representatividade cresce ano a ano, é o Brasil.

Se o desflorestamento mundial prosseguir no ritmo atual, o Brasil — por ser um dos que menos desmatou — deverá deter, em breve, quase metade das florestas primárias do planeta. O paradoxo é que, ao invés de ser reconhecido pelo seu histórico de manutenção da cobertura florestal, o país é severamente criticado pelos campeões do desmatamento e aliado da própria memória.

Na maioria dos países, a defesa da natureza é fenômeno recente. No Brasil, vem de longa data. Desde o Século XVI, as Ordenações Manuelinas e Filipinas estabeleceram regras e limites para exploração de terras, águas e vegetação. Havia listas de árvores reais, protegidas por lei, o que deu origem à expressão *madeira de lei*. O Regimento do Pau-Brasil, de 1600, estabeleceu o direito de uso sobre as árvores e não sobre as terras. As áreas consideradas reservas florestais da Coroa não podiam ser destinadas à agricultura. Essa legislação garantiu a manutenção e a exploração sustentável das florestas de pau-brasil até 1875, quando entrou no mercado a anilina. Ao contrário do que muitos pensam

e propagam, a exploração racional do pau-brasil manteve boa parte da Mata Atlântica até o final do Século XIX e não foi a causa do seu desmatamento, fato bem posterior.

Em 1760, um alvará real de Dom José I protegeu os manguezais. Em 1797, uma série de cartas régias consolidou as leis ambientais: pertencia à Coroa toda mata à borda da costa, de rio que desembocasse no mar ou que permitisse a passagem de jangadas transportadoras de madeiras. A criação dos Juizes Conservadores, aos quais coube aplicar as penas previstas na lei, foi outro marco em favor das florestas. As penas eram de multa, prisão, degredo e até pena capital para incêndios dolosos. Também surgiu o Regimento de Cortes de Madeiras com regras rigorosas para a derrubada de árvores, além de outras restrições à implantação de roçados.

Em junho de 1808, D. João VI criou a primeira unidade de conservação, o Real Horto Botânico do Rio de Janeiro, com mais de 2.500 hectares, hoje republicanamente reduzido a 137 ha. Uma ordem, de 09/04/1809, deu liberdade aos escravos que denunciasses contrabandistas de pau-brasil e o Decreto de 03/08/1817 proibiu o corte de árvores nas áreas das nascentes do rio Carioca. Em 1830, o total de áreas desmatadas no Brasil era inferior a 30 mil km<sup>2</sup>. Hoje se corta mais do que isso a cada dois anos. Em 1844, o Ministro Almeida Torres propôs desapropriações e plantios de árvores para salvar os mananciais do Rio de Janeiro. Em 1861, pelo Decreto Imperial 577 de D. Pedro II, foi criada (e plantada) a Floresta da Tijuca.

A política florestal da Coroa portuguesa e brasileira logrou, por diversos mecanismos, manter a cobertura vegetal preservada até o final do Século XIX. O desmatamento brasileiro é fenômeno do Século XX. Em São Paulo, Santa Catarina e Paraná, a marcha para o oeste trouxe grandes desmatamentos. As florestas de araucárias foram entregues pela *Ré-pública* aos construtores anglo-americanos de ferrovias, junto com as terras adjacentes.

Na Amazônia, a maior ocupação ocorreu na segunda metade do Século XX com migrações, construção de hidroelétricas, estradas e outras infra-estruturas.

\* Publicado no jornal *O Estado de São Paulo* de 16/01/2007.

\*\*Doutor em Ecologia, Chefe-Geral da Embrapa Monitoramento por Satélite (mir@cnpm.embrapa.br).

Há 30 anos, o desmatamento anual varia de 15 a 20 mil km<sup>2</sup>, com picos de 29 mil e 26 mil km<sup>2</sup> em 1995 e 2003. Nos últimos dois anos, passou a 11 mil km<sup>2</sup>, segundo o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE).

Apesar de generalizações equivocadas, o desmatamento brasileiro não produziu desertos. Como na Europa, as florestas cederam lugar à agricultura moderna e competitiva, à pecuária, às florestas plantadas (seringa, café, eucalipto, laranja, teka...) e às cidades. O Brasil é um líder agrícola mundial.

O estudo da Embrapa indica que, apesar do desmatamento dos últimos 30 anos, o Brasil é um dos países que mais mantém sua cobertura florestal. Dos 100% de suas florestas originais, a África mantém hoje 7,8%, a Ásia 5,6%, a América Central 9,7% e a Europa — o pior caso do mundo — apenas 0,3%. Embora se deva mencionar o esforço de reflorestar para uso turístico e comercial, não é possível ignorar que 99,7% das florestas primárias européias foram substituídas por cidades, cultivos e plantações comerciais.

Com invejáveis 69,4% de suas florestas primitivas, o Brasil tem grande autoridade para tratar desse tema frente às críticas dos campeões do desmatamento mundial, como tem proclamado o Ministro da Agricultura, Luís Carlos Guedes. Há que se ter também responsabilidade para reavivar, por meio de políticas e práticas duradouras, a eficácia das medidas históricas de gestão e exploração que garantiram a manutenção das florestas primárias brasileiras.

# Direito Penal estadual e o federalismo brasileiro

André Figaro\*

Nas últimas semanas, em razão do assassinato do pequeno João Hélio, no Rio de Janeiro, vêm sendo discutidas propostas de “combate à criminalidade”, entre elas a transferência da competência legislativa penal aos estados, conforme sugeriu o Governador do Estado do Rio de Janeiro.

O que se pretende, pelo visto, é que cada estado possua seu próprio Código Penal, à semelhança do sistema federativo dos Estados Unidos, de modo a permitir, em tese, melhor adequação da legislação penal à realidade social de cada estado.

Como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 prevê, basicamente, três espécies de competências legislativas:

a) exclusivas: atribuídas, com exclusividade, a um só ente federativo (por exemplo, a competência do município para legislar sobre assunto de interesse local – art. 30, I, da CF);

b) privativas: atribuídas à União, mas passíveis de delegação aos estados e ao Distrito Federal, por lei complementar, para a disciplina de questões locais específicas (art. 22, *caput*, c/c. o art. 22, parágrafo único, da CF);

c) concorrentes: atribuídas de maneira paralela à União, aos estados e ao Distrito Federal. Nas matérias submetidas a essa espécie de competência, em regra, a União deverá editar normas gerais, e os estados e o Distrito Federal, normas específicas (art. 24 da CF).

A competência para legislar sobre Direito Penal está inserida na segunda espécie. É, portanto, competência privativa da União legislar sobre Direito Penal, conforme expressamente dispõe o art. 22, I, da CF.

Assim, mesmo no sistema vigente, é possível, em tese, que tenhamos normas penais estaduais, desde que estejam presentes dois requisitos:

1 – Delegação da União para o estado ou Distrito Federal por *lei complementar federal*.

2 – Existência de uma *questão específica* a ser disciplinada pelo estado ou pelo Distrito Federal.

Embora exista essa possibilidade teórica no plano jurídico-constitucional, não se tem notícia do exercício dessa faculdade por um singelo motivo: a delegação da competência da União aos estados depende de lei complementar, enquanto a elaboração da norma penal pelo Congresso Nacional exige apenas lei ordinária.

Em suma, é muito mais trabalhoso para o Congresso delegar a competência do que legislar diretamente sobre a matéria, sem mencionar que a delegação ao estado evidentemente importaria na perda do controle da União sobre o conteúdo da norma a ser elaborada pelo estado.

Por esses motivos, o sistema de competência privativa, na prática, concede à União o exercício pleno do poder legiferante em matéria penal.

Essa concentração de poderes na União é uma característica do federalismo brasileiro e decorre da formação histórica de nosso Estado, que nasceu unitário, desmembrou-se em províncias e, depois, em estados-membros.

É por isso que, tradicionalmente, as competências da União no Brasil são muito mais amplas que as estaduais e quase todo o Direito brasileiro (inclusive o Penal) é federal.

Exatamente o fenômeno oposto ocorreu nos Estados Unidos da América, onde a União foi gerada pela aliança de estados independentes, razão pela qual quase todo o Direito norte-americano é estadual (inclusive o Penal).

Afora a absoluta dissonância com a formação histórica do Estado brasileiro, a transferência da competência legislativa penal aos estados gera, a nosso ver, os seguintes problemas:

1 – não haveria obrigatoriamente maior eficácia na aplicação da norma penal (o problema está na aplicação da norma, e não na elaboração da lei);

\* Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Professor de Direito Constitucional no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

2 – seria criado sério desequilíbrio federativo ao se estabelecerem normas diferentes, com penas diferentes, regulando a mesma conduta em vários estados. Isso poderia gerar “rotas criminosas” pelos estados onde a pena fosse mais leve, situação semelhante à da “guerra fiscal” entre os estados, voltada para o Direito Penal;

3 – submeteria a legislação penal à situação político-social regional. A ausência de controle da União permitiria, em tese, que a norma fosse produzida para se adaptar a interesses oligárquicos regionais.

Se você tiver de recorrer amanhã ou depois à Justiça, uma coisa é certa, terá de estar preparado para percorrer amarga e espinhosa jornada. É a triste lentidão que modorrentamente a persegue. Por causa dessa mórbida disfunção, pagam os advogados, o juiz, as partes, o promotor, o oficial de justiça e, de cambulhada, outros agentes do processo. Não é que eles não possam ser culpados. Há certos casos em que são responsáveis pelo pesadelo do que é demandar em juízo. São, entretanto, exceção à regra.

O maior complicador do funcionamento desse bolorento mecanismo é essencialmente a antiquada estrutura do ordenamento processual. O mundo deu gigantescas reviravoltas tecnológicas visando melhorar as tarefas do homem e facilitar-lhe a execução. O Judiciário nacional continua, contudo, a despeito dessa constatação, em complemento descompasso com esses avanços. Parece, felizmente, que uma luz começa a se acender nessa imensa escuridão.

Quando fui presidente do Supremo Tribunal Federal, fiz o possível para conscientizar as autoridades de que, para melhor atuação do Poder Judiciário, necessário seria que se promovesse a modernização das leis processuais do país. Sempre entendi que nelas se localizam os grandes obstáculos que impedem a desenvoltura e rapidez do *iter* processual. À ocasião, discutiam-se os contornos da reforma do Poder Judiciário, no bojo da qual se projetou a criação do Conselho Nacional de Justiça, cuja proposição, há mais de uma década, caminhava preguiçosamente pelas comissões das casas do Congresso Nacional.

A proposta de instituição desse órgão foi levada à sociedade brasileira como panacéia milagreira que poria fim à patológica sonolência dos instrumentos do aparelho judiciário. Seria, enfim, como verdugo, o encarregado de chicotear os juizes pela demora na distribuição de justiça. Como síndrome de que padece o setor, seria o juiz o culpado pelo flagelo do péssimo funcionamento da máquina que o movimentava.

## Novas perspectivas para a Justiça\*

Maurício Corrêa\*\*

Até mesmo o presidente da República, que se declarou capaz de solucionar os entraves desse enferrujado mecanismo, culpou os magistrados pelo desastre do sistema, mandando “abrir a caixa-preta do Judiciário” como forma de puni-los perante a sociedade. Por certo, nessa caixa estariam todas as mazelas das quais seriam eles, os juizes, os causadores. O antídoto prescrito seria a criação do Conselho Nacional de Justiça.

De tal modelo, à época, discordei. Pois bem, constituído aí está. Para se ter idéia, além dos pesados ônus gerados para sua manutenção — despesas pagas aos conselheiros que percebem subsídios iguais aos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça; passagens; diárias e mais um mundo de outros dispêndios —, outro complicador surgiu. Já tramitam no Supremo Tribunal Federal mais de 60 mandados de segurança impetrados contra decisões proferidas pelo CNJ. Sem contar, ademais, sete ações diretas de inconstitucionalidade e uma ação declaratória de constitucionalidade propostas contra resoluções dele emanadas. Quer dizer, o medicamento ministrado para descomplicar as coisas, complicou-as ainda mais.

Como, por ora, o objeto destas notas é outro, vamos ao que está acontecendo de bom nesse campo. Pelo sim ou pelo não, somente após as advertências exaustivamente feitas de que era imprescindível a reformulação processual, é que novidades agradáveis começaram a despontar nesse horizonte. Sai do STF em maio de 2004. De dezembro de 2003 — termo final de judicatura na Corte — a janeiro do corrente ano, foram sancionadas quase duas dúzias de normas de conteúdo processual penal e civil. Coincidência ou não, a secretaria para a reforma do Poder Judiciário, antes só preocupada com temas constitucionais desse poder, passou a interessar-se também pela reforma processual.

As normas que introduziram modificações no sistema do processo civil procuraram racionalizar o andamento dos feitos. Não seria o caso de mencioná-las todas. Basta citar, entre elas, a descomplicação das separações consensuais; de inventários, partilhas e divórcio por via administrativa; dos agravos; do cumprimento de sentenças no processo de conhecimento; da utilização da mídia eletrônica; simplificação das comu-

\* Fonte: *Correio Braziliense*, caderno Opinião, 25/03/2007.

\*\*Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal e Advogado.

nicações e intimações dos atos judiciais; do processo de execução; da repercussão geral na admissão do recurso extraordinário; da informatização do processo judicial. Além dessas, várias outras conquistas procedimentais mitigam a pachorra da burocracia cartorária, punem a procrastinação do devedor e amenizam o martírio da marcha processual.

Agora, com a súmula vinculante já disciplinada, que versa sobre decisões repetitivamente julgadas, ao STF cabe selecionar quais as que passam a ter eficácia imediata para que os órgãos do Judiciário e da administração pública as cumpram. Com isso, haverá monumental redução de feitos nas instâncias judiciais. Conseqüentemente, haverá economia para o Estado. É dessa reforma que o Brasil precisa. Vale comemorar o que já veio.

# As sutilezas da tributação\*

Everardo Maciel\*\*

A revisão do Produto Interno Bruto (PIB), divulgada na quinta-feira, produziu uma série de efeitos minimamente intrigantes. De repente, nossa riqueza cresceu no contexto dos demais países, sem que tenhamos feito nada de especial. A carga tributária, demonizada por muitos, caiu, sem que fossem reduzidas alíquotas ou bases de cálculo de tributos. Tudo em passe de mágica, muito ao gosto da alma brasileira.

Nada contra as revisões metodológicas introduzidas pelo IBGE na apuração do PIB, exceto pela forma como feito o anúncio. Uma revisão desse porte deveria ser precedida de amplo debate entre especialistas, em clima de completa transparência. Imaginemos, apenas à guisa de hipótese, que um conceito utilizado venha a ser visto novamente, em curto prazo. O PIB ficaria sob suspeita permanente. Algo que lembra aquelas discussões nos anos 70 sob a apuração da inflação. O chuchu, modesto membro das famílias das cucurbitáceas, foi submetido a verdadeira tortura para definir a sua responsabilidade nos robustos índices inflacionários.

Uma das razões, ainda que não muito relevante, que explica a revisão do PIB foi admitir que a Cofins está embutida nos preços dos produtos. Ora, cerca de 15% das receitas dessa contribuição (93%, em termos de número de contribuintes) são provenientes da incidência cumulativa, cuja determinação é idêntica à do Imposto de Renda presumido. Essa parcela deveria ser excluída? Ou o Imposto de Renda deveria ser incluído? Suponhamos que o Supremo Tribunal Federal decida, como parece ser a tendência, que o ICMS não está contido na base de cálculo da Cofins. Qual a repercussão da decisão no conceito adotado? São questões que ficariam mais bem esclarecidas se fossem submetidas a um crivo mais alargado de especialistas. Ao menos, para produzir conceitos mais sólidos e menos vulneráveis às intempéries intelectuais brasileiras.

Haveria, também, que conceber elementos que permitissem uma leitura consistente das séries histó-

ricas que envolvem informações relacionadas com o PIB. Não se pode falar em taxa de crescimento ou fazer comparações entre dados construídos com metodologias distintas. Como ler uma evolução da carga tributária (quociente entre receita arrecadada e PIB), se o seu denominador responde a construções metodológicas distintas? Poderemos, inopinadamente, passar a analisar uma salada estatística.

Mark Twain, celebrado escritor americano, dizia que existem três espécies de mentiras (nesta ordem): mentiras, mentiras indecentes e estatísticas. A carga tributária brasileira está sujeita a esse bem-humorado juízo. A revisão do PIB, entretanto, nos permite algum tipo de reflexão sobre a matéria. Frequentemente são feitos comentários disparatados sobre o peso dos impostos no país. Sobe a arrecadação federal e, de imediato, aparecem analistas de plantão que, com fundamento na aritmética frívola da regra de três simples, disparam ilações alarmistas e insubsistentes.

Aumento da carga tributária, como fato isolado, não quer dizer nada. É indispensável perquirir as razões do aumento. Especialmente no caso brasileiro, existe ampla variedade de causas: elevação de alíquotas ou de bases de cálculo (única causa que, de fato, afeta o bom contribuinte); receitas atípicas resultantes da recuperação de créditos tributários passados, em razão de programas de parcelamento, anistias ou transações tributárias; maior eficiência da máquina arrecadadora com repercussão sobre maus contribuintes; crescimento desigual do PIB entre setores menos onerados, como a agricultura, e outros setores; compensação de prejuízos fiscais, com impacto na tributação presente da renda, etc. Vê-se, pois, que apenas compulsar uma taxa de crescimento da carga tributária pode ser mero exercício simplista.

Há mais de 20 anos integrava o Comor, órgão que dava os primeiros passos para instituição de uma política de controle fiscal no país. Nos meados de um determinado ano, um dos seus membros entrou eufórico na sala de reuniões para informar que o déficit fiscal do ano anterior não fora 6% do PIB, mas 5%. Disse-lhe que aquela informação me deixava muito constrangido, porque ninguém percebera a diferença entre 5% e

\* Fonte: *Correio Braziliense*, caderno Opinião, 25/03/2007.

\*\*Consultor tributário, secretário da Receita Federal (1995-2002).

6%, o que nos deixava inseguros quanto à capacidade de distinguir números.

Esse singelo episódio que me vem à memória em tudo se assemelha à revisão da carga tributária brasileira, em função dos novos números do PIB. Ninguém percebeu a diferença. A grita, contudo, continuará, pois, independentemente do relativamente elevado tamanho da carga tributária, a verdade é que tributo é norma de rejeição social, aqui e alhures, em qualquer tempo. A carga tributária parecerá ser maior do que deve.



# “Com que direito?”: Análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda — Valladolid, 1550 e 1551\*

Renata Andrade Gomes\*\*

## Resumo

O presente trabalho tem como objeto a análise do debate realizado na cidade de Valladolid, Espanha, em 1550 e 1551, entre o Bispo Bartolomeu de Las Casas e o Cônego Juan Ginés de Sepúlveda, sobre o processo de conquista e colonização da América Espanhola, bem como o substrato filosófico presente nos argumentos dos contendores acerca da moralidade e do direito, que permite o encontro daquilo que entendemos ser a marca específica do tempo e do debate: a novidade do homem como sujeito de direito.

## Introdução

A amálgama de Estado espanhol em torno do cristianismo, iniciada pelos reis católicos Isabel de Castela e Fernando de Aragão, aliada ao advento de um Papa espanhol, Alexandre VI, deixou marcas indelévels no processo de colonização do Novo Mundo descoberto por Cristóvão Colombo.

A vitoriosa Guerra de Reconquista e a expansão ultramarina produziram um renascimento dos antigos valores do *orbis christianus*, doutrina medieval que representava o ideal de um mundo cristão coadunado sob a autoridade do Papa — herdeiro do domínio material e espiritual sobre todos os povos legado por Cristo a São Pedro — e de um imperador cristão.

Destarte, a descoberta dos novos territórios significava não somente a expansão das fronteiras do Império Espanhol, mas também as do mundo cristão.

Sob o pálio da autoridade da Bula do Papa Alexandre VI, que entregou os novos territórios à Espanha, esta teve garantidas algumas décadas de expansão sem interferência dos demais Estados europeus.

Internamente, contudo, surgiram controvérsias, decorrentes de uma característica marcante do comportamento dos primeiros colonizadores, que não levaram consigo qualquer preocupação catequizadora, tendo submetido os nativos a tratamento degradante e trabalhos forçados, apesar da proibição da escravidão pela Rainha de Castela.

Preocupada com a cristianização dos índios, a Rainha Isabel autoriza a implantação do sistema de *encomienda*, que, na prática, significou a legitimação da escravidão: os índios passaram a ser entregues aos espanhóis para que estes promovessem sua evangelização, porém, em troca desse benefício, deveriam trabalhar para o *encomiendero*.

A política colonial perdurou praticamente sem oposição até a chegada dos primeiros missionários dominicanos, em 1510, notadamente o Frei Montesinos, que, na manhã de 21 de dezembro de 1511, proferiu sermão no qual questionou não só o sistema de *encomiendas*, mas a própria posse da Coroa Espanhola sobre aquelas terras.

Embora o sermão não tenha produzido consequências imediatas na política colonial espanhola, o posicionamento dos dominicanos foi determinante no traçado dos contornos da polêmica sobre a questão indígena, que a partir de então polarizou a cristandade em dois campos: o dos acomodados e o dos desbravadores de caminho.

A discussão provocou a intervenção do Rei Fernando, que, após convocar uma comissão for-

\*O presente artigo é um resumo do argumento central da Tese de Doutorado defendida pelo autor no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – CPGD/UFSC, no final de 2005, intitulada “Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação” e elaborada sob a orientação do Professor Doutor Silvio Dobrowolski.

\*\*Professora da Unifenas/MG e Mestre em Teoria do Direito pela PUC/MG.

mada por juristas e teólogos, aprovou, em dezembro de 1512, as chamadas Leis de Burgos: conjunto de medidas de proteção aos índios. Contudo, no ano seguinte, foi aprovado o *Requerimiento*, documento que exprimia uma intimação aos povos indígenas para que se sujeitassem à autoridade do Papa e da Coroa Espanhola — em outras palavras, ou se tornariam servos da Coroa, ou, se não aceitassem tal autoridade, seriam submetidos pela força.

Em 1514, entra em cena Bartolomeu de Las Casas, jovem clérigo e *encomiendero* que, tocado pelas palavras de Montesinos, devolve as terras e índios que recebera dos Reis Fernando e Isabel e passa à defesa da causa indígena, encetando junto aos dominicanos uma luta pelo fim do sistema de *encomienda* e contra o uso da força na evangelização.

Por influência direta de Las Casas foram aprovadas as Leis Novas, as quais, entre outras medidas de proteção aos índios, determinavam o fim do sistema de *encomienda*. Entretanto, diante dos protestos e ameaças de revolta, o então Imperador espanhol, Carlos V, acabou por revogá-las, em 1545.

De volta à Espanha, Las Casas toma conhecimento da obra do historiador da corte espanhola, Juan Ginés de Sepúlveda, intitulado *Demócrates Segundo ou das Justas Causas da Guerra Contra os Índios*, a qual considerou extremamente perniciosa à causa indígena, tendo conseguido evitar sua publicação.

Sepúlveda defendia nesse livro que os índios eram seres inferiores, de costumes bárbaros e inumanos. Logo, correspondiam à descrição de Aristóteles do homem “escravo por natureza”. Assim, lastreado na teoria aristotélica da escravidão natural, entendia que o índio deveria se submeter ao povo espanhol, de costumes mais civilizados e cristãos, portanto, seres superiores, pois é conforme a natureza o domínio da perfeição sobre a imperfeição. Caso os índios recusassem tal domínio, seria justo declarar guerra contra eles para forçá-los a se submeterem.

Em meio aos intensos debates, o Imperador Carlos V convocou uma junta de quatorze notáveis teólogos, que se reuniu em Valladolid, em 1550 e 1551, e que deveria decidir uma questão crucial sobre o processo de conquista: era justa a guerra movida contra os índios com o fim de submetê-los ao cristianismo?

O histórico debate de Valladolid foi a síntese de quase meio século de discussões teóricas entre missionários e conquistadores.

No presente estudo, serão analisados os argumentos apresentados pelos debatedores, Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda, e as teorias nele envolvidas, para compreendermos o surgimento do homem como sujeito de direitos e a gênese da moderna teoria dos direitos humanos.

## 2 Contexto histórico

O grande debate de Valladolid, convocado pelo Imperador Carlos V em 1550, foi o ponto culminante de uma série de discussões sobre a política colonial desenvolvida no Novo Mundo pelos espanhóis. Para uma melhor compreensão dessas discussões, faz-se necessário analisar os principais acontecimentos relacionados com a descoberta da América e com as primeiras décadas da conquista espanhola. O marco inicial dessa análise será o ano de 1492 e prosseguirá até o ano da realização do histórico debate.

Após sete séculos de lutas contra a ocupação moura, em 2 de janeiro de 1492, o povo espanhol assistiu ao exército de Isabel de Castela e Fernando de Aragão, conhecidos como os “Reis Católicos”, dominar Granada, último reduto árabe na Península Ibérica. Com o fim da secular Guerra de Reconquista, a Rainha Isabel começou o processo de unificação religiosa da Espanha, em torno do cristianismo, ao promulgar um decreto que determinava a expulsão de todos os judeus que não se convertessem à fé cristã e o confisco dos seus bens. A unificação religiosa foi fortalecida pela atuação vigorosa da Inquisição espanhola, em atividade desde 1479. Segundo Höffner (1977), é importante acrescentar aos feitos dos Reis Católicos a publicação da primeira gramática espanhola em castelhano imposta a todo o território com o intuito de promover, também, a unificação cultural da Espanha.

Todos esses feitos enchiam o povo espanhol de um crescente orgulho nacional e o tornava desejoso de novas conquistas e glórias para seu país. Com esse desiderato, a Rainha Isabel concluiu, em 17 de abril de 1492, as negociações com o genovês Cristóvão Colombo, financiando sua histórica expedição rumo às Índias através do Atlântico. Em sua primeira viagem, iniciada em 3 de agosto do mesmo ano, Colombo descobriu, no

dia 12 de outubro, a Ilha de Guanahani, nas Bahamas, a que chamou Ilha de São Salvador. Desembarcou também em Cuba e no Haiti antes de retornar para a Europa, onde comemorou seu feito sem saber, no entanto, que havia descoberto um novo continente. Outro fato de grande relevância para a Espanha foi o advento de um Papa espanhol, Alexandre VI, que a favoreceu em seu expansionismo dominador.

Após os eventos de 1492, iniciou-se um novo período na história da Espanha, conhecido como “Século de Ouro”, época em que esse país despontou como a primeira superpotência européia e experimentou um grande desenvolvimento nas Artes, Letras, Ciências, Religião e Filosofia. No “Século de Ouro”, época também denominada de Renascimento Espanhol, sob o impulso do Cardeal Francisco Ximenez Cisneros, foi fundada a Universidade de Alcalá e outros centros de estudo que proporcionaram a renovação da cultura e da Igreja espanhola — esta se destacou pelo alto nível moral, espiritual e intelectual de seus membros. Essa renovação proporcionou o surgimento de diversas escolas de pensamento, entre as quais destaca-se a “Escola de Salamanca”, berço do movimento da “Segunda Escolástica.” Conforme o Cardeal Höffner (1977) a escolástica do “Século de Ouro” foi tão profícua que podia alinhar-se em pé de igualdade com as grandes realizações políticas e militares da Espanha.

O processo de colonização das novas terras não tardou a ser iniciado e tomou forte impulso já com a segunda e terceira expedições de Colombo à América em 1493 e 1498. Contudo, a falta de solução temporal entre a Guerra de Reconquista e a conquista do Novo Mundo marcou sobremaneira o caráter da colonização espanhola.

Assim como os cristãos ocuparam Málaga, cortando a face as cabeças dos andaluzes muçulmanos em 1487, assim também acontecerá com os índios, habitantes e vítimas do novo continente ‘descoberto’ Alianças e tratados nunca cumpridos, eliminação das elites dos povos ocupados, torturas sem fim, exigência de trair sua religião e sua cultura sob pena de morte ou expulsão, ocupação de terras, divisão dos habitantes entre os capitães cristãos da ‘Reconquista’ O ‘método’ violento foi experimentado durante séculos aqui em Andaluzia. (DUSSEL, 1993, p. 9).

Ademais, conforme Tosi (1998), a vitoriosa Reconquista e a expansão ultramarina produziram um

renascimento dos antigos valores do *orbis christianus*<sup>1</sup> medieval da hegemonia universal do Papa e do Imperador. Apesar de esses valores estarem em decadência desde o séc. XIII, no apagar das luzes do séc. XV, a Espanha sonhava com uma cristandade unida sob o poder do Papa e de um imperador cristão<sup>2</sup>.

Dessa forma, com a descoberta dos novos territórios, a Espanha expandiu não apenas as suas fronteiras, mas também as do mundo cristão, indo ao encontro dos povos do Novo Mundo, movida pelo espírito de uma grande Cruzada.

Como a unidade da fé, nascida do universalismo, havia sido defendida com fervor, dentro das fronteiras do ‘*orbis christianus*’, assim procurou-se implantar a cruz nas terras dos infiéis. Tratava-se de converter os pagãos, ou — caso fossem inimigos da cruz de Cristo — destruí-los. (Höffner, 1977, p. 46).

Durante as primeiras décadas da colonização da América, o domínio espanhol sobre o Novo Mundo não sofreu oposição, pois, em virtude da aceitação do universalismo do poder papal, as Bulas de Alexandre VI<sup>3</sup>, datadas de 3 e 4 de maio e 26 de setembro de 1493,

<sup>1</sup> Durante a Idade Média prevaleceu a teoria segundo a qual Cristo teria entregado o domínio material e espiritual sobre todos os povos a São Pedro, que o transmitira a seu legítimo sucessor, o Bispo de Roma, que, por sua vez, teria delegado o domínio político sobre os povos ao imperador, através de uma investitura feudal. Dessa forma, o imperador era um representante de Deus e do Papa, que, na condição de supremo suserano, podia destituir-lo de seu cargo. O *orbis christianus* representava, pois, o ideal de um mundo cristão coadunado sob a autoridade do Papa e de um imperador cristão.

<sup>2</sup> Esse sonho se concretizou em 1519, na pessoa de Carlos V. Em 1516 seu avô materno, o Rei Fernando, faleceu deixando-lhe de herança a Espanha, as colônias americanas, a Sicília, Nápoles e a Sardenha. Pouco tempo depois, em 1519, herdou do seu avô paterno, o Imperador Maximiliano I, o trono da Áustria, do Tirol, das províncias do Sul da Alemanha, dos Países Baixos e do Franco-Condado. Graças a essas sucessivas heranças, Carlos V tornou-se, aos 20 anos de idade, senhor de quase a metade do mundo. Ele não herdou apenas um império, herdou também o desejo de construir uma monarquia universal sob seu comando. Carlos V, fervoroso cristão, acreditava ter sido agraciado com uma missão divina, qual seja: promover a união e a paz entre os povos cristãos e defender o cristianismo contra os infiéis.

<sup>3</sup> Reza o texto desse documento: “Por ordem vossa, nosso amado filho Cristóvão Colombo descobriu novas ilhas e continentes, numa grande distância, no meio do oceano onde vivem pacificamente, umas ao lado das outras, numerosas tribos e, conforme vem sendo relatado, andam sem roupa e não comem carne. De acordo com o que opinam os nossos emissários esses aborígenes acreditam que existe no céu um só Deus. Portanto, parecem aptos à aceitação da fé católica e dos bons costumes. Além disto, as ilhas guardam grandes riquezas. Por isso resolvestes submeter ao vosso poder e conduzir à fé católica os ditos países e ilhas, juntamente com os seus

prometendo as novas terras à Coroa Espanhola, não foram questionadas pelos demais “países” europeus. Esses documentos, segundo Höffner (1977), foram inspirados na Bula do Papa Nicolau V, de 1454, que concedia privilégios semelhantes aos portugueses. Nessa época, Portugal pleiteou o reconhecimento internacional do seu direito sobre as terras que havia descoberto na costa da África e sobre aquelas que conquistou lutando contra os povos infiéis. Com esse intuito, ofereceu os novos territórios ao Papa para que, aceitando-os, exercesse sobre eles seus direitos de domínio universal. Em seguida, requereu que essas áreas e outras que viessem a ser descobertas lhes fossem entregues por meio de uma investidura feudal. Por tal razão, quando Portugal viu seu monopólio sobre o Atlântico ser ameaçado pela expansão marítima espanhola, apelou ao Papa Alexandre VI, baseado na Bula de Nicolau V, requerendo que seu direito fosse preservado. A Espanha também pretendia o reconhecimento internacional do direito de ocupação das terras descobertas, e pleiteou-as junto ao Papa, da mesma forma que Portugal. A disputa entre os países ibéricos foi resolvida com a publicação das Bulas Alexandrinas. É, pois, forçoso concluir que esses documentos não tinham caráter de doação, mas, sim, tal qual a Bula de Nicolau V, eram documentos de investidura em um feudo.

Contudo, prevaleceu a interpretação de que os Decretos Alexandrinos tinham caráter de doação, servindo à Espanha e a Portugal, durante algumas décadas, como título de propriedade das novas terras e de justificativa para sua autoridade sobre os nativos. Somente com o questionamento do poder temporal do Papa promovido pelos nascentes Estados Nacionais, para os quais era imprescindível a redução do poder papal às questões da Igreja, e com a Reforma Protestante, que colocou em crise também a supremacia espiritual do

---

habitantes. Nós porém recomendamos vivamente ao Senhor esse vosso santo e louvável propósito e exortamos-vos a dar início à obra missionária com todo o fervor. A fim de que, agraciados pela nossa apostólica mercê, aceiteis essa grande tarefa com melhor disposição e mais coragem ainda, doamos, concedemos e constituímos a vós e aos vossos herdeiros e sucessores para sempre todas as terras e ilhas que se encontrarem a uma distância de até cem milhas a oeste de um ponto a ser determinado nas ilhas dos Açores ou do Cabo Verde. Fazemos, constituímos e declaramos a vós, reis de Castela e de Leon, e aos vossos sucessores, como senhores de todas aquelas áreas, com tal poder, autoridade e jurisdição. E cominando com a excomunhão automática a qualquer um inclusive portador de dignidade imperial e real, proibimos dirigir-se àqueles territórios sem a vossa licença” (STAEDLER apud Höffner, 1977, p.199-200).

Papa, as Bulas Alexandrinas deixaram de ser reconhecidas como título de propriedade.

Embora os Reis Católicos declarassem que queriam promover a colonização com o objetivo de converter os índios à fé cristã, dispensando-lhes um tratamento humano, além da obtenção de lucros para a Coroa, não foi isso o que aconteceu. Os primeiros conquistadores que partiram para as “Índias” estavam cheios de um sentimento de superioridade em relação aos aborígenes, e ávidos de grandes conquistas, poder e riquezas. Não levaram consigo nenhuma preocupação catequizadora, pelo contrário, agiram com brutal crueldade, infligindo o terror àqueles povos e forçando-os a trabalhar em seus negócios. Eram em sua grande maioria, segundo Höffner (1977), a escória do povo espanhol: criminosos, mercenários, gente vadia e de costumes pouco recomendáveis. Afirma Hanke (1958) que os espanhóis do séc. XVI tinham uma verdadeira aversão ao trabalho físico e que viviam ainda sob a influência dos seus antepassados que lutaram na longa Guerra de Reconquista e que lhes transmitiram o desejo de alcançar a fama e glória por meio de conquistas militares e religiosas.

Os espanhóis estavam dispostos a lutar valorosamente, se fosse necessário, a morrer para forjar um pedaço do império para eles e ao mesmo tempo impulsionar o cristianismo e servir a seu rei. Mas não estavam dispostos a estabelecerem-se como agricultores para cultivar o solo ou como mineiros para extrair ouro e prata das entranhas da terra. Esse trabalho correspondia aos índios. (Hanke, 1958, p. 27) (tradução nossa).

Como a Rainha Isabel havia proibido a escravidão dos índios, exceto no caso de eles se recusarem a aceitar o domínio espanhol, situação pouco comum entre os habitantes do Novo Mundo, tornou-se necessário encontrar uma justificativa, isto é, um título que legitimasse a escravidão a que de fato eram submetidos vários povos pacíficos. Assim, em 1504, surgiu o sistema de *encomiendas*, que “consistia em um direito outorgado pelo Estado de utilizar, mediante remuneração (mas usando coação) de certo número de índios, com a obrigação, muito elástica e vaga, de cuidar do bem material e espiritual dos mesmos.” (Höffner, 1977, p. 168).

É importante ressaltar que a Rainha Isabel, segundo Höffner (1977), concordou com o sistema de *encomiendas* por julgá-lo benéfico aos índios. Havia chegado a seu conhecimento que os nativos faziam mau

uso da liberdade, recusando-se a trabalhar e a serem catequizados. Para modificar essa situação e promover a rápida conversão dos índios ao cristianismo, a Rainha determinou que eles deveriam viver mais próximos aos espanhóis, isto é, deveriam ser recomendados ou encomendados aos conquistadores, que cuidariam da sua evangelização. Em troca, os índios trabalhariam nos negócios do *encomiendero*, mediante remuneração.

Não obstante a boa intenção da Rainha, é certo que o sistema de *encomiendas* revelou-se extremamente prejudicial aos indígenas, submetidos, na prática, a um trabalho compulsório sem qualquer retribuição material ou espiritual.

Após a morte da Rainha Isabel, em 1504, um grande número de *encomiendas* foi outorgado pelo Rei Fernando aos conquistadores. Esse foi o período mais cruel da história da colonização espanhola. Em a *Brevíssima Relação da Destruição das Índias*, Bartolomeu de Las Casas narra, com certo exagero, e por isso se devem as críticas a essa obra, muitas das crueldades infligidas aos indígenas:

Estando as guerras terminadas e mortos todos os homens, eram comumente reservadas as pessoas jovens, as mulheres e as crianças que distribuíam entre si, dando a um trinta, a outro quarenta, a outro cem ou duzentos, segundo o favor do tirano-mor a quem chamavam de Governador: davam-nos comumente aos espanhóis sob a condição de lhes ensinarem a Fé Católica, sendo que essas pessoas que tomavam a si próprias o encargo das almas eram geralmente indivíduos idiotas, homens cruéis, muito avaros e viciados. O cuidado que tomavam com os índios consistia em enviar os homens para as minas a fim de os fazer extrair o ouro, o que é um trabalho intolerável, e as mulheres metiam-nas a trabalhar nos campos, lavrando e cultivando as terras, o que é um grande trabalho até mesmo para homens fortes e robustos. A eles e a elas não lhes davam a comer senão ervas e cousas semelhantes, sem substância alguma. (Las Casas, 1984, p.37).

E ainda:

Os espanhóis, com seus cavalos, suas espadas e lanças começaram a praticar crueldades estranhas; entravam nas vilas, burgos e aldeias, não poupando nem as crianças e os homens velhos, nem as mulheres grávidas e parturientes e lhes abriam o ventre e as faziam em pedaços como se estivessem golpeando cordeiros fechados em seu redil. Faziam apostas sobre quem, de

um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou quem, mais habilmente e mais destremente, de um só golpe lhe cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria melhor as entranhas de um homem de um só golpe. (Las Casas, 1984, p.33).

A política colonial espanhola não foi alvo de questionamentos sérios até a chegada, em 1510, dos primeiros missionários dominicanos, que não tardaram a tomar posição contra os crimes e violências praticados contra os índios. Na manhã do dia 21 de dezembro de 1511, o Frei Antônio de Montesinos, em nome dos demais dominicanos, proferiu diante dos responsáveis pelo governo e dos *encomienderos*, dentre os quais o jovem clérigo e *encomiendero* Bartolomeu de Las Casas, o sermão no qual questionava não apenas o sistema de *encomiendas*, mas também a posse da Coroa Espanhola sobre aquelas terras pertencentes aos índios. Deixou os ouvintes atônitos ao declarar que todos estavam em pecado mortal por causa das atrocidades que cometiam contra os nativos. Las Casas transcreveu, tempos depois, em a *História das Índias* um resumo do histórico sermão:

Esta voz está bradando: vocês estão todos em pecado mortal, nele vivem e morrem, pela crueldade e tirania que praticam contra este povo inocente.

Digam: com que direito e com que justiça vocês mantêm estes índios em tão cruel e horrível servidão? Com que autoridade vocês têm feito guerras tão detestáveis contra esta gente, que estava tranqüila e pacífica em suas terras, onde a multidões incontáveis delas, com mortes e danos nunca ouvidos, vocês exterminaram?

Como vocês os mantêm na opressão e na fadiga, sem dar-lhes de comer e curar-lhes as enfermidades que contraem em razão dos excessivos trabalhos que vocês lhes impõem? Eles chegaram a morrer, ou, para melhor dizer, vocês os matam para arrancar e adquirir ouro cada dia.

Que cuidado vocês têm de que alguém lhes ensine a doutrina e de que conheçam a seu Deus e Criador, sejam batizados, ouçam a missa, guardem as festas e os domingos?

Estes não são homens? Não têm almas racionais?

Não estão vocês obrigados a amá-los como a vocês mesmos?

Isto vocês não entendem? Não sentem? Como estão mergulhados em sono tão letárgico?

Estejam certos: no pecado em que estão, vocês não poderão salvar-se mais do que os mouros ou turcos que recusam a fé em Jesus Cristo. (Las Casas, *apud* Josaphat, 2000, p. 52-53).

A reação dos ouvintes foi imediata: uma comissão formada após a missa, liderada pelo Almirante Governador, dirigiu-se ao Padre Montesinos para exigir dele uma retratação. No domingo seguinte, Montesinos subiu novamente ao púlpito, mas, para o horror dos assistentes, reiterou, com maior vigor ainda, seu sermão anterior. Acrescentou apenas, em nome de todos os missionários dominicanos, que a partir daquela data o sacramento da confissão não seria dado a quem possuísse *encomiendas*.

Embora o sermão não tenha produzido uma mudança imediata na política colonial espanhola, a tomada de posição dos dominicanos, chamada por alguns autores de “o despertar da consciência cristã”, foi essencial para estabelecer os contornos da polêmica sobre a questão indígena.

A notícia da pregação de Montesinos ultrapassou as fronteiras do Novo Mundo e chegou à Espanha, causando um grande desagrado ao Bispo Juan de Fonseca, que incentivou o superior dos dominicanos, Alfonso de Loyasa, a enviar uma carta de repreensão ao líder dos dominicanos na colônia, o Frei Pedro de Córdoba. Nesta carta, sob a ameaça de excomunhão, ficou proibido falar sobre questões semelhantes no púlpito. Montesinos foi então encarregado de retornar à Espanha para esclarecer as razões dos missionários. Conforme o Frei Josaphat (2000), nesse momento houve uma polarização da cristandade em duas linhas: a dos acomodados e a dos desbravadores de caminho.

O Rei Fernando interveio na discussão convocando uma comissão formada por juristas e teólogos, que elaborou um conjunto de medidas de proteção aos índios, aprovadas por ele em 27 de dezembro de 1512, conhecidas como as Leis de Burgos. Tais normas estabeleciam, entre outras medidas, que os índios são súditos livres da Coroa, não podendo ser tratados como escravos; que deveriam ser instruídos na fé cristã, devendo conviver em estreita comunhão com os cristãos para se disporem a uma conversão rápida, isto é, continuavam submetidos ao sistema de *encomiendas*; e que

eles poderiam trabalhar para os conquistadores, mas com moderação e mediante salário.

Apesar de suas Vitórias com a publicação das Leis de Burgos, os dominicanos não conseguiram seu principal objetivo, que era o fim do sistema de *encomiendas*. No ano seguinte, a causa indígena amargou nova derrota com a aprovação de um documento denominado *Requerimiento*, cujo conteúdo exprimia uma intimação aos povos indígenas para que se sujeitassem à autoridade do Papa e da Coroa Espanhola. Na prática, isso significava que se os índios dissessem sim, tornar-se-iam fiéis e servos da Coroa; se não aceitassem tal autoridade, os espanhóis poderiam reduzi-los à escravidão, conforme a teoria da “guerra justa”, que será objeto de estudo em outro capítulo.

No ano de 1514, entrou em cena Bartolomeu de Las Casas, jovem clérigo que, tocado pelas palavras do Padre Montesinos, devolveu as *encomiendas* recebidas da Coroa para dedicar sua vida à defesa da causa indígena. Uniu-se ao partido dominicano e com ele encetou uma luta pelo fim das *encomiendas* e contra o uso da força no processo de evangelização dos nativos.

Em 1515, partiu para a Europa com o intuito de conseguir novas medidas protetivas para os índios e denunciar as crueldades cometidas contra eles. A essa viagem seguiram-se várias outras, sempre com o mesmo objetivo. Apesar de todos os seus esforços não houve mudanças significativas na política colonial espanhola, pelo contrário, ela expandiu-se de forma avassaladora em direção ao continente.

As notícias descrevendo as crueldades e violências praticadas pelos espanhóis na conquista dos Impérios Asteca e Inca eram estarrecedoras, acirrando o debate acerca da questão indígena. Nessa época, o Papa Paulo III foi pressionado a tomar posição, principalmente a respeito do argumento, defendido pelos partidários da escravidão, de que os índios viviam como animais, isto é, não tinham capacidade racional e moral para levar uma vida responsável, devendo, pois, viver sob o comando dos espanhóis. Essas idéias lastreavam-se na doutrina aristotélica da escravidão natural.

O Papa manifestou-se contrariamente aos interesses dos conquistadores, a quem chamou de “sequazes do diabo”. Promulgou então a Bula *Sublimis Deus* na qual declarou que os índios são seres humanos verdadeiros, devendo ser tratados como tal, e, ainda, que eles

não podiam ser privados nem da sua liberdade nem da posse de seus bens.

Também se viram envolvidos no debate os grandes “Mestres de Salamanca,” Francisco de Vitória e Domingo de Soto, principais representantes da escolástica do “Século de Ouro,” que exerceram um importante papel na discussão sobre a conquista e colonização espanhola, conforme se verá adiante.

Outra contribuição relevante da Bula *Sublimis Deus* e da intervenção dos teólogos de Salamanca foi terem despertado no Imperador Carlos V sérias dúvidas acerca da legitimidade da conquista. Las Casas soube tirar proveito desse momento conseguindo a formação de uma outra junta para discutir novas medidas de proteção para os indígenas, que se reuniu na cidade de Valladolid em 1541 e 1542. Fruto dessa junta são as chamadas “Leis Novas” promulgadas em 1542 pelo Imperador. Essas leis incorporaram grande parte das propostas de Las Casas, inclusive o fim do sistema de *encomiendas*.

Os conquistadores espanhóis recusaram-se a abrir mão do seu lucrativo negócio, ignorando as novas leis. Protestaram violentamente contra elas e exigiram sua revogação, ameaçando separar-se da Espanha. Após algumas mitigações, não restou alternativa a Carlos V senão a revogação das “Leis Novas,” em 1545.

Las Casas encontrava-se no México nessa época, pregando contra as *encomiendas*. Porém, diante das hostilidades e ameaças dirigidas a ele por seus compatriotas, pois era de conhecimento de todos a influência que tivera na formulação das novas leis, optou por retornar à Espanha em 1547, cruzando o oceano pela última vez.

Foi nesse ano que tomou conhecimento do livro escrito pelo historiador da corte Juan Ginés de Sepúlveda, intitulado *Demócrates Segundo ou das Justas Causas da Guerra Contra os Índios*, o qual considerou extremamente pernicioso à causa indígena. Opôs-se veementemente à sua publicação, entrando em confronto direto com Sepúlveda. Por influência de Las Casas, o Conselho das Índias negou autorização para a publicação da obra, e as Universidades de Salamanca e Alcalá deram pareceres desaconselhando a difusão do livro na Espanha.

A controvérsia entre Las Casas e Sepúlveda jogou luz e foco sobre a controvertida política colonial

espanhola. Perguntas como: é justo recorrer às armas para forçar a evangelização dos índios? o domínio dos espanhóis sobre o Novo Mundo é legítimo? é lícita a escravização dos indígenas? não podiam mais ficar sem respostas. Mergulhado nessas dúvidas, o Imperador Carlos V convocou então uma junta de quatorze notáveis teólogos para discutir e definir os rumos da ética colonial espanhola. Participaram nessa junta como debatedores, representando o “partido dos missionários” e o “partido dos conquistadores,” respectivamente, Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda.

## 3 Os Contendores

### 3.1 Juan Ginés de Sepúlveda

Juan Ginés de Sepúlveda nasceu no ano de 1490 em Pozoblanco, principal povoado da região cordobesa de Los Pedroches, na Espanha.

Desde muito cedo, enveredou-se nos estudos das humanidades clássicas, iniciando, ainda em Córdoba, os estudos de grego e latim. Em seguida, passou a estudar filosofia na Universidade de Alcalá, que prosperava sob os cuidados do Cardeal Cisneros. Após, ingressou no *Colegio de San Antonio de Portaceli de Sigüenza*, onde iniciou seus estudos de Teologia.

Em 1515, Sepúlveda começou uma nova fase em sua vida estudantil com o ingresso oficial no *Colegio de los Españoles de San Clemente de Bolonia*. Os alunos dessa escola somente eram aceitos se provassem possuir “sangue puro.” Tal exigência significava demonstrar, sobretudo, a inexistência de ascendência judaica. Embora tenha nascido em uma família humilde, sem posses ou títulos de nobreza, Sepúlveda saiu vitorioso nessa prova e, munido de uma carta de apresentação do Cardeal Cisneros, foi aceito no *Colegio de los Españoles*.

Durante sua longa permanência em *San Clemente de Bolonia*, que se estendeu até 1523, recebeu o título de Doutor em Artes e em Teologia. Seu principal professor foi Pietro Pomponazzi, cujas lições despertaram em Sepúlveda o interesse pelo estudo de Aristóteles. Foi também nessa época que estreitou relações com a aristocracia nobiliárquica e eclesiástica italiana ao aceitar o convite do Príncipe de Capri Alberto Pío para fazer parte de sua corte literária. Além do Príncipe, estabeleceu laços de amizade com os Médici e com os

Gonzaga e, mais estreitamente, com o Papa Clemente VII. Decorridos alguns anos em Capri, dirigiu-se a Roma, a serviço da Corte Pontifícia, com o encargo de tradutor oficial de Aristóteles. Abalado com a morte do Papa, Sepúlveda interrompeu seu trabalho de tradutor, deixando-o apenas iniciado. Nessa época, assistiu ao saque de Roma e, posteriormente, em 1528, ao cerco de Nápole.

Em 1529, depois da ordenação sacerdotal, uniu-se à corte do Imperador Carlos V, de quem foi confessor e cronista até sua morte. Foi escolhido pelo Imperador para ajudar a Silíceo como preceptor do Príncipe Felipe. Passou então a residir na corte espanhola, instalada na maior parte do tempo em Valladolid.

Sua vida na Espanha tornou-se ainda mais produtiva do que foi na Itália: dividiu-se entre os trabalhos literários, as funções na corte e o cultivo do campo.

Em 1550 e 1551, atuou como opositor do Bispo Las Casas no histórico debate realizado em Valladolid.

No ano de 1555 voltou a residir em sua cidade natal, onde permaneceu até morrer em 17 de novembro de 1573.

Durante seus 83 anos de vida, Sepúlveda produziu uma vasta obra literária. Conforme Angel Losada (1979), sua obra pode ser dividida em duas classes: traduções e comentários aos filósofos gregos e obras originais. Na primeira classe estão as obras de Aristóteles (*Parvi naturalis*, *De ortu et interitu*, Meteorológicos, Do mundo, e Política) e de Alexandre de Afrodisia (Comentário à metafísica de Aristóteles). A segunda classe subdivide-se em obras históricas (Crônica de Carlos V, Crônica de Felipe II, A história da conquista dos espanhóis no Novo Mundo e no México, Vida do cardeal Don Gil de Albornoz); teológicas (Do livre alvedrio contra Lutero); filosóficas (Gonzalo ou Da glória, Do reino e dos deveres do rei); jurídicas (Do matrimônio, Teófilo ou Do depoimento e os testemunhos em causas secretas, Demócrates Primeiro ou Da conformidade da doutrina militar com a religião cristã, Demócrates Segundo ou Das justas causas da guerra contra os índios, Apologia, Do reino e dos deveres do Rei); e, por fim, obras diversas ( Epistolário, Da correção do ano, Apologia em defesa de Alberto Pio e Exortação a Carlos V para que faça guerra contra os turcos).

Sepúlveda não foi apenas um filósofo e teólogo. Ele foi também um cronista, historiador, fervoroso

polemista, grande tradutor de Aristóteles, excelente latinista e, ainda, um teórico da guerra. A este tema dedicou dois livros: *Demócrates Primeiro ou Da conformidade da doutrina militar com a religião cristã*; e *Demócrates Segundo ou Das justas causas da guerra contra os índios*. Contra este livro se insurgiu Las Casas, conseguindo a proibição de sua publicação em toda a Europa. No entanto, Sepúlveda não se deu por vencido e publicou em Roma uma *Apologia*, que era quase a repetição de *Demócrates Segundo*. Na Espanha, essa obra também foi proibida e confiscada.

Com esse livro, Sepúlveda pretendia provar que a guerra movida pelos espanhóis contra os índios era justa e necessária para a sua evangelização. Consiste em um diálogo, ocorrido no interior do palácio do Príncipe Felipe, entre os personagens Leopoldo e Demócrates. Nesse diálogo,

‘O alemão Leopoldo, contagiado pelos erros luteranos,’ representa o homem que considera a guerra injusta, por sua vez Sepúlveda, falando através de Demócrates, gentilmente mas com firmeza, rechaça as idéias de Leopoldo e o convence finalmente da justiça da guerra contra os índios e da obrigação do rei de fazê-la. (Hanke, 1958, p. 49) (tradução nossa)

A verdadeira preocupação de Sepúlveda por trás dessa obra era justificar perante o direito e a ética os meios utilizados pelos espanhóis na conquista da América, que perturbavam a consciência cristã. Para tanto, lança mão da doutrina de Santo Tomás de Aquino acerca da guerra justa e da teoria aristotélica da escravidão natural, tal como exposta na *Política*, obra traduzida e publicada por ele em 1548. Conforme ressalta Hanke (1958), Sepúlveda estava completamente embriagado da filosofia de Aristóteles, que estudou por mais de 20 anos na Itália, quando começou a escrever sobre os índios americanos.

Não obstante toda a polêmica suscitada com a proibição da publicação de *Demócrates Segundo*, Sepúlveda abriu o debate de Valladolid com a leitura de um amplo resumo dessa obra, o qual chamou de *Apologia*.

Apesar da importância de Sepúlveda para o seu tempo, ele passou para a história como um homem reacionário, racista, defensor da escravidão e das ações criminosas dos conquistadores espanhóis.

## 3.2 Bartolomeu de Las Casas

Bartolomeu de Las Casas nasceu em Sevilha, Espanha, provavelmente no ano de 1484, conforme indicam estudos mais recentes de sua biografia, e não em 1474, como apontavam alguns historiadores.

Segundo Josaphat (2001), Las Casas perdeu a mãe ainda muito criança, crescendo sob a influência do pai, tios e primos, todos dedicados à navegação e ao comércio. Sua família era ligada por laços de amizade a Cristóvão Colombo, o que lhe permitiu acompanhar de perto os projetos e viagens do Almirante, principalmente a segunda expedição rumo à América, em 1493, na qual embarcaram seu pai e tios. Ao retornar da América, o pai de Las Casas levou um menino índio de presente para o filho, que permaneceu com a família durante alguns poucos anos. Esse primeiro contato com o povo do Novo Mundo foi lembrado por Las Casas décadas depois como forma de enaltecer o exemplo da rainha Isabel, que mandou libertar todos os índios dados como escravos na Espanha, aos quais chamava de “meus súditos”.

Muito pouco se sabe sobre os primeiros dezoito anos da vida de Las Casas e de sua formação inicial. Acredita-se, a partir dos poucos dados disponíveis, que tenha feito Humanidades na Academia de Sevilha, onde teria se dedicado ao estudo do Latim, História Geral e Natural. Após esse período de estudos, tornou-se clérigo, recebendo as ordens menores<sup>4</sup>.

Em 1502, aos dezoito anos incompletos, Las Casas partiu junto com seu pai e com o novo governador da Ilha Espanhola (Haiti) rumo à América com um duplo objetivo: ser colonizador e catequizador.

Em 1505 recebeu seu primeiro lote de índios em *encomienda*<sup>5</sup> para trabalhar em suas terras e em uma mina que também lhe pertencia.

Nos primeiros anos na América, Las Casas foi muito mais um colonizador do que clérigo, somente se diferenciando dos demais conquistadores espanhóis pelo fato de tratar bem os seus escravos.

<sup>4</sup> Até o Concílio de Trento (1545-1563) não existia nenhuma preparação oficial para o recebimento das ordens menores.

<sup>5</sup> Instituição através da qual os índios eram encomendados pelos conquistadores espanhóis para serem catequizados. Em troca da salvação eterna, os índios e seus descendentes deveriam trabalhar em benefício do *encomendero*, sem qualquer remuneração.

No ano de 1506 viajou a Roma. Existem dúvidas entre os historiadores quanto a data, 1507 ou 1508, e local onde Las Casas teria sido ordenado padre. Acredita-se ter ocorrido em Roma, em 1507. Supõe-se também que por trás dessa repentina ordenação estava o despertar da consciência de Las Casas para as questões indígenas.

Retornou à América e em 1510 celebrou sua primeira missa como o primeiro padre das “Índias”.

No mesmo ano, chegaram os primeiros missionários dominicanos no Novo Mundo, que passaram a exercer uma influência cada vez maior sobre Las Casas, tanto pelo exemplo de vida austera, como pelo posicionamento tomado por eles diante da escravização dos índios.

Em 21 de dezembro de 1511, ainda na condição de padre e *encomendero*, Las Casas ouviu assustado o famoso sermão de Antônio de Montesinos em defesa dos povos do Novo Mundo, no qual acusou os conquistadores espanhóis de pecadores em razão das crueldades que cometiam contra os índios.

Apesar de profundamente abalado com as palavras de Montesinos, em 1513 recebeu outro lote de índios. Nesse ano partiu com a expedição de Pánfilo de Narvaez, mais conhecido como “o carrasco humano”, para conquistar a ilha de Cuba. Porém, dessa vez, Las Casas participava da expedição não como conquistador ou soldado, mas como capelão, pedindo clemência aos seus companheiros em favor dos índios. Após esse episódio, o clérigo Las Casas ainda aceitou outro lote de terras e índios.

Em 1514, ainda impressionado com o sermão de Montesinos e com as crueldades presenciadas em Cuba, decidiu romper com o sistema de colonização escravizadora e renunciou à posse dos seus índios e das suas terras, devolvendo-os ao governador Diego Velasquez. Em 15 de agosto desse mesmo ano, na festa de Nossa Senhora da Glória, proferiu seu primeiro sermão contra as *encomiendas*, chamando de pecador quem mantivesse índios como escravos. Completava-se nesse dia a “conversão” de Las Casas à causa indígena.

Em 1515, iniciou uma série de viagens à Espanha em busca do apoio da Coroa Real aos seus planos em defesa do índio.

Em 1516, o Cardeal Cisneros, então regente da Espanha, ouviu os protestos e denúncias de Las Casas e

resolveu mandar para a Ilha Espanhola uma comissão, formada por três freis jerônimos, que deveria informar a real situação da colônia e examinar a viabilidade de um plano de reformas legislativas, que previa, entre outras mudanças, o fim do sistema de *encomiendas*. Os jerônimos tomaram o partido dos colonizadores, concluindo que era impossível emancipar os índios e que eles eram indispensáveis aos negócios espanhóis.

Diante dessa primeira derrota, Las Casas iniciou um projeto de colonização pacífica como alternativa ao sistema de *encomiendas*, no qual previa a utilização de mão-de-obra remunerada composta por lavradores e camponeses recrutados na Espanha.

Ainda em 1516, o Cardeal Cisneros nomeou Las Casas “Procurador Universal dos Índios.”

Em 1520, Las Casas conseguiu autorização do Rei Carlos V, bem como recursos financeiros e terras, para implantar seu projeto. Contudo, por diversas razões, mas sobretudo por causa do ataque de índios ao povoado de Cumaná — ocasião em que foram mortos religiosos e colonos —, sua empresa fracassou apenas um ano após iniciada.

Tomado pelo desânimo e pela tristeza, refugiou-se em um convento dominicano para um longo período, quase oito anos, de estudos e meditações. No mesmo ano, 1522, fez o noviciado e no ano seguinte recebeu o hábito de São Domingos. Durante esse período dedicou-se principalmente ao estudo da obra de Santo Tomás de Aquino, com especial atenção para a *Suma Teológica*.

Em 1530, já com 56 anos de idade, retomou com entusiasmo a defesa dos índios. Partiu em nova viagem à Espanha com o objetivo de conseguir novas medidas protetivas. De volta à América, percorreu a Nicarágua, o México e a Guatemala, evangelizando e pregando em favor da causa indígena. Percorreu também a chamada Terra da Guerra ou Tezuluthan, onde conseguiu evangelizar pacificamente sua população belicosa.

Partiu novamente rumo à Espanha em 1539 para negociar junto à Coroa Real Espanhola e ao Conselho das Índias o fim das *encomiendas*. Conseguiu a formação de uma junta de intelectuais e juristas para discutir a questão indígena, que se reuniu em Valladolid em 1541 e 1542. Essa junta elaborou as famosas “*Leyes Nuevas*”, assinadas em 1542 pelo Rei Carlos V, pondo fim ao sistema de *encomiendas*.

Contudo, as Novas Leis foram ignoradas pelos conquistadores, que as consideravam lesivas aos seus interesses. Assim, em 1545, não restou alternativa a Carlos V senão sua revogação.

Em março de 1544, Las Casas foi consagrado Bispo de Chiapas, em Sevilha. Em agosto chegou à cidade de Chiapas, no México, onde continuou a agir contra as *encomiendas*. A partir de 1545 agravaram-se os conflitos entre Las Casas e seus compatriotas *encomiendados*, que o sabiam autor das Novas Leis. Diante da crescente hostilidade entre eles, resolveu voltar definitivamente para a Espanha, atravessando o Atlântico pela décima e última vez em 1547.

No ano de 1548, entrou em conflito com Juan Ginés de Sepúlveda ao impedir a publicação do livro *Demócrates segundo*, o qual considerava muito prejudicial à causa indígena.

Em 1550, Las Casas renunciou à sua diocese. Nesse ano e em 1551, participou, como opositor de Sepúlveda, do debate de Valladolid convocado por Carlos V para discutir a questão do índio.

Até o último ano de sua vida lutou em defesa dos índios, opondo-se ao sistema de *encomiendas*. Deixou-nos uma vasta obra literária entre memoriais, cartas e tratados nos quais denunciou as crueldades cometidas no Novo Mundo e exigiu justiça para os índios. Seu principal livro é a *Apologética História*, no qual descreve os acontecimentos ocorridos na América desde sua descoberta até o ano de 1520.

Morreu no dia 18 de julho no Convento de Nossa Senhora de Atocha, em Madri, aos 82 anos de idade.

## 4 Características do debate

O histórico debate de Valladolid, síntese de quase meio século de discussões teóricas entre missionários e conquistadores, deve ser analisado levando em consideração, além dos seus antecedentes históricos, as características do processo de ocupação das novas terras pela Coroa Espanhola.

A política colonial da Espanha possui especificidades que a diferenciam da colonização promovida pelos portugueses, povo que a seu lado inaugurou a “era colonial”, e daquela desenvolvida nos séculos seguintes pelos seus vizinhos europeus.

Portugal tinha o domínio do Norte e das costas ocidental e oriental da África, da costa das Índias Orientais, de algumas ilhas no Atlântico e ainda de regiões costeiras do Brasil<sup>6</sup>. Conforme Josaphat (1977), esse domínio predominantemente costeiro é explicado pelo fato de que os portugueses não estavam interessados em colonizar as novas terras, mas sim em estabelecer centros de apoio para facilitar o seu lucrativo comércio com as Índias Orientais e também o tráfico de escravos africanos. Por conseguinte, também não tinham interesse em subjugar a população nativa dos seus novos territórios. Além disso, a grande maioria dos africanos que entraram em contato com os portugueses eram muçulmanos, seus inimigos seculares. Os lusitanos não tinham, portanto, porque ter dúvidas quanto à legitimidade da conquista e da escravização dos nativos africanos, pois “na África mantinham com inimigos geopolíticos e religiosos de tempos passados guerras que, em sua opinião, eram eminentemente justas e permitidas como uma grande cruzada nacional com o apoio do Papa.” (Hanke, 1958, p. 17) (tradução nossa).

Bastante diferente foi o processo de colonização espanhol, que avançou rapidamente para o interior do continente, onde encontrou civilizações muito desenvolvidas cultural e politicamente, mas que não conheciam a fé cristã<sup>7</sup>. Ademais, logo no início da conquista uma grande quantidade de ouro e prata foi encontrada pelos espanhóis, atizando-lhes a cobiça. Era, portanto, imperioso para a Coroa espanhola dominar aqueles povos e terras, pretensão que se tornou realidade com a publicação das Bulas Alexandrinas. Por meio desse documento, o Papa doou as novas terras aos espanhóis, com a condição de cristianizarem os índios. Os conquistadores passaram então a justificar o uso da força contra os nativos como uma medida necessária para fazê-los ouvir o Evangelho.

<sup>6</sup> Somente no séc. XVII o domínio luso no Brasil se estendeu para o interior do território.

<sup>7</sup> No *orbis christianus* toda pessoa que não participasse da fé em Cristo era infiel. Havia três tipos de infiéis: os judeus, que não aceitaram a verdade cristã; os pagãos, que não conheciam a verdade cristã; e os hereges, que renegaram a fé aceita em Cristo. Enquanto os hereges eram perseguidos por terem traído a promessa em Cristo, os judeus e pagãos deveriam receber outro tratamento, pois nunca fizeram a promessa, portanto, não eram traidores. Somente no caso de blasfemarem contra o cristianismo ou de cometerem violências contra os cristãos podia ser declarado guerra contra eles.

Os Reis Católicos estabeleceram desde muito cedo os objetivos da colonização: conversão dos indígenas à fé cristã e obtenção de lucros para a Coroa. No entanto, esses dois objetivos se revelaram incompatíveis logo nos primeiros anos da conquista, pois os conquistadores encontraram nos índios uma fonte gratuita de mão-de-obra e optaram pela via mais lucrativa para seus negócios: a escravização dos nativos, embora existisse proibição expressa nesse sentido.

É importante ressaltar que a escravidão não foi uma exclusividade dos espanhóis. Nos séculos seguintes vários Estados utilizaram trabalho escravo em suas colônias, mas somente na Espanha do “Século de Ouro” surgiu uma discussão tão séria e profunda sobre questões de ética colonial. O historiador Lewis Hanke aponta duas circunstâncias que favoreceram o aparecimento do debate na Espanha:

A primeira concerne à natureza do povo espanhol, um povo legalista, apaixonado, dado a extremos, fervorosamente católico. [...] A segunda circunstância se refere à natureza do domínio exercido pela Coroa Espanhola na América, que fez os espanhóis se sentirem responsáveis pela conversão dos índios. Em virtude dos decretos do Papa Alexandre VI, as famosas bulas de doação de 1493, utilizadas no início para justificar o exercício do poder espanhol nas novas terras, a cristianização desses territórios foi confiada expressamente à Coroa de Castela. (Hanke, 1958, p.23) (tradução nossa).

Adverte Losada (1975) que a discussão sobre o uso da força para subjugar e cristianizar um povo não era novidade:

O novo, o original foi a convocação de uma ‘junta’ com tal propósito. Podemos afirmar que pela primeira vez na história da humanidade, uma nação (Espanha) e seu Rei discutiram sobre a justificação jurídica de uma guerra que ambos estavam levando a cabo. (Losada, 1975, p.12) (tradução nossa).

Ainda sobre o surgimento do debate, urge frisar que ele foi suscitado pelos missionários enviados para a América, incomodados com as crueldades cometidas contra os índios. Ele nasceu no seio da Igreja e foi entregue aos teólogos, uma vez que, conforme Garcia-Pelayo (1941), os problemas jurídicos oriundos do descobrimento e da conquista da América não se encaixavam nos quadros do Direito tradicional, pois os índios não estavam submetidos aos espanhóis pela

lei humana. Para resolvê-los era necessário encontrar, a partir de uma concepção geral do mundo e da vida, os princípios que seriam aplicados à vida jurídica. Somente a Teologia, única ciência de caráter universal na época, podia realizar tal tarefa. Nem juristas, nem filósofos tinham autoridade para discutir sobre essas questões e, quando o faziam, utilizavam o enfoque teológico.

Ao mesmo tempo em que convocou, em 1550, a junta de Valladolid, Carlos V proibiu a realização de novas expedições de conquista na América enquanto não fosse resolvida a seguinte questão: era lícita a guerra movida contra os índios como meio de vencer as dificuldades que se opunham à sua evangelização? Para responder a essa pergunta os debatedores tiveram que enfrentar vários aspectos da discussão, como a questão da humanidade do índio; sua capacidade para absorver o cristianismo e ser integrado à civilização européia; e outros relacionados aos métodos utilizados na conquista e evangelização do Novo Mundo, além da legitimidade do domínio espanhol. Segundo Rizzi, citado por Tosi (1998), os argumentos discutidos em Valladolid podem ser classificados da seguinte forma:

- Argumentos antropológico-culturais: relativos à visão do europeu sobre o índio e seus costumes;
- Argumentos teológico-pastorais: sobre a teoria e prática da evangelização;
- Argumentos filosófico-jurídicos: a respeito da justificação da conquista. Abrangiam as seguintes questões: em que título a Espanha justificava o seu domínio sobre os territórios descobertos?; os direitos da Coroa se fundamentavam sobre o direito divino, natural, ou sobre o *jus gentium*?; a guerra movida contra os índios era justa?; os habitantes do Novo Mundo eram homens?; podiam ser considerados senhores das suas terras?; eram homens livres ou escravos?.

Para o “partido dos conquistadores”, conforme Höffner (1977), os índios eram seres inferiores, de limitada inteligência e incapazes de levar uma vida racional e moralmente independente; enfim, eram verdadeiros animais que falavam. Entendiam, conforme a teoria aristotélica da escravidão natural, que as pessoas com tais características eram destinadas pela própria natureza a servir aos homens mais sábios e prudentes, seus superiores naturais, no caso, os espanhóis.

Pode-se afirmar que a teoria da escravidão natural tornou-se o cerne da discussão sobre a política

colonial espanhola. “Debaixo do manto de autoridade indiscutível de Aristóteles era encontrada uma solução simples que tinha um grande poder de convencimento e fornecia uma base teórica para a resolução jurídica” (Tosi, 1998, p.51) (tradução não publicada de Antônio Arthur Barros Mendes e Julliana Paollineli).

A junta convocada por Carlos V, em 1550, foi um acontecimento único na história da “era colonial”. Graças ao preparo dos debatedores e à extraordinária liberdade de palavra concedida a eles pelo Imperador, houve um profundo questionamento dos métodos empregados na conquista da América e o estabelecimento de uma legislação que permitiu a sobrevivência dos povos indígenas.

O grande debate de Valladolid teve início em agosto de 1550 e se estendeu até maio de 1551, sendo realizado em duas sessões. Diante daquela junta de notáveis teólogos e juristas, sob a presidência do dominicano Domingo de Soto, Sepúlveda iniciou o debate, lendo o resumo de sua polêmica obra *Demócrates Segundo*. Las Casas entrou em cena lançando-se à leitura de sua *Apologia*, na qual refutava os argumentos de Sepúlveda ponto por ponto. Essa leitura, que durou cinco dias seguidos, aliada ao intenso calor do verão espanhol, deixou os ouvintes muito cansados. Para facilitar os trabalhos, o presidente da junta elaborou um resumo dos textos lidos e entregou uma cópia a cada participante. Tomando por base esse resumo, Sepúlveda elaborou doze objeções aos argumentos de Las Casas, que, por sua vez, elaborou doze réplicas a Sepúlveda. Ao fim do debate, lamentavelmente, os assistentes optaram pela neutralidade. Não tomaram uma posição definitiva sobre a discussão, deixando apenas a promessa de responder por escrito, o que não foi feito. Diante do silêncio, Las Casas e Sepúlveda se declararam ambos vencedores.

Infelizmente, as atas das duas sessões não foram encontradas. A principal fonte disponível sobre o conteúdo do debate são as objeções e réplicas apresentadas pelos contendores, que serão apresentadas em outro capítulo.

## 5 Aristóteles e a escravidão natural

A teoria da escravidão natural foi o principal argumento apresentado por Sepúlveda no debate ocorrido em 1550 e 1551, em Valladolid, para justificar o do-

minio espanhol sobre os povos do Novo Mundo. Por tal razão, antes de adentrar no debate propriamente dito, faz-se necessário expor o pensamento aristotélico sobre a escravidão natural.

É importante esclarecer que Aristóteles não escreveu uma obra específica sobre a escravidão, mas nos deixou amplas passagens sobre o tema em suas obras ético-políticas, notadamente no primeiro capítulo da *Política*.

O Livro I da *Política* versa sobre o governo doméstico. Aristóteles estuda esse tipo de governo porque entende que o Estado é formado da reunião de famílias: dessa forma, para conhecer o Estado deve-se antes conhecer as partes que o compõem. Também pretende distinguir as relações estabelecidas entre os elementos integrantes da casa das relações tipicamente políticas, demonstrando, assim, a existência de diferentes tipos e âmbitos de governo do homem sobre outro homem. A discussão sobre a escravidão é realizada nesse capítulo paralelamente à tentativa de definir o espaço da liberdade do cidadão, pois como este não podia ser governado como se fosse escravo, era também necessário determinar quem podia ser reduzido a essa condição e a que tipo de governo estava submetido.

Para Aristóteles (1995), o homem não é apenas um animal racional, ele é também um animal político, pois somente na vida em comunidade pode, através da palavra, expressar sua racionalidade, analisando, ponderando, decidindo aquilo que é justo ou injusto, bom ou mau. Contudo, na *polis* grega, nem todo ser racional reunia as condições para ser também um ser político. Essa característica era atribuída somente a um pequeno número de pessoas: os cidadãos.

Aristóteles define cidadão como o indivíduo que participa da vida política da *polis*, ou seja, que pode governar, legislar e administrar a justiça. A posse de bens também é essencial para caracterizar o cidadão, uma vez que ele deve ter tempo livre para se dedicar às atividades da *polis*, o que não seria possível se tivesse que se preocupar com sua subsistência.

A partir do conceito de cidadão, é forçoso concluir que os artesãos, os camponeses e demais trabalhadores livres não eram homens-cidadãos, pois não tinham tempo livre para se dedicar à vida política, uma vez que tinham necessidade de trabalhar.

Os estrangeiros também não podiam receber o *status* de cidadãos, mas por razão diversa. Para os gregos, os estrangeiros eram povos bárbaros, isto é, homens que possuíam outra cultura e que não falavam o idioma grego. Eram seres naturalmente inferiores, pois viviam em uma comunidade não política, na qual a força era a origem das decisões. “Ser político, o viver numa *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força ou violência.” (Arendt, 1983, p. 35).

Além de não contarem com um poder de mando natural entre eles, os bárbaros encontram-se numa frustrada situação política, pois estão desprovidos da forma de vida em que a palavra ou o discurso têm sentido. Não ter palavra ou não falar o idioma da *polis* é simplesmente a expressão da mera subjetividade, ou seja, é a expressão do particular e do imediato, pois assentam suas opiniões em particularidades, sendo impossível, desse modo, sair do particular e do imediato e atingir o geral e o permanente, que são específicos da *polis*. O discurso da *polis*, por sua vez, é um discurso emancipado das subjetividades e da satisfação das meras necessidades cotidianas. (Brugnera, 1998, p.71).

Quanto às mulheres e crianças, Aristóteles (1995) entendia que era conforme a natureza o homem governar a mulher e também o mais jovem, por ser mais perfeito do que eles. Para ser cidadão era preciso ter a virtude para mandar e para obedecer. Ora, a mulher, segundo Aristóteles, era desprovida da autoridade de mando; a criança a possuía, mas de forma incompleta. O filósofo explica essa situação argumentando que na mulher a faculdade deliberativa — capacidade de encontrar os meios adequados que devem ser colocados em ação para se chegar a uma determinada finalidade — é desprovida do instinto de mando. Quanto ao filho menor, esclarece que essa faculdade existe, mas não está plenamente desenvolvida. Dessa forma, nem a mulher, nem a criança podiam participar da vida política da *polis* e ser cidadãos.

Os escravos também não eram cidadãos, pois sua função na sociedade grega era a realização das atividades relacionadas com a subsistência humana. Portanto, não podiam exercer o ócio necessário para a participação na vida política da *polis*.

As mulheres, os filhos menores e os escravos eram os elementos que formavam a família e que se submetiam ao governo doméstico. Embora estivessem

sob o comando da mesma pessoa, é importante ressaltar que a autoridade exercitada sobre eles não era a mesma, pois o chefe da família exercia três diferentes poderes: poder do marido, do pai e do senhor. Como a mulher e os filhos eram indivíduos livres e iguais, o poder exercido sobre eles era do tipo político. Já os escravos, indivíduos que não vivenciavam nem a liberdade nem a igualdade, estavam sujeitos ao poder despótico.

Diante do exposto, percebe-se a importância dos escravos para a sociedade grega, pois para haver uma classe de cidadãos era imprescindível sua existência. “Quem possui escravos pode dedicar-se às atividades que estão acima das necessidades cotidianas, porque os escravos o substituem nos trabalhos necessários.” (Brugnera, 1998, p. 79).

No entanto, Aristóteles não podia admitir a escravidão como mero fruto de uma necessidade econômica, tampouco como produto de uma convenção legal, o que significaria aceitar a violência no seio da vida grega. Concebe, então, a teoria da escravidão natural para demonstrar que a “escravidão não somente não era contrária à natureza, mas pertencia à ordem natural das coisas, e, por isso, era necessária e benéfica para os próprios escravos e, portanto, ‘justa’” (Tosi, 2003, p.93).

O primeiro desafio de Aristóteles foi refutar os argumentos daqueles que afirmavam que os homens são naturalmente livres, e que a escravidão nada mais é do que uma convenção legal através da qual o vencido numa guerra torna-se propriedade e escravo do vencedor, ou seja, que a escravidão era o produto de uma violência e de uma injustiça. Os opositores da escravidão ainda argumentavam que esse “direito” de escravizar poderia acarretar uma grave injustiça, qual seja, levar à escravidão homens que não a mereciam, como os gregos.

Para o Estagirita, o problema estava na noção de “justo” daqueles que condenavam a escravização do prisioneiro de guerra, pois identificavam o justo com benevolência. Segundo Aristóteles (1995), a justiça está em atribuir o comando a quem mais superioridade oferece, ou seja, é justo que o menos perfeito se submeta ao mais perfeito: portanto, é justo que aquele que se mostrou inferior numa guerra seja submetido pelo mais virtuoso à escravidão.

Prossegue argumentando que existem dois tipos de escravidão: a legal ou convencional, que autoriza transformar em escravos os prisioneiros de guerra; e a

escravidão determinada pela própria natureza, que faz homens escravos desde o nascimento. Para ele, a escravidão legal somente será justa quando os escravos por lei também o forem por natureza. Dessa forma, a possibilidade de pessoas nobres serem reduzidas à escravidão, caso sejam feitas prisioneiras de guerra, é afastada, pois, conforme o Estagirita, há pessoas que são escravas em todo lugar: os bárbaros; enquanto outras não o são em parte alguma: os gregos. “É como se existisse uma raça nobre e livre num sentido absoluto e outra que não o fosse” (Aristóteles, 1995, p. 21). Conclui o argumento afirmando que somente os povos bárbaros podiam ser escravos naturais, nunca os gregos.

Por fim, entende ilegítima a escravidão resultante de uma guerra cujo motivo é injusto: “[...] e jamais se poderá dizer que um homem que não merece a escravidão seja escravo.” (Aristóteles, 1995, p. 20).

Uma vez afastada a possibilidade de a violência ser o fundamento da escravidão, resta ainda ao Filósofo demonstrar que é a própria natureza que faz os escravos, e que para eles é justo e útil viver na escravidão.

Vê-se, pois, que a discussão que vimos de sustentar tem algum fundamento; que há escravos e homens livres pela própria obra da natureza; que essa distinção subsiste em alguns seres, sempre que igualmente pareça útil e justo para alguém ser escravo, para outrem mandar; pois é preciso que aquele obedeça e este ordene segundo o seu direito natural, isto é, com uma autoridade absoluta. O vício da obediência ou do mando é igualmente prejudicial a ambos. Porque o que é útil em parte o é no todo; o que é útil ao corpo o é à alma. Ora, o escravo faz parte do senhor como um membro vivo faz parte do corpo — apenas essa parte é separada. (Aristóteles, 1995, p. 21).

O caminho seguido por Aristóteles para comprovar a existência de homens escravos por natureza é a determinação das características que os diferenciam dos homens livres.

A primeira característica do escravo é ser um objeto de propriedade e instrumento de ação.

Faz-se mister, para a compreensão dessa afirmação, ter em mente que a arte de adquirir bens é essencial para a sobrevivência da família e que para a execução de tal arte é necessária a utilização de instrumentos. Há dois tipos de instrumentos: os de ação ou de uso, e os de produção. Os primeiros são aqueles cuja utilização

se esgota no próprio uso que se faz da coisa. São tais os objetos de propriedade. Já os instrumentos de produção, como o próprio nome indica, são aqueles cuja utilização visa à produção de outros bens.

Ambos são necessários para a vida, mas a vida é essencialmente ação (*praxis*) e não produção (*poiesis*), isto é, atividade cujo fim não é externo ao homem, mas que consiste no contínuo aperfeiçoamento e cumprimento das potencialidades humanas através da educação, do *habitus* e do exercício das virtudes. Os escravos constituem, assim, os instrumentos animados que permitem ao senhor e dono a sua plena realização humana através da *praxis*, e, por isso, são colocados entre os instrumentos de ação. (Tosi, 2003, p. 78).

Para Aristóteles, o indivíduo que não se pertence mas pertence a outro como objeto de propriedade e instrumento de ação é naturalmente escravo.

Apesar de ser classificado como objeto de propriedade, Aristóteles não nega a humanidade do escravo, pois o considera um ser racional, característica peculiar ao ser humano.

Mas isso é ainda insuficiente para demonstrar que existem homens livres e outros escravos por obra da natureza. Aristóteles passa então a analisar a natureza da relação de domínio entre os seres humanos.

Ele entende que em todas as coisas formadas por partes sempre existe uma que comanda e outra que é comandada, e que essa relação é essencial para manter a unidade do todo. Assim ocorre com todos os seres vivos formados por alma e corpo. Neles a alma é o elemento destinado pela natureza a comandar e o corpo a obedecer. Para o Filósofo essa relação está presente também entre os seres humanos. Portanto, é a própria natureza que destina alguns homens desde o nascimento a comandar e outros a serem comandados. Os escravos são os indivíduos marcados pela natureza para obedecer. Essa é a segunda característica do escravo natural.

Aristóteles conclui essa argumentação recorrendo a uma analogia entre a relação corpo/alma e escravo/senhor para afirmar que o senhor deve comandar o escravo com a mesma autoridade que a alma comanda o corpo, isto é, com autoridade de tipo despótica.

É importante frisar que o domínio exercido pelo senhor não é o mesmo exercido pelo homem de governo: aquele é do tipo despótico, e é exercitado so-

mente sobre os escravos, que são seres destinados naturalmente a obedecer; este é político e exercido sobre homens livres, com o objetivo de garantir a igualdade entre eles.

Primeiramente, como dizemos, deve-se reconhecer no animal vivo um duplo comando: o do amo e o do magistrado. A alma dirige o corpo, como o senhor ao escravo. O entendimento governa o instinto, como um juiz aos cidadãos e um monarca aos seus súditos. É claro, pois, que a obediência do corpo ao espírito, da parte afetiva à inteligência e à razão, é coisa útil e conforme com a natureza. A igualdade ou direito de governar cada um por sua vez seria funesta a ambos. (Aristóteles, 1995, p. 18).

Entre os homens e os animais também se estabelece essa relação de domínio. Afirma Aristóteles que o governo que os seres humanos exercem sobre os animais é conforme a natureza, sendo-lhes útil viver sob a dependência do homem, pois somente assim estão seguros. Ademais, foi para prover a alimentação e outras necessidades do homem que a natureza criou e destinou os animais.

A partir da relação entre os homens e os animais, e considerando ainda a analogia entre a relação corpo/alma e escravo/senhor, Aristóteles (1995) constrói outra característica do escravo por natureza: é escravo por natureza aquele indivíduo que difere dos demais como a alma difere do corpo e o ser humano do animal, ou seja, é escravo o indivíduo que é inferior aos outros homens da mesma forma que o corpo é inferior à alma, e o animal ao ser humano.

Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtém. Partindo dos nossos princípios, tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão; porque, para eles, nada é mais fácil que obedecer. Tal é o escravo por natureza. (Aristóteles, 1995, p. 19).

Ao comparar o escravo aos animais, Aristóteles (1995) chega a afirmar que a caça é uma espécie de guerra pela qual o homem adquire animais e escravos, e que é conforme a natureza praticá-la contra feras ou contra os indivíduos que nasceram para obedecer, mas se recusam a fazê-lo. Aproxima-os ainda mais quando conclui que eles têm a mesma utilidade: ajudar aos homens em suas necessidades cotidianas através do uso

de sua força física. Contudo, o próprio filósofo admite que as características corporais de uma pessoa não são suficientes para definir quem é por natureza escravo, uma vez que há indivíduos “[...] que só possuem o corpo de um homem livre, ao passo que outros só têm a alma.” (Aristóteles, 1995, p. 19).

Considerando as semelhanças apontadas pelo Filósofo entre os animais e os escravos, surge um questionamento sobre a natureza do escravo: eles são homens, feras ou um tipo inferior de homem? Para Aristóteles a diferença fundamental entre os seres humanos e os animais consiste no fato de que os animais são desprovidos de razão, agindo através de impressões exteriores, enquanto todos os homens são seres racionais. Como ele afirma que os escravos possuem razão, conclui-se que são seres humanos. No entanto, ressalva o Filósofo grego, a racionalidade presente no escravo é inferior àquela do indivíduo livre, o que faz dele um tipo inferior de homem.

Para o Estagirita, essa inferioridade reside no fato de que a racionalidade do escravo é desprovida da faculdade deliberativa. Isso significa que o escravo é incapaz de exercer ele mesmo a razão e o comando, uma vez que é totalmente privado da faculdade de querer; ou seja, de escolher o fim de uma ação e deliberar sobre os meios para alcançá-la. “O objeto da deliberação e o objeto da escolha são uma só e a mesma coisa, com a ressalva de que o objeto da escolha já está determinado, uma vez que aquilo que foi decidido em decorrência da deliberação é o objeto da escolha.” (Aristóteles, 2001, p. 55).

Portanto, a diferença entre a racionalidade presente no escravo e no homem livre não é quantitativa, ou seja, não é uma questão de saber quem possui mais ou menos razão, mas, sim, qualitativa, pois em cada um há um tipo diferente de razão. Pode-se afirmar que o escravo é um ser racional porque possui um tipo de racionalidade passiva que lhe permite perceber a razão e o comando que ela emana, sem, contudo, ser capaz ele próprio de utilizar a razão. Nesse sentido, Brugnera (1998) afirma que “[...] enquanto o escravo é o corpo de seu dono para a satisfação das necessidades, o dono resulta ser o *logos* do escravo, havendo uma unidade no plano funcional,” ou seja, o escravo possui razão na medida em que participa da razão do seu senhor.

Para se viver uma vida virtuosa e feliz é necessário agir conforme a reta razão. Assim, além de saber

se o escravo possui razão, é importante verificar se ele possui virtude ou apenas as características que fazem dele um instrumento animado.

O próprio Aristóteles admite que a resposta a essa questão é muito difícil, pois, ao afirmar que os escravos possuem virtudes, eliminam-se as diferenças entre escravos e livres; por outro lado, como os escravos possuem razão, ainda que de um tipo inferior, e são considerados seres humanos, seria um absurdo dizer que eles são desprovidos de virtude.

A conclusão a que Aristóteles chega é que todos os seres humanos possuem virtudes, mas apenas o suficiente para que possam bem executar sua tarefa. Assim, como os escravos servem ao senhor para as necessidades da vida, precisam de pouca virtude, isto é, “[...] somente o necessário para que a negligência e o mau comportamento não o façam descurar dos seus trabalhos.” (Aristóteles, 1995, p.35).

Ademais, como a vida virtuosa é a vida conforme a razão, o agir virtuoso também implica deliberação e escolha. Ora, como afirmado alhures, o escravo não possui capacidade deliberativa, portanto não pode possuir a virtude perfeita. Deve-se considerar, no entanto, que o escravo natural experimenta uma forma de virtude, porque ele participa tão intimamente da vida do seu senhor, que isso lhe permite vivenciar as virtudes superiores de forma remota.

Estes foram os argumentos utilizados por Aristóteles para “demonstrar” que é a natureza que destina uma parte da humanidade à escravidão e outra parte à liberdade.

Não obstante, identificam-se algumas incoerências nesses argumentos, que evidenciam que o filósofo não obteve êxito em demonstrar a existência de homens naturalmente escravos. Nesse sentido, compreende-se que a escravidão continua sendo o resultado do uso da violência e da força, que subjuguam o mais fraco e o reduzem à condição de escravo.

Quando Aristóteles afirma que escravo é o indivíduo que por natureza não pertence a si, mas a outra pessoa, ele se limita a afirmar que é tal o indivíduo que é objeto de propriedade e instrumento de ação. Ora, com essa afirmação Aristóteles descreveu uma situação de fato, característica da escravidão convencional, pois é escravo aquele indivíduo que de fato pertence a um senhor, servindo-lhe como um instrumento de

ação. Mas não explica porque alguém pertenceria por natureza a outrem.

Semelhante situação ocorre quando Aristóteles afirma que é escravo quem, desde o nascimento, está destinado a obedecer às ordens de outra pessoa, que, por sua vez, destina-se a mandar. Entende-se, segundo Tosi (2003), que esse argumento apenas explica a diversidade dentro de uma comunidade, mas não a desigualdade, ou seja, não comprova a existência de homens inferiores que nasceram para serem comandados, mas apenas reconhece que uma comunidade é formada por elementos diferentes, cada um com sua função.

A terceira e quarta características fornecidas por Aristóteles são tentativas de comprovar a inferioridade do escravo face ao senhor. De início ele compara o escravo a um animal, afirmando que ambos possuem apenas força física e que por isso o melhor para eles é obedecer a um ser humano superior. Depois, argumenta que é escravo quem pode perceber, mas não possuir razão. Ao aproximar os escravos aos animais e ao privar o escravo da razão perfeita, que é o elemento que caracteriza o ser humano, poder-se-ia concluir que o filósofo conseguiu comprovar a inferioridade natural do escravo, que seria uma subespécie humana localizada entre o homem e o animal. No entanto, admitir que o senhor e o escravo pertencem a espécies diferentes seria, conforme Tosi (2003), incompatível com a antropologia geral aristotélica, que não aceita a existência de subespécies humanas.

Apesar dessas incoerências, a teoria da escravidão natural exerceu influência entre os gregos. Com o declínio da *polis*, perdeu sua importância. Tornou-se novamente conhecida entre os teólogos e juristas do medievo no séc. XIII, e, em pleno séc. XVI, tornou-se o pano de fundo da discussão sobre a conquista e colonização espanhola do Novo Mundo, como se verá no capítulo seguinte.

## 6 Conteúdo teórico do debate

A discussão acerca da conquista do Novo Mundo, protagonizada por Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda diante da histórica “junta dos quatorze”, pode ser resumida à seguinte questão: é lícita a guerra promovida pelo Rei da Espanha contra os índios da América como meio de difundir o cristianismo entre eles?

Essa questão, conforme Losada (1975), possui duas faces distintas: uma de direito, que consiste em saber se era justa a guerra movida contra os índios para convertê-los ao cristianismo; e outra de fato, ou seja, acerca da alegada situação de inferioridade e de barbárie em que se encontravam os índios. É importante ressaltar que a questão de fato entrelaça-se com a de direito, pois significa também discutir se tal situação de inferioridade e barbárie era, perante o direito natural, por si só, justificativa para mover guerra contra os índios como forma de tirá-los desse estado.

Sepúlveda tratou das questões de direito em *Demócrates Segundo* e na *Apologia*. Quanto às questões de fato, utilizou a argumentação de Gonzalo Fernandez de Oviedo, em *História Geral e Natural das Índias*, a respeito da inferioridade do nativo americano.

Las Casas também escreveu uma *Apologia*, com a qual refutou os argumentos de direito defendidos por Sepúlveda. Os argumentos sobre a barbárie e a inferioridade dos povos americanos foram refutados na *Apologética História*, obra em que o Dominicano apresentou aquilo que chamou de “verdadeiras qualidades humanas e culturais dos índios”.

Conforme ressaltado no capítulo anterior, os problemas jurídicos decorrentes do descobrimento e conquista do Novo Mundo não poderiam ser tratados pelos juristas, pois os índios não estavam submetidos aos espanhóis pela lei humana. Assim, diante da magnitude, das peculiaridades, da novidade e do vazio legislativo sobre a questão era necessário extrair da concepção geral do mundo princípios que fossem aplicáveis ao ordenamento jurídico. Conforme esclarece Garcia-Pelayo (1941), o direito natural era o responsável por fazer essa articulação entre a concepção geral do mundo e o ordenamento jurídico positivo. Portanto, os problemas decorrentes do descobrimento da América deveriam ser tratados numa dimensão jusnaturalista.

Dessa forma, a exposição sobre o conteúdo teórico do debate será iniciada com algumas observações sobre o pensamento jusnaturalista dominante no séc. XVI. Após, será esclarecida a posição de Sepúlveda diante dessa doutrina, necessária para a compreensão de sua visão sobre o *status* jurídico do índio americano. Em seguida, apresentar-se-á uma breve síntese do livro *Demócrates Segundo*, e, por fim, os argumentos propriamente ditos.

## 6.1 A Escola de Salamanca e o Direito Natural

Segundo a tradição herdada do medievo pelos escolásticos espanhóis — principalmente de Santo Tomás de Aquino —, deve-se distinguir os seguintes tipos de lei: eterna, natural, humana e divina.

A lei eterna consiste no plano racional de Deus, através do qual Ele dirige as coisas para o seu fim. Tal plano, contudo, não é totalmente revelado para os homens, mas apenas uma parte dele, que recebe o nome de lei natural, e cujo preceito pode ser condensado na seguinte máxima: deve-se fazer o bem (aquilo que tende à conservação) e evitar o mal (aquilo que tende à destruição de si). “O direito natural contém as normas fundamentais da vida humana em sociedade, baseadas na ordem natural da existência e assim, finalmente, em Deus, e capazes de serem reconhecidas pela razão humana.” (Höffner, 1977, p. 284). É, pois, evidente que o homem, ao participar da lei natural, participa também da lei eterna.

A lei humana, ou direito positivo, por sua vez, é derivada diretamente da lei natural. Corresponde à ordem promulgada pelos homens com o intuito de dissuadir o indivíduo de praticar o mal: deste modo, sempre tem por objetivo a realização do bem comum. A lei humana, quando deriva por dedução da lei natural, dá origem ao *ius gentium*; mas, quando deriva da lei natural por especificação, dá origem ao *ius civile*. Exemplificando, tem-se que a proibição do homicídio é um preceito derivado da lei natural (que manda fazer o bem, ou seja, conservar a vida); portanto, faz parte do *ius gentium*. Já o tipo de pena que deve ser aplicada a quem comete homicídio faz parte do *ius civile*, pois trata-se de uma especificação histórica e social da lei natural. Segundo Reale e Antiseri (2005), pode-se afirmar que os preceitos do *ius gentium* podem ser conhecidos independentemente de uma pesquisa histórica sobre os diversos tipos de sociedade, pois são uma derivação lógica da lei natural. Isso não ocorre com o *ius civile*, pois a especificação da lei natural pode apresentar-se de diferentes modos, conforme o desejo da sociedade. Como a lei humana é uma derivação da lei natural, é forçoso concluir que quando uma norma humana contradiz a lei natural, ela não deve ser obedecida, pois não é lei. Por fim, resta esclarecer que tanto a lei natural quanto a lei humana servem aos fins terrenos do homem, logo não são capazes de conduzi-lo a seu fim maior, ou sobrenatural, que é a bem-aventurança

eterna. Essa tarefa compete a uma outra lei, qual seja, à lei divina ou lei positiva de Deus, que foi revelada aos homens nos Evangelhos e está acima da lei natural e da lei humana.

É importante ressaltar, conforme Tierney (1997), que Santo Tomás usa a palavra *ius* para significar: a arte da jurisprudência, o lugar onde a justiça é administrada, e, ainda, a decisão proferida pelo juiz. Portanto, ele não utiliza a palavra *ius* como direito subjetivo ou faculdade.

Os “Mestres de Salamanca”, Francisco de Vitória e seu discípulo Domingo de Soto, eram fiéis à doutrina tomista. Contudo, diante do silêncio do Aquinate acerca dos direitos subjetivos individuais, acrescentaram ao pensamento tomista uma definição de direito como faculdade. Assim, partindo da afirmação de Santo Tomás de que a lei indica o que é objetivamente direito, concluíram, extrapolando o que foi dito por Santo Tomás, que a lei define uma área de direitos subjetivos. Com isso, afirmaram que o direito é uma espécie de licença para agir dentro dos limites da lei. Considerando também a definição aristotélica de *ius* como aquilo que é lícito de acordo com as leis, Vitória concluiu que “todo indivíduo que possui uma faculdade de acordo com as leis tem um direito” (Vitória, *apud* Tierney, 1997, p. 260).

Essa definição de direito como faculdade será muito importante para a discussão sobre o direito dos índios americanos, como será demonstrado adiante.

Outro aspecto relevante da teoria do direito salmantina consiste no estreito nexos estabelecido por eles entre o *ius gentium* e o direito natural.

Para Vitória o Direito Natural era válido em si, enquanto o *Jus Gentium* recebe força de lei mediante acordo humano. Portanto, difere do direito natural, ligado, apesar disto, tão intimamente com ele que o ‘direito natural só poderia ser conservado com grande dificuldade, se não houvesse um *Jus Gentium*’. (Höffner, 1977, p. 286).

Esse nexos entre direito natural e o *ius gentium* torna-se mais nítido à luz da discussão sobre a origem do direito de propriedade feita por Vitória. Baseado nas Sagradas Escrituras, em argumentos aristotélicos e na lei natural, Vitória conclui que Deus concedeu ao homem direito e domínio sobre todos os seres, pois ele é o ser mais perfeito e, como tal, é o senhor de tudo o

que foi criado, já que as coisas menos perfeitas só existem por causa das mais perfeitas. Portanto, o homem pode servir-se de tudo o que existe para conservar-se a si mesmo. Porém, esse domínio era do tipo individual, o que significa dizer que cada pessoa era senhora de tudo. Essa situação era propícia ao surgimento de disputas entre os homens. A fim de evitar discórdias e regulamentar o uso das coisas, a propriedade privada foi introduzida pela lei humana. Deste modo, para Vitória, a propriedade privada foi aprovada por todos os povos e nações. “Por esta razão, o *Jus Gentium* escolástico foi denominado ‘direito de todos os povos, direito cultural comum aos povos.’” (Höffner, 1977, p. 285).

Segundo Vitória, as normas do *ius gentium* surgiram de maneira semelhante, isto é, através da autoridade de todos os povos cristãos e pagãos, que teriam formado uma espécie de “Estado mundial” e estabelecido normas comuns para todos os povos.

A teoria vitoriana de direito natural, compreendida, em síntese, como um “original ‘direito e domínio’ de cada indivíduo sobre todas as coisas do mundo” (Tierney, 1997, p. 265) (tradução não publicada de Marcos Flávio de Oliveira), contribuiu sobremaneira para o surgimento de um “direito internacional” e para o desenvolvimento de teorias sobre soberania, Estado e direitos individuais. Tais teorias, aplicadas à questão indígena, deram origem a uma “doutrina indiana,” que foi referência para os nossos debatedores em Valladolid, em 1550, tendo sido exposta por Vitória em suas preleções, principalmente na *relectio de Indis*, onde perquiriu se os índios tinham domínio verdadeiro sobre as terras do Novo Mundo antes da chegada dos espanhóis.

Assim, a partir da doutrina dos direitos naturais, Vitória construiu uma Teoria do Estado que se opôs àquela teoria herdada do medievo, que propugnava a hegemonia universal do Papa e do Imperador Cristão e não reconhecia qualquer autoridade temporal que não fosse cristã.

Segundo o cardeal Höffner (1977), os escolásticos do séc. XVI edificaram sua Teoria do Estado baseados, principalmente, em conceitos aristotélico-tomistas, especialmente no caráter social da natureza humana criada por Deus, ou seja, fundamentada na lei natural. Para Santo Tomás, todo homem, cristão ou não, é por natureza um ente social. Por essa razão ele vive reunido em famílias que, por sua vez, se reúnem para formar a

“sociedade perfeita”, a “civitas”. Essa sociedade é perfeita porque somente nela as necessidades espirituais e materiais da natureza humana podem se realizar. Dessa forma, e considerando o que foi dito sobre *jus gentium*, Höffner afirma que “nem o direito de propriedade, nem a autoridade do Estado, supõem o renascimento sobrenatural pelo sacramento do batismo ou a investidura por parte do Papa [...] São direitos que fluem simplesmente da natureza humana.” (Höffner, 1997, p. 246).

Partindo dessas idéias, Francisco de Vitória afirma que as comunidades humanas surgiram para se ajudar mutuamente, e que o Estado é a forma de comunidade em que essa tarefa se realiza com maior perfeição. Sendo assim, “o Estado é querido, desejado por Deus, por estar fundamentado na natureza humana criada por Deus.” (Höffner, 1977, p. 246).

Mas os escolásticos espanhóis, ao problematizam a questão da origem do Estado, isto é, das condições necessárias para que um Estado comece a surgir sem ser impugnado, foram além de Santo Tomás: enquanto Aquinate se restringiu a apontar um grande número de requisitos de ordem espacial, econômica e militar para que um Estado possa surgir, os escolásticos chegaram à conclusão de que, se em um determinado espaço político, os homens comungarem de um sentimento de unidade política, “o Estado não precisa surgir, ali já existe Estado.” (Höffner, 1977, p. 248). Não há, pois, necessidade de um ato para constituir o Estado, uma vez que advém desse sentimento de homogeneidade que não tem origem nem no instinto biológico, menos ainda em um contrato. A formação de um Estado revela algo espiritual, não é obra dos homens, mas do caráter social da natureza humana criada por Deus; por conseguinte, decorre da lei natural.

Sobre a autoridade do Estado, os escolásticos aduzem que esse poder vem do povo do Estado, ou seja, do sentimento de coesão, da união política e voluntária de seus membros. “Portanto, logo que, em alguma parte, se formar um povo de Estado politicamente unido, a ele caberá o poder público por força da lei natural, isto é, em última análise, pela vontade de Deus.” (Höffner, 1977, p. 249). Mas esse poder não é exercido diretamente pelo povo, mas por um ou vários regentes, cabendo ao povo dizer, mediante eleição ou consentimento tácito, quem exercerá esse poder. Deste modo, o regente recebe o poder imediatamente do povo e imediatamente de Deus.

Embasados nessa teoria, os escolásticos espanhóis consideraram indefensável a tese da dominação universal do Papa, defendida na época por muitos teólogos e filósofos, dentre os quais o historiador da corte Juan Ginés de Sepúlveda, pois cada Estado tinha o direito de governar-se a si mesmo.

É certo que em questões puramente seculares, o Estado ‘não está sujeito a nenhum outro poder, de modo algum, porque o Estado se baseia no direito natural. Já existiu muito antes da vinda de Cristo, e Cristo não veio para arrebatá-lo. Estados existiriam, também se não houvesse nenhum poder espiritual e nenhuma bem-aventurança eterna. (Höffner, 1977, p. 255)

Essa teoria do Estado fundada no direito natural permitiu aos teólogos espanhóis chegar a conclusões importantes sobre a questão indígena. Puderam concluir, primeiramente, que os Estados pagãos eram tão legítimos quanto os Estados cristãos.

Não há dúvida alguma que entre os pagãos haja príncipes e senhores legalmente estabelecidos, porque a esfera civil, em si, é independente da fé cristã. Portanto, de acordo com a lei natural os príncipes cristãos, em seus territórios, perfeitamente poderiam nomear príncipes pagãos como superiores de populações cristãs. (Vitória, *apud* Höffner, 1977, p. 252).

Com isso, também concluem que o Sumo Pontífice não podia ter entregado as terras do Novo Mundo aos espanhóis, como fez Alexandre VI, primeiro porque não lhe pertenciam, mas, sim, aos índios; segundo, porque a lei natural protege a propriedade privada.

Uma vez que a divisão foi feita por lei humana, a lei natural veio atuar novamente para proteger a propriedade privada. De acordo com a lei natural, a propriedade podia ser transferida de uma pessoa para outra em apenas dois casos, ou pela vontade do proprietário ou pela do regulador<sup>8</sup>. Conclui esta fase da discussão com um argumento de que cristãos não podiam ocupar as terras dos infieis; uma vez que a divisão tenha sido feita, as terras pertencem somente a eles. (Tierney, 1997, p. 249). (tradução não publicada de Marcos Flávio de Oliveira)

Porém, os partidários da conquista do Novo Mundo argumentaram que os índios eram seres irra-

cionais e que, de acordo com Aristóteles, eram escravos por natureza, e como tais, não podiam ter propriedade sobre nada. Embora admitindo que aos homens feitos escravos pela lei não é dado possuir nada, Vitória argumenta que não existe a categoria do “escravo por natureza”, e que Aristóteles jamais pretendeu afirmar a existência de homens que naturalmente pertencem a outros. Vitória optou por ignorar a teoria aristotélica da escravidão natural, já que admitir a existência de um povo inteiro desprovido de razão implicaria admitir uma falha de Deus na criação da humanidade. Ademais, mesmo que os índios fossem criaturas débeis, eles possuíam direitos naturais, uma vez que foram feitos à imagem de Deus, fundamento último da lei natural.

Os teólogos de Salamanca também concluíram que os pagãos não podiam ser punidos pela Igreja por causa de sua idolatria, como defendia Las Casas, pois o Papa não tinha poder sobre as terras indígenas. Vitória, na *Relectio de Indis*, se expressa nos seguintes termos:

A infidelidade não suspende o direito natural nem humano. Daí deduz-se que os bárbaros não perdem sua propriedade particular, nem seu domínio público, por causa da infidelidade. [...] Nem mesmo se pode justificar a abertura das hostilidades, caso os pagãos persistam em sua infidelidade, porque não se pode exigir que aceitem a fé cristã, logo após o primeiro anúncio. (Vitória, *apud* Höffner, 1977, p.261).

Pela mesma razão — a falta de jurisdição da Igreja e dos seus príncipes cristãos sobre os povos pagãos — Vitória se opôs à tese de que era dever dos cristãos punir os pagãos por seus pecados contra a natureza, à qual se alinhavam o Cônego Sepúlveda e outros teólogos. Dessa forma, o Salmantino afirmava que os pecados contra a inclinação natural ou contra a lei natural não suprimem nem a propriedade nem a autoridade política.

Contudo, Vitória observa que no caso de os índios violarem os princípios do *ius gentium* que regulam as relações entre os povos e que concederam certos direitos para todas as pessoas, os povos que forem prejudicados têm o direito de empreender uma guerra justa contra eles. Esses princípios consistem no direito de imigração e colonização — isto é, direito de um estrangeiro viajar livremente para um país e nele fixar residência —; direito de comerciar; direito de ancorar os navios em qualquer parte do mundo; direito a um

<sup>8</sup> Pessoa eleita pelo povo para fazer a divisão original da propriedade.

tratamento igual ao dispensado a outros estrangeiros; direito de adquirir cidadania.

Por todos esses aspectos, ressalta Höffner que:

Foi de grande importância a inclusão do direito natural na ética colonial da escolástica. Para cristãos e pagãos vigoravam os mesmos supremos princípios fundamentados na natureza humana. Com o que se reconheciam como válidas, inclusive para o mundo pagão, a liberdade pessoal, a propriedade e a cidadania própria. Nem a infidelidade, nem os vícios pagãos podiam servir de pretexto para lesar a liberdade e a independência dos nativos. (Höffner, 1977, p. 278).

Muitas das teses dos teólogos de Salamanca acerca da situação dos índios americanos foram aceitas por Las Casas e por Sepúlveda; outras foram complementadas por eles; e outras, ainda, foram negadas pelos contendedores.

É importante ressaltar que o pensamento de Las Casas sobre direitos naturais era muito próximo ao dos escolásticos, o que não se pode dizer de Sepúlveda. Por esse motivo, faz-se necessário apresentar apenas a doutrina de Sepúlveda sobre direito natural, dispensando os comentários específicos sobre a doutrina lascasiana, cujas características essenciais foram suficientemente delineadas.

## 6.2 Sepúlveda e o Direito Natural

Sepúlveda concorda, em muitos aspectos, com a teoria do direito dos escolásticos. Ele também concebe o direito natural como sendo a participação da lei eterna na criatura racional, ou seja, como a parte da lei eterna que é conhecida do homem por causa de sua natureza racional. Contudo, se afasta da doutrina tradicional ao identificar o direito natural com o direito das gentes e, mais ainda, ao identificar o *ius gentium* com o direito que rege os povos civilizados. Uma outra novidade do pensamento de Sepúlveda diz respeito à determinação do conteúdo do direito natural e, por conseguinte, do direito das gentes. Para ele apenas os homens sábios e virtuosos, e não o desejo comum de todos os homens e povos, devem decidir o que é direito natural. Conforme García-Pelayo, Sepúlveda entende que “o direito natural deve ser restringido àquilo que seja a opinião dos homens doutos, de tal maneira que compete aos povos de superioridade natural e ética de-

terminar aquilo que seja justo por natureza.” (García-Pelayo, 1941, p. 9) (tradução nossa).

Sepúlveda ainda acrescenta que parte desse direito natural é imutável e corresponde ao Decálogo. A outra parte pode variar conforme as circunstâncias de tempo e lugar. Como a lei positiva é derivada do direito natural, e o fundamentalmente natural é o Decálogo, todas as normas relativas à vida social podem ser reduzidas e devem estar de acordo com os preceitos do Decálogo, cabendo ao juízo dos homens mais virtuosos e prudentes estabelecerem, entre as várias opiniões possíveis, a manifestação mais justa de seus princípios.

Isto posto, pode-se dizer que essa identificação que Sepúlveda faz entre o direito natural e o direito das gentes diverge da doutrina tradicional, segundo a qual todos os homens e povos participam do direito natural tão-somente por sua qualidade de seres humanos. Essa sua concepção, inspirada diretamente em Aristóteles, é original para a época, não encontrando apoio nos tratadistas espanhóis. Não obstante, conforme nos adverte García-Pelayo (1941), como Sepúlveda não abandonou totalmente a concepção de direito natural da escolástica, uma vez que aceita o direito natural como aquele impresso pela lei eterna em toda criatura racional, isso nos permite apontar uma contradição em seu pensamento, qual seja: “[...] a incompatibilidade de um Direito Natural que o homem possui e conhece por tal qualidade, com sua outra concepção de que o conhecimento do Direito Natural é restrito a uma parte do gênero humano e que apenas essa minoria pode decidir sobre seu conteúdo.” (García-Pelayo, 1941, p.13) (tradução nossa).

O importante para este estudo é ter em mente que a identificação do direito natural com o dos povos civilizados exclui os índios americanos da vida jurídica, deixando-os indefesos diante do arbítrio dos povos “civilizados”.

## 6.3 Breve síntese da obra *Demócrates Segundo ou das justas causas da guerra contra os índios*

A obra *Demócrates Segundo* se apresenta na forma de diálogo, que se inicia com uma discussão acerca da licitude da guerra para os cristãos. O personagem Demócrates defende a tese da compatibilidade da guerra com o cristianismo, recorrendo à doutrina agostiniana sobre a “guerra justa.” Ele explica a Leopoldo que a paz é o maior bem que pode recair sobre um povo, e

que por isso é lícito e conforme o pensamento cristão fazer guerra como meio de buscar a paz. Porém, outras condições devem ser observadas pelos cristãos para que a guerra lhes seja permitida: ela deve ser justa, isto é, deve ser o último recurso disponível para alcançar a paz, e reunir, simultaneamente, as seguintes condições:

- deve ter uma causa justa, ou seja, deve ser empreendida com o objetivo de repelir a força com a força; ou para recuperar as coisas injustamente subtraídas; ou, ainda, para impor um justo castigo àqueles indivíduos cujos delitos ficaram impunes em seu Estado;

- deve ser declarada por autoridade legítima, isto é, pelo poder público;

- deve haver um bom propósito em quem a promove ou *probum animum*;

- deve ser desenvolvida com retidão, o que significa “[...] não injuriar os inocentes, nem maltratar os embaixadores, nem os estrangeiros, nem os clérigos, e respeitar as coisas sagradas e não ofender os inimigos mais do que o justo.” (Sepúlveda, 1941, p. 73) (tradução nossa).

Leopoldo é convencido pelos argumentos de Demócrates de que existem guerras permitidas aos cristãos. Porém, ao lembrar da guerra que os espanhóis moviam contra os índios, criaturas que para ele eram vítimas inocentes e que não causaram nenhum mal aos espanhóis, ele pergunta se tal guerra era conforme a justiça e a piedade cristã. Para responder a essa indagação, Demócrates acrescenta à doutrina tradicional novas causas de guerra justa, as quais entende em conformidade com o direito natural e com a doutrina dos filósofos. São elas:

- Os índios se encontram em um estado tal de barbárie que se torna imperioso dominá-los pela força para libertá-los de tal estado;

- A guerra aos índios se justifica como castigo pelos crimes que eles cometem contra a lei natural com sua idolatria e sacrifício de vítimas humanas aos deuses;

- A guerra movida em desfavor dos índios se justifica como meio de defender as vítimas inocentes dos sacrifícios humanos e evitar outros atos contra a natureza;

- É justa a guerra contra os índios para preparar o caminho para a propagação da religião cristã e para facilitar o trabalho dos evangelizadores.

No restante do diálogo, Demócrates desenvolve esses argumentos, respondendo a cada objeção levantada por Leopoldo até não restarem mais dúvidas a seu interlocutor sobre a justiça da guerra e da conquista.

## 6.4 Argumentos apresentados no debate

### 6.4.1 Primeiro argumento de Sepúlveda

Sepúlveda entende que a guerra movida pelos espanhóis no Novo Mundo é justa porque os índios se encontram em um estado tal de barbárie que se torna imperioso dominá-los pela força para libertá-los desse estado.

Esse argumento é, indubitavelmente, a principal tese apresentada em Valladolid e constitui uma premissa fundamental para a resolução dos outros nós do debate.

Sepúlveda (1941) defendia que o estado de inferioridade e de barbárie dos povos indígenas se harmonizava com a teoria aristotélica da escravidão natural, segundo a qual era justo declarar guerra contra aqueles que, nascidos para serem escravos, se recusavam a sê-lo. Nesse sentido, explica Demócrates a Leopoldo:

Existem outras causas de guerra justa menos freqüentes, mas nem por isso menos justas, fundadas no direito natural e divino; e uma delas é a permissão para submeter com as armas, se outro caminho não for possível, aqueles que por condição natural devem obedecer a outros, mas se recusam a fazê-lo. Os grandes filósofos declaram que esta guerra é justa por lei da natureza. (Sepúlveda, 1941, p. 81) (tradução nossa).

Essa afirmação é recebida com estranheza por Leopoldo. “Crês que os juristas estão enganados quando ensinam que todos os homens desde o princípio nasceram livres, e que a servidão foi introduzida contra a natureza e por mero direito das gentes?” (Sepúlveda, 1941, p. 81) (tradução nossa). Demócrates responde negativamente, mas explica que os juristas falam de um tipo diferente de escravidão, que tem origem no uso da força entre os homens e no direito das gentes e às vezes no direito civil, ou seja, numa condição externa. Enquanto a escravidão de que falam os filósofos se refere a uma condição natural presente em algumas

peçoas. Sepúlveda passa então a explicar esse outro tipo de escravidão, transcrevendo em *Demócrates Segundo*, praticamente sem alteração, um trecho do Livro I da *Política* no qual Aristóteles sustenta que é justo e conforme a natureza o domínio que alguns homens exercem sobre outros.

Os filósofos chamam de escravidão à torpeza de entendimento e aos costumes inumanos e bárbaros. Além disso, debes recordar que o domínio e poder não é de um só tipo, mas de muitos, porque de um modo, e com uma espécie de direito, manda o pai em seus filhos, de outro modo manda o marido em sua mulher, de outro o senhor em seus servos, de outro modo manda o magistrado em seus cidadãos, de outro o rei em seus povos e nos mortais que estão sujeitos a seu domínio, e sendo todos esses poderes tão diferentes, todos eles, não obstante, quando se fundam na reta razão, têm sua base no direito natural, e, ainda que seu conteúdo pareça variar, se reduz, como ensinam os sábios, a um princípio apenas, a saber: que o perfeito deve imperar e dominar sobre o imperfeito, o excelente sobre seu contrário. E isso é tão natural, que em todas as coisas formadas por várias outras, quer sejam contínuas, quer sejam divididas, vemos que existe sempre uma parte que manda, segundo os filósofos declaram.

E assim vemos que nas coisas inanimadas a forma, como mais perfeita, preside e domina, e a matéria obedece a seu poder; e isso é ainda mais claro e manifesto nos animais, onde a alma tem o domínio, e é como a senhora, e o corpo está submetido, e é como servo. E do mesmo modo, na alma, a parte racional é a que impera e preside, e a parte irracional a que obedece e lhe está submetida; e tudo isso por decreto e lei divina e natural que manda que o mais perfeito e poderoso domine sobre o imperfeito e desigual. Isto se aplica àquelas coisas que conservam sua natureza incorruptível, e aos homens são de alma e de corpo, porque nos viciosos e depravados é certo que muitas vezes o corpo domina a alma, e o apetite a razão, mas isso é coisa má e contra a natureza. E assim, em um só homem se pode ver o domínio que a alma exerce sobre o corpo, o poder civil e real que o entendimento ou razão exerce sobre o apetite, pelo que se percebe claramente que o natural e justo é que a alma domine o corpo, que a razão presida o apetite, ao passo que a igualdade entre os dois ou o domínio da parte inferior é funesta para ambos. A esta lei estão submetidos o homem e os demais animais. Por isso as feras se amansam e se sujeitam ao império

do homem. Por isso o varão impera sobre a mulher, e o homem adulto sobre a criança, o pai sobre seus filhos, isto é, os mais poderosos e mais perfeitos sobre os mais débeis e imperfeitos. Isso também ocorre entre os homens; havendo uns que por natureza são senhores, outros que por natureza são servos. Os que excedem aos demais em prudência e talento, mesmo que não excedam em forças corporais, são por natureza os senhores: pelo contrário, os retardados e preguiçosos de entendimento, ainda que tenham forças corporais para cumprir todas as obrigações necessárias, são por natureza servos, e é justo e útil que o sejam, e isso está sancionado na mesma lei divina. Porque está escrito no livro dos Provérbios: 'Aquele que é sensato que sirva ao sábio.' Tais são as gentes bárbaras e inumanas, alheias à vida civil e aos costumes pacíficos. E será sempre justo e conforme o direito natural que tais gentes se submetam ao império de príncipes e nações mais cultas e humanas, para que, diante de suas virtudes e da prudência de suas leis, abandonem a barbárie e se limitem a uma vida mais humana e ao culto da virtude. E se eles rechaçarem tal império, poderá ser-lhes imposto por meio das armas, e tal guerra será justa conforme declara o direito natural. (Sepúlveda, 1941, p. 81-85) (tradução nossa).

Demócrates introduz a classificação aristotélica dos diversos tipos de domínio e as analogias entre a alma e corpo, matéria e forma, parte racional e irracional da alma, para afirmar a existência de um princípio e lei natural, aplicável também nas relações entre os seres humanos: o perfeito deve imperar sobre o imperfeito, o homem mais virtuoso sobre aqueles de costumes bárbaros e inumanos. Em seguida, Demócrates aplica esse princípio aos povos do Novo Mundo, concluindo que o índio americano deve se submeter ao povo espanhol, pois este lhe é muito superior em prudência, virtude e humanidade. Na seqüência da argumentação, Demócrates afirma a superioridade do povo espanhol diante dos indígenas, citando vários exemplos que comprovam a grandiosidade desse povo e a inferioridade dos nativos americanos:

Bem podes compreender, oh Leopoldo, se é que conheces os costumes e a natureza de um outro povo, que com perfeito direito os espanhóis imperam sobre esses bárbaros do Novo Mundo e ilhas adjacentes, os quais em prudência, inteligência, virtude e humanidade são tão inferiores aos espanhóis como as crianças são inferiores aos adultos e as mulheres aos varões, ha-

vendo entre eles tantas diferenças como a que existe entre as pessoas cruéis e inumanas e aquelas piedosas, entre aquelas extremamente intempestivas e as contidas e moderadas e, enfim, entre os símios em relação aos homens. (Sepúlveda, 1941, p. 101) (tradução nossa).

Demócrates prossegue exaltando as virtudes dos espanhóis, tanto as humanas e cristãs quanto as militares:

E quem ignora as demais virtudes de nossa gente, a fortaleza, a humanidade, a justiça, a religião? [...] O que posso dizer da temperança, na gula e na lascívia, quando nenhuma nação na Europa pode se comparar com a Espanha em sobriedade e moderação? [...] O quão arraigada está a religião cristã nas almas dos espanhóis, mesmo entre aqueles que vivem entre o tumulto das armas, pude ver muito e claríssimos exemplos, e entre eles o maior me parece ser que depois do saque de Roma no pontificado de Clemente VII, não houve sequer um espanhol entre os que morreram de peste que não tivesse mandado restituir em seu testamento todos os bens roubados dos cristãos romanos; e nenhum outro homem de nenhuma outra nação, que eu saiba, cumpriu esse dever cristão. (Sepúlveda, 1941, p. 101-105) (tradução nossa).

Para Hanke (1958), é difícil compreender como alguém que presenciou esse ato de selvageria, que foi o saque a Roma, pode citá-lo como exemplo de virtude e religiosidade de um povo e seu exército, pois segundo os relatos da época:

Os monastérios e igrejas foram incendiados, as monjas violadas; com a espada mataram mulheres grávidas e ninguém estava livre do saque dos selvagens soldados mercenários de muitas nações que constituíam o exército imperial e que não haviam recebido seu pagamento. Ainda que os espanhóis respeitassem, ao que parece, os lugares santos e imagens sagradas, em crueldade e perfídia superaram os alemães. (Hanke, 1958, p. 54) (tradução nossa).

Também causam estranheza as fontes nas quais Sepúlveda se inspirou para descrever o povo indígena, pois na época em que escreveu *Demócrates Segundo* havia já na Espanha numerosos relatos sobre a rica cultura maia, asteca e inca. Ele optou por ignorar esses relatos, até mesmo aquele feito pelo conquistador Hernán Cortés, que muito o influenciou em seus trabalhos sobre a conquista espanhola do Novo Mundo.

Numa de minhas cartas informava Vossa Majestade de que os naturais deste país são muito mais inteligentes do que os das ilhas; que seu entendimento e sua razão deles nos pareceram suficientes para que eles possam se comportar como cidadãos ordinários. Nos comportamentos e relacionamentos, essa gente tem quase os mesmos modos de viver que na Espanha, e há tanta ordem e harmonia quanto lá; e, considerando que são bárbaros e tão afastados do conhecimento de Deus e da comunicação com outras nações racionais, é coisa admirável ver a que ponto chegaram em todas as coisas. (Cortés, *apud* Todorov, 1988, p. 124).

O fato é que Sepúlveda fundamentou sua argumentação somente em autores que, como ele, viam o índio como um ser inferior, principalmente em Francisco de Oviedo, rica fonte de julgamentos xenófobos e racistas, como ressaltado por Todorov (1998):

Nele [Oviedo] os índios não são reduzidos ao nível do cavalo ou do asno (ou mesmo logo abaixo), mas colocados nalguma parte junto aos materiais de construção, madeira, pedra ou ferro, de qualquer modo, com os objetos inanimados. Ele tem um modo tão extraordinário de formular as coisas que dificilmente se acreditaria não ser irônico; mas não, não é: 'Quando se guerreia contra eles e se combate face a face, é preciso ser muito prudente para não atingi-los na cabeça com a espada, pois vi muitas espadas serem quebradas desse modo. Seus crânios são espessos e também muito fortes'. Não surpreenderá o fato de Oviedo ser, na verdade, partidário da 'solução final' do problema indígena, solução cuja responsabilidade ele gostaria que o Deus dos cristãos assumisse. 'Deus destrui-los-á em breve' proclama com segurança, e também 'Satã agora foi expulso dessa ilha [Hispaniola]; toda a sua influência desapareceu agora que a maioria dos índios está morta. [...] Quem pode negar que usar pólvora contra os pagãos é oferecer incenso a Nosso Senhor?' (Todorov, 1988, p. 148).

Baseado apenas na autoridade de terceiros, pois nunca viajou à América para conhecer de perto o índio e seu modo de vida, Sepúlveda faz o seguinte relato sobre a inferioridade dos nativos americanos ao comparar os seus feitos aos da civilização espanhola:

Compara agora estes dotes de prudência, talento, magnanimidade, moderação, humanidade e religião, com os que têm esses homúnculos nos quais apenas encontrará vestígios de humanidade; eles não apenas não possuem ciência, como também não conhecem

as letras nem conservam nenhum monumento de sua história senão certa obscura e vaga reminiscência de algumas coisas consignadas em certas pinturas, e tampouco têm leis escritas, mas apenas instituições e costumes bárbaros. Pois se falarmos das virtudes, que moderação ou mansidão podes esperar de homens que estavam entregues a todo tipo de intemperança e leviandades, e comiam carne humana? (Sepúlveda, 1941, p. 105) (tradução nossa).

E também:

Pois ainda que alguns deles demonstrem certa habilidade para algumas obras de artifício, isso não é argumento de prudência humana, já que vemos as bestas, as aves e as aranhas fazer certas obras que nenhuma indústria humana pode imitar completamente. [...] Porque ter casa e algum modo racional de viver e algum tipo de comércio é coisa que a necessidade natural induz, e somente serve para provar que não são ursos ou macacos, e que não carecem totalmente de razão. (Sepúlveda, 1941, p. 109) (tradução nossa).

Diante desse quadro, Demócrates conclui que nada de melhor pode acontecer ao índio do que se submeter aos espanhóis, pois dessa forma podem sair do estado de barbárie em que se encontram, tornando-se seres mais civilizados. Caso se recusem a aceitar o domínio espanhol, podem ser forçados pelas armas a fazê-lo, e esta guerra será justa por lei da natureza, que manda que o ser inferior se submeta àquele que lhe for superior.

Demócrates, no entanto, entende necessário distinguir os bárbaros que opõem resistência com as armas aos espanhóis daqueles que, ou por medo, ou por prudência, se submetem voluntariamente ao seu poder. Somente os primeiros podem ser privados dos seus bens e ser reduzidos à condição de escravos, pois foram vencidos em uma guerra justa; quanto aos últimos, esclarece que não é justo reduzi-los à servidão e despojá-los dos seus bens. Contudo, essa afirmação não significa para Sepúlveda que os índios que voluntariamente aceitaram o domínio da Espanha possam desfrutar dos mesmos direitos dos espanhóis, pois isso seria uma afronta à doutrina aristotélica da justiça distributiva, segundo a qual não se pode tratar como iguais os desiguais. Para ele a condição de inferioridade do índio era algo permanente e ineliminável. Assim, mesmo que no futuro passassem a viver conforme costumes mais humanos, nunca seriam tratados como homens

iguais e livres — poderia apenas lhes ser dispensado um tratamento mais liberal. Dessa forma, Sepúlveda (1941) entende que para evitar injustiças índios e conquistadores deveriam ser governados por diferentes tipos de poder:

Para os homens probos e humanos e inteligentes era adequado o poder civil, que é aplicável aos homens livres, ou o poder régio, que é semelhante ao paterno: para os bárbaros e para os que possuem pouco discernimento e cultura o domínio despótico era mais conveniente. Esse último tipo de domínio foi aprovado por filósofos e eminentes teólogos para aqueles, em certas regiões do mundo, que são escravos naturais e para aqueles que possuem costumes depravados ou que, por outras razões, não podem cumprir seus deveres. (Sepúlveda, 1941, p. 171-172) (tradução nossa).

Contudo, ao mesmo tempo em que Sepúlveda defende a liberdade daqueles que se entregavam pacificamente e um governo mais justo — uma mescla de poder despótico e paternal —, entendia que sua natureza bárbara e sua condição de inferioridade justificavam que se submetessem aos espanhóis, seja pagando-lhes tributos, seja trabalhando para eles.

Não há nenhuma razão de justiça ou de humanidade ou de filosofia cristã que proíba dominar os mortais que nos estão sujeitos, nem de exigir os tributos que são justa recompensa pelos trabalhos, e são tão necessários para o sustento dos príncipes, magistrados e soldados, nem que proíba ter servos, nem usar moderadamente o trabalho dos servos, mas sim proibem o imperar avara e cruelmente e fazer intolerável a servidão, devendo-se adotar os cuidados necessários com a saúde e bem estar do servo, como se se tratasse do seu próprio bem-estar. O servo, como declaram os filósofos, são como uma parte animada do seu dono, ainda que separada dele. (Sepúlveda, 1941, p. 177) (tradução nossa).

Quanto aos que se recusavam a aceitar o domínio da Espanha, Sepúlveda (1941) não os tratava com benevolência, pelo contrário, aplicava-lhes literalmente a teoria da escravidão natural. Segundo Tosi (1998), essa distinção significava que os índios que resistiam ao domínio espanhol deveriam ser tratados como escravos, no sentido da escravidão antiga, enquanto os demais receberiam o tratamento previsto em outro instituto: a *encomienda*.

Não me parece contrário à justiça nem à religião cristã distribuir alguns deles pela cidade ou pelos campos aos espanhóis honrados, justos e prudentes, especialmente aqueles que se submeteram a nosso domínio, para que os eduquem em costumes retos e humanos, e procurem iniciá-los e imbuí-los na religião cristã [...], e como retribuição é justo que se sirvam de seu trabalho e de seus bens para todos os usos da vida, tanto os necessários quanto os liberais. (Sepúlveda, 1941, p. 175) (tradução nossa).

Para alguns autores, essa defesa, por Sepúlveda, do instituto da *encomienda* significava a recomendação da aplicação aos índios americanos de uma espécie de servidão feudal, e não da teoria aristotélica da escravidão natural. É bem verdade que esse sistema retomava o modelo medieval de servos da gleba, no qual os homens que cultivavam a terra eram ligados à propriedade do solo, sendo vendidos ou transmitidos como qualquer outro bem móvel pertencente ao terreno, mas isso não significa que ele tenha usado o termo *servus* no sentido que pretendem esses autores. Como explica Hanke (1958), de acordo com o dicionário latino-espanhol de Antonio Nebrija de 1494, a palavra latina *servus* podia ser traduzida em espanhol como servo ou como escravo. Considerando que Sepúlveda tornou-se conhecido por seus contemporâneos em razão de sua erudição e cultura, e que exercia as funções de cronista e historiador da corte de Carlos V, e, ainda, que era um profundo conhecedor da obra de Aristóteles, não parece crível a tese de que tenha querido classificar o índio como servo, pois, se assim o quisesse, teria feito inequivocamente. Pelo contrário, utilizou vários trechos da *Política* de forma quase literal para afirmar que os índios são seres inferiores por nascimento, e que essa condição permite classificá-los como escravos por natureza, bem como autoriza os espanhóis a mover contra eles uma guerra justa para submeter à escravidão aqueles que se recusarem a aceitar a superioridade e o domínio dos espanhóis. Ademais, “Sepúlveda usa, além de servos, a palavra latina *ministerium*, que tem como primeiro significado aquele de servo doméstico e *mancipium*, que significa propriedade privada do patrão, que não pode referir-se à servidão feudal, mas sim à escravidão antiga.” (Tosi, 1998, p. 218) (tradução não publicada de Antônio Arthur Barros Mendes e Julliana Paollineli).

Para melhor compreensão da defesa que Sepúlveda faz das *encomiendas*, é necessário esclarecer que

ele estava convencido de que apenas um diminuto número de índios aceitaria o domínio espanhol sem resistência e abandonaria sua religião. Apenas e tão-somente a esse pequeno grupo se aplicaria o sistema de *encomienda*. Portanto, não se pode afirmar que ele pretendia impor um tipo de servidão feudal aos aborígenes americanos, pois se tratava de uma situação excepcional. Isso também explica a aparente contradição entre a defesa que fazia do uso da força como medida prévia para a conversão dos índios e a censura que faz nas últimas páginas de *Demócrates Segundo* a esse método de evangelização: defendia o uso da força contra aquela grande maioria de índios que resistiam ao domínio espanhol e, conseqüentemente, ao cristianismo.

#### 6.4.2 Resposta de Las Casas ao primeiro argumento

Las Casas defende que não se pode simplesmente generalizar o argumento de barbárie e apoiando-se, como Sepúlveda o faz, na autoridade de Aristóteles, aplicá-lo aos índios da América. Antes se deve definir o conceito de barbárie e as diferentes classes de bárbaros e analisar em qual dessas estão os índios, se é que estão em alguma.

Las Casas contesta o primeiro argumento de Sepúlveda elaborando um estudo sobre os diferentes tipos de bárbaro, com o objetivo de verificar a qual classe Aristóteles atribuiu a característica de escravo por natureza e, ainda, se o índio também se enquadra nessa categoria. Sendo a resposta positiva, teria que concordar com Sepúlveda sobre a inferioridade do índio; sendo negativa, a teoria da escravidão natural não seria aplicável ao índio e a argumentação de Sepúlveda perderia seu principal pilar de sustentação.

É interessante observar que Las Casas não atacou Aristóteles diretamente. Pelo contrário, logo no início de sua Apologia ele ressalta ter buscado no filósofo grego, em Santo Tomás de Aquino, e em outros doutores, também lembrados por seu opositor, as quatro classes de bárbaros que descreve. Essa tática demonstra o quanto o pensamento lascasiano havia amadurecido desde sua conversão à causa indígena em 1514, o que fica ainda mais claro comparando a reação de Las Casas aos argumentos aristotélicos levados ao debate de Valladolid e aquela outra reação, em 1519, quando, perquirido por Juan de Quevedo sobre a aplicação da teoria da escravidão natural aos índios, respondeu nos seguintes termos: “Aristóteles é um pagão que brilha

no fogo do inferno, cuja doutrina nós não temos necessidade de seguir, exceto no caso que seja conforme a verdade cristã.” (Las Casas, *apud* Hanke, 1958, p. 63) (tradução nossa).

Conforme Tosi (1998), o Dominicano teve que sair do terreno da polêmica com os *encomienderos*, com os missionários e simpatizantes da causa dos conquistadores, contra os quais sua formação teológica e sua experiência pessoal nas índias era resposta suficiente, e entrar em um terreno pouco conhecido por ele, formado por homens cultos, dedicados ao estudo das humanidades.

Las Casas era um autodidata. Grande parte de seu conhecimento teórico foi adquirido durante o retiro de dez anos no convento dominicano em Santo Domingo e também ao longo de sua vida, incentivado pelo debate e pela polêmica. Assim, ao enfrentar Sepúlveda, que gozava de boa reputação como filósofo e historiador e era considerado o mais importante estudioso de Aristóteles da Espanha, Las Casas, que nunca fizera estudos universitários sistemáticos e completos, viu-se diante da necessidade de estudar a fundo a obra aristotélica. Adquiriu um amplo conhecimento, principalmente de suas obras ético-políticas, e passou a utilizar o pensamento do filósofo grego na defesa da causa indígena.

Essa mudança no comportamento de Las Casas suscita dúvidas entre autores contemporâneos sobre o motivo pelo qual ele construiu sua argumentação baseado numa teoria aristotélica, conciliando a questão indígena com a definição de escravo dada pelo filósofo. Conforme Hanke (1958), Las Casas pode ter recorrido à autoridade de Aristóteles por diversas razões: porque o filósofo grego gozava de muita influência na corte e no meio erudito da Espanha, sendo, pois, necessário recorrer a ele para ser ouvido; porque seu adversário assim o fizera e qualquer hábil polemista deveria tentar voltar contra o opositor seus próprios argumentos; ou porque entendia que a solução da questão estava em demonstrar, além do problema da proteção legal aos índios, que eles possuíam uma cultura que deveria ser respeitada. Uma outra interpretação afirma que Las Casas era fundamentalmente aristotélico, tendo em vista que em seus argumentos parece aceitar que alguns homens são naturalmente escravos, e também porque na *Apologética História* Las Casas se dedica a provar que os índios reúnem as condições necessárias

para levar uma vida virtuosa, nos termos descritos por Aristóteles. Contudo:

Las Casas nunca defende a idéia nem amplia seu alcance. Ao invés disso, tenta limitar sua aplicação ao mais reduzido número possível. Não somente nega vigorosamente que os índios possam ser incluídos na categoria de escravos naturais, como seu argumento conduz inevitavelmente à conclusão de que nenhuma nação, ou povo, deve ser condenado em geral a uma posição tão inferior. Os escravos naturais são em minoria e devemos considerá-los como erros da natureza, como homens que nasceram com seis dedos no pé ou um só olho. (Hanke, 1958, p. 65) (tradução nossa).

Percebe-se ser mais razoável a interpretação dada pelo historiador Lewis Hanke. Para o estudioso, Las Casas era uma pessoa de espírito realista e legalista. Como a argumentação principal de seu opositor se sustentava na alegação de que os índios eram escravos por natureza, isto é, se apoiava na autoridade do filósofo de maior prestígio no séc. XVI, Las Casas optou por demonstrar que tal teoria era inaplicável aos indígenas, sem atacar Aristóteles diretamente. Ademais, ao limitar a aplicação da teoria da escravidão natural a um número reduzido de pessoas, ele demonstrava que essa teoria era ineficaz para explicar o mundo em geral. “Portanto, podemos concluir que Las Casas elegu fingidamente a Aristóteles somente para refutar a aplicação de sua doutrina aos índios.” (Hanke, 1958, p. 65) (tradução nossa).

Assim, partindo da análise da *Política*, e de argumentos tomistas, Las Casas citado constrói uma tipologia de bárbaros — na qual encontra-se, também, uma exposição crítica do pensamento aristotélico sobre a escravidão natural —, através da qual inicia sua resposta a Sepúlveda. Segundo essa tipologia, existem quatro classes de bárbaros:

a) Bárbaros em sentido impróprio

Bartolomeu de Las Casas define o bárbaro pertencente à primeira classe como:

[...] todo homem cruel, inumano, feroz e violento e avesso à razão humana por impulso ou por ira ou pela natureza. Esse homem, deixando de lado a modéstia, a mansidão e a moderação humanas, se faz duro, áspero, intratável, insuportável e cruel e se inclina a cometer crimes praticáveis somente pelas bestas ferozes das selvas. (Las Casas, 1975, p. 125) (tradução nossa).

Ele entende que é a esse tipo de bárbaro que Aristóteles se refere quando diz:

Assim como o homem seguindo a reta razão e a seus melhores ditames é superior aos demais animais, se ele se desviar de tal reta razão, do juízo e das leis, se converte no mais ímpio, no pior e mais inumano de todos os animais. [...] a nota distintiva dos bárbaros é a bestialidade; pelos males e danos que causam. (Las Casas, 1975, p. 125-126) (tradução nossa).

A utilização do termo “bárbaro” significando pessoa cruel e inumana não pode ser, portanto, atribuída a um povo inteiro, mas somente ao indivíduo. Por tal motivo, também entre os gregos, latinos e até mesmo entre os espanhóis é possível encontrar pessoas com esse comportamento, apesar de viverem conforme instituições políticas. Ressalta ainda que os espanhóis, em razão de suas crudelíssimas ações contra os povos americanos, superaram os índios em barbárie.

#### b) Bárbaros em sentido acidental

A segunda classe de bárbaros é formada por aqueles que não possuem um idioma literário correspondente ao idioma materno e, assim, não sabem expor o que pensam. Por essa razão, são considerados pessoas rudes, sem letras e erudição. Também é chamado bárbaro nesse sentido quem não entende a língua do outro com quem fala, em razão da diferença de idioma. Tais homens, esclarece Las Casas, não são propriamente bárbaros, mas o são apenas acidentalmente, isto é: são bárbaros em sentido relativo, e não absoluto. Tanto era assim que na antiguidade os gregos chamavam os romanos de bárbaros e os romanos, por sua vez, dispensavam o mesmo tratamento aos gregos e a todos os povos que não falavam o latim. É evidente que, embora a língua de um povo seja incompreensível para os demais, isso não significa que esse povo não possa ser sábio, cordato, prudente e civilizado.

“Está muito claro que não é a esse tipo de bárbaro que se refere o Filósofo no livro I da *Política* quando diz que os bárbaros são servos por natureza e carecem de inteligência para governar-se a si mesmos ou aos demais.” (Las Casas, 1975, p. 127) (tradução nossa). Para Las Casas, Aristóteles se referiu novamente a essa classe de bárbaros no livro III da *Política*, onde, ao tratar dos diferentes tipos de governo, identifica um tipo específico de monarquia exercida pelos povos bárbaros.

Os reis têm ali um poder que se aproxima do despotismo, mas é legítimo e hereditário. Tendo os bárbaros naturalmente a alma mais servil do que os gregos e os asiáticos, eles suportam mais do que os europeus, sem murmúrios, que sejam governados pelos senhores. É por isso que essas monarquias, embora despóticas, não deixam de ser estáveis e sólidas, fundadas que são na lei e transmissíveis de pai para filho. Pela mesma razão, sua guarda é real, e não tirânica, pois os reis são protegidos por cidadãos armados, ao passo que os despotas recorrem a estrangeiros. Aqueles governam de acordo com a lei súditos de boa vontade; estes, pessoas que só obedecem contrafeitas. Aqueles são protegidos pelos cidadãos; estes, contra os cidadãos. São, portanto, dois tipos diferentes de monarquia. (Aristóteles, 1998, p. 110).

Com essa ressalva Las Casas demonstra que a teoria aristotélica da escravidão natural não pode ser aplicada indiscriminadamente a qualquer povo denominado bárbaro, pois o próprio Aristóteles reconhece que a característica essencial da escravidão, qual seja, a incapacidade de auto governar-se, e a conseqüente necessidade de ser governado por outros, não se aplica a todo e qualquer povo bárbaro, havendo aqueles que são capazes de se auto governar de forma legítima.

O reconhecimento de que também os regimes bárbaros são regrados sob um tipo de governo mais próximo a um tipo legítimo (monarquia) do que degenerado (tirania) mostra que de qualquer forma eles são capazes de autogoverno. Assim, Aristóteles não tinha em mente esse tipo de bárbaros, quando se refere aos escravos por natureza. Desta forma, Las Casas pretende também responder implicitamente àqueles que consideravam os regimes indígenas (por exemplo, o Asteca) como tirânicos, e afirmavam que os espanhóis não haviam feito derrocar regimes legítimos, mas meras tiranias. (Tosi, 1998, p. 238) (tradução não publicada de Antônio Arthur Barros Mendes e Julliana Paollineli).

#### c) Bárbaros propriamente ditos

Las Casas chama de bárbaros propriamente ditos àqueles homens que, em razão de seu péssimo caráter ou das más condições da região em que vivem, são cruéis, ferozes, estúpidos e alheios à razão; e que não possuem um governo de acordo com a lei e o direito, nem cidades politicamente organizadas. “Estes, em sentido simples e próprio, são bárbaros, talvez como eram aqueles habitantes da Barbária, seres sem razão, sem uma moral

conveniente aos homens e sem aquelas coisas que entre todos os homens foram admitidas como costume.” (Las Casas, 1975, p. 128) (tradução nossa).

Acrescenta ainda à sua descrição:

Por não terem uma vida sociável, sua vida é muito semelhante à dos animais, e, ao distanciar-se tanto dos demais homens em talento e costumes, são propensos a fazer danos aos demais homens, são brigões, ávidos de guerra e inclinados a toda crueldade, como as feras e aves de rapina. Não são, portanto, livres por natureza; somente o são enquanto têm pátria, já que outros não os dominam. (Las Casas, 1975, p. 128) (tradução nossa).

Para Las Casas, foi a esse tipo de bárbaro que Aristóteles (1998) se referiu ao afirmar que o indivíduo que por sua natureza, e não por obra do acaso, não tem uma cidade seria um indivíduo detestável, muito acima ou muito abaixo do homem. “Aquele que fosse assim por natureza só respiraria a guerra, não sendo detido por nenhum freio e, como uma ave de rapina, estaria sempre pronto para cair sobre os outros.” (Aristóteles, 1998, p. 5).

É importante estabelecer a diferença entre os bárbaros da primeira classe e os da terceira, pois ambas as categorias definem os bárbaros como seres cruéis, inumanos, e de escasso engenho. Conforme Las Casas, a diferença entre eles está no fato de que ao primeiro grupo pertencem os homens que vivem em uma comunidade política, mas sem se submeter às suas leis. Já o terceiro tipo de bárbaros, como Aristóteles mesmo define, são homens que por natureza vivem fora de uma comunidade política e apartados do convívio social.

Para Las Casas, não há dúvida de que os bárbaros da terceira classe — os propriamente ditos — são aqueles aos quais o filósofo grego chama de servos por natureza e que necessitam ser governados pelos homens mais sábios.

Contudo, da mesma forma que os homens dotados de heróica virtude são muito raros, também são raríssimos em qualquer parte do mundo os bárbaros dessa categoria. Em defesa de seu argumento, Las Casas, fundamentado em Aristóteles, afirma que a natureza faz sempre a melhor e mais perfeita obra entre as possíveis e que apenas excepcionalmente as causas naturais deixam de produzir efeitos coerentes com sua nature-

za, tanto que, ressalta Bartolomeu, raras vezes nasce um homem manco, cego ou de um olho só. Recorre também a Santo Tomás de Aquino, para quem:

[...] as obras da natureza são obras da Suma inteligência que é Deus, segundo o tratado ‘Das causas’; pelo que convém à providência e bondade divinas que a natureza sempre ou em maior parte dos casos produza as coisas melhores e perfeitas e rara vez e no menor número de casos as imperfeitas e péssimas. (Las Casas, 1975, p. 129) (tradução nossa).

Como Deus criou o ser humano e o dotou de uma natureza racional que o torna a mais perfeita de suas criaturas, é impossível que a providência divina permita encontrar nessa mesma criatura racional esse pecado contra a natureza que é a falta de razão, salvo raríssimas exceções.

Numa evidente referência a Sepúlveda, Las Casas afirma que apenas um ímpio, um injuriador por natureza escreveria que a multidão de bárbaros do Novo Mundo é uma multidão de feras, seres sem cultura e estúpidos. Aceitar essa posição acarretaria dizer que “a intenção de Deus em grande parte havia ficado sem efeito, diante de milhões de homens privados da luz natural comum ao gênero humano. Isso seria uma grande calúnia à perfeição do universo.” (Las Casas, 1975, p. 129) (tradução nossa). Para Las Casas, é impossível encontrar toda uma raça, nação ou região de pessoas insensatas que careçam de habilidade para governar-se a si mesmas.

Na seqüência da argumentação, Las Casas se afasta de Aristóteles, dele discordando quanto ao tratamento que deve ser dispensado aos bárbaros. Para Aristóteles, estes devem ser governados por pessoas dotadas de mais razão, de modo que possam aprender a viver política e humanamente. Entende também que é lícito caçá-los e capturá-los como se fossem animais ferozes, a fim de atraí-los à reta razão. Las Casas faz dois reparos a esse entendimento: primeiro observa que somente os príncipes e chefes de Estado podem obrigar os bárbaros a uma vida mais humana e política; após, afirma que os bárbaros não podem ser obrigados, mas devem ser mansamente atraídos a adotar melhores costumes. Para Las Casas, o filósofo grego somente fez essas afirmações porque desconhecia a verdade e caridade cristãs: “Aristóteles foi um grande filósofo, mas não foi capaz de chegar mediante suas elucubrações a Deus através do conhecimento da verdadeira fé.” (Las

Casas, 1975, p. 133) (tradução nossa). Com essa crítica, conforme ressalta Gutiérrez (1995), Las Casas recorda ao aristotélico Sepúlveda que na teologia as fontes filosóficas não devem se sobrepor à revelação cristã e que para os cristãos a lei é Cristo. Nesse sentido, afirma o Dominicano:

Se queremos ser seguidores de Cristo e da verdade evangélica, convém que consideremos que ainda que se trate de bárbaros em seu mais alto grau, nem por isso eles deixam de ser criados a imagem de Deus e não estão totalmente abandonados pela providência divina que não sejam capazes de entrar no reino de Cristo, sendo nossos irmãos que foram redimidos com o precioso sangue de Cristo, não menos que os mais prudentes e sábios homens do mundo.[...] Por tal motivo, estamos obrigados à caridade cristã e à fraternidade para com toda classe de homens, mesmo que sejam feras, extremamente bárbaros e estúpidos. [...] Cristo quis que seu único preceito se chamasse caridade: esta é devida a todos, sem exceção; a esse respeito, não há que falar de macho ou fêmea, gentio ou judeu, circuncidado ou não, bárbaro, servo ou livre, pois todos são e por cima de todos está Jesus Cristo. (Las Casas, 1975, p. 132) (tradução nossa).

Portanto, para Las Casas os bárbaros deveriam ser tratados como irmãos, e não como bestas ferozes. Ele defendia o universalismo do amor cristão, que convidava a todos, sem exceção, a participar do reino de Deus.

Diante da incompatibilidade do pensamento aristotélico com a mensagem cristã, que manda amar o próximo como a ti mesmo, Las Casas sentiu-se à vontade para “mandar a passeio esse Aristóteles”.

Las Casas retoma sua linha de argumentação para concluir, diante da impossibilidade de um povo inteiro ser considerado bárbaro em sentido próprio e estrito, que os índios não pertencem à terceira classe de bárbaros e, portanto, não são escravos naturais, uma vez que:

Não são privados de razão, nem cruéis, nem feras, pelo contrário, muito antes de conhecerem o povo espanhol, tinham repúblicas legitimamente constituídas, isto é, retamente administradas por meio de uma ótima legislação, religião e instituições, cultivavam a amizade e unidos em uma sociedade de vida habitavam grandes cidades nas quais prudentemente e com bondade e equidade administravam os negócios tanto

da paz quanto da guerra; seu governo se regia por uma legislação que em muitas coisas supera a nossa e que podia causar admiração nos sábios de Atenas. (Las Casas, 1975, p. 134) (tradução nossa).

Las Casas prossegue citando vários exemplos da engenhosidade, bom caráter e organização política dos índios, retirados de sua experiência de décadas na América. Com esses exemplos, pretende mostrar que Sepúlveda falsificou, por ignorância ou por malícia, a doutrina de Aristóteles quando tentou incluir os indígenas na terceira classe de bárbaros, que é tão rara entre os homens, e desautorizar as fontes por ele usadas para descrever o caráter e o modo de vida dos índios.

Não obstante, ainda que fosse verdadeira a descrição feita por Sepúlveda, sobre a inferioridade dos índios, nenhum povo está obrigado a se submeter a outro por causa dessa alegada inferioridade, ainda que dessa submissão decorram vantagens para o submetido.

Portanto, ninguém por mais civilizado que seja pode forçar ao estúpido bárbaro a que se submeta a sua pessoa, se esse bárbaro não cometeu contra ele antes uma injúria, sobretudo se obriga esse bárbaro a abandonar sua liberdade, mal de que esses miseráveis índios sofrem com suma injúria contra todo direito divino e humano e contra a própria lei natural. (Las Casas, 1975, p. 137) (tradução nossa).

Ademais, se se admite lícita a guerra contra os índios em razão da superioridade da cultura espanhola sobre a deles, estar-se-ia incentivando uma guerra generalizada de pessoa contra pessoa, povo contra povo, pois todos os lados alegariam possuir uma cultura superior para poder subjugar os outros a seu domínio.

Las Casas surpreende com a audácia de seus argumentos ao reconhecer aos indígenas o direito de reciprocidade, isto é, o direito de fazer guerra contra os espanhóis para se defenderem de seus ataques, pois são os verdadeiros proprietários daquelas terras. Ele não tem dúvidas de que todo povo, por mais bárbaro que seja, tem o direito de defender-se dos ataques de outro povo. Alega a favor do seu argumento que, de acordo com a lei eterna, cada povo tem seu governante e não existe motivo para que um povo, a pretexto de superioridade cultural, domine ou destrua os demais, conforme o Provérbio, 23: “Não removas os marcos antigos que teus antepassados fixaram”. (Provérbios, 2002, p. 743). Nesse sentido:

Certamente a Lei eterna de maneira admirável ordenou, dispôs e distinguiu todas as coisas; separou os reinos e as gentes, segundo diz o Deuteronômio, 32; 'Quando o Altíssimo separava as gentes e os filhos de Adão' Deus também pôs à frente de cada povo, mediante inspiração divina, um príncipe e governadores, segundo o Eclesiástico, 17; 'Pôs um príncipe à frente de cada povo.' Assim, todos os reis e governadores, mesmo entre os bárbaros, são ministros de Deus. (Las Casas, 1975, p. 138) (tradução nossa).

Ademais, o argumento de superioridade cultural não existia na tradição medieval sobre guerra justa, tendo sido incluído pelo próprio Sepúlveda como justificativa para a guerra.

d) Bárbaros que não conhecem a mensagem cristã

Conforme essa categoria, pode-se chamar de bárbaros todos aqueles indivíduos que não conhecem Cristo. "De fato, todo povo, por mais perfeita que seja sua administração política, todo homem, por melhor filósofo que seja, está exposto às máximas barbáries, isto é, aos piores vícios se não está imbuído dos mistérios da filosofia cristã." (Las Casas, 1975, p. 140) (tradução nossa). Conclui que somente através dos sacramentos e do conhecimento da lei cristã o homem pode libertar-se dos vícios e da barbárie.

À luz dessa última categoria, os povos romano e grego deveriam ser classificados como bárbaros, pois, apesar de suas virtudes políticas e da prudência e alto desenvolvimento de suas civilizações, estavam entregues a abjetos e corrompidos costumes. O mesmo pode-se dizer dos turcos e árabes. Las Casas entende que esses povos não possuem uma justiça verdadeira, por melhor que sejam suas instituições, pois somente é possível encontrar prudência e justiça entre os povos que conhecem Cristo.

Contudo, esse argumento vai de encontro à defesa da legitimidade dos reinos indígenas feita anteriormente por Las Casas, pois, afinal, os índios também eram infieis. Não obstante, esse argumento deve ser analisado, como bem esclarece Tosi (1998), no contexto da intenção polemista de Las Casas, isto é, devemos ter em mente que esse foi um artifício por ele utilizado para recordar a Sepúlveda que seus modelos antigos eram pagãos. Mais adiante, ao tratar do quarto argumento de Sepúlveda, Las Casas voltará ao tema da infidelidade indígena. Enquanto isso, segundo Gutiérrez

(1995), essa identificação dos índios com a categoria de infieis permitirá a Las Casas dois resultados: dar um novo sentido ao termo bárbaro, que com frequência era usado num tom pejorativo; e recuperar argumentos sobre a guerra e a subsequente dominação, que a infidelidade não pode justificar.

Após essa exposição sobre as diferentes categorias de bárbaros, Las Casas conclui que apenas aqueles pertencentes à terceira classe, ou seja, aqueles que por natureza têm a mente obstruída e não possuem razão, de costumes depravados, verdadeiras feras selvagens, são bárbaros propriamente ditos. Aqueles pertencentes à primeira, segunda e quarta classe são bárbaros apenas acidentalmente, em razão de costumes bárbaros, da falta de uma língua escrita, ou por falta da fé cristã. Las Casas ressalta que na primeira classe de bárbaro é possível incluir qualquer pessoa, inclusive o cristão, que se mostre cruel, inumana e sanguinária, como ocorreu com determinados conquistadores espanhóis, pois esses indivíduos constituem um acidente dentro de um povo.

### 6.4.3 Segundo argumento de Sepúlveda

Sepúlveda entende que a guerra contra os índios também se justifica como castigo pelos crimes que eles cometem contra a lei natural com sua idolatria e sacrifício de vítimas humanas aos deuses.

O segundo argumento utilizado por Sepúlveda para justificar a guerra contra os índios era o argumento mais convincente na defesa da teoria da inferioridade daqueles povos, pois os crimes por eles praticados, principalmente os sacrifícios humanos, constituíam, aos olhos europeus, prova evidente e incontestável dessa inferioridade.

Sepúlveda transcreve vários trechos das Sagradas Escrituras para comprovar que por esses pecados muitos povos foram castigados por Deus, e que a ignorância de tais faltas não escusa ninguém. Nesse sentido, aduz que:

Deus destruiu os povos pecadores que habitavam a Terra Prometida, pois todos praticavam a idolatria e a maior parte deles sacrificava vítimas humanas. E que Deus, não por um juízo oculto, mas exatamente por tal idolatria, destruiu aquelas gentes como nos confirma a Sagrada Escritura claramente com estas palavras: 'Não digas no teu coração quando Deus os destruir: Por mi-

nha justiça o Senhor me introduziu para que tomasse posse desta terra, pois essas nações foram destruídas por sua impiedade (Deuteronômio, c.9).’ E no mesmo livro sagrado: ‘fizeram para seus deuses todas as abominações que Deus condena, oferecendo-lhes seus filhos e filhas e queimando-os com o fogo’ (Deuteronômio, c.12). A escritura explica da seguinte forma as impiedades pelas quais aqueles povos foram destruídos: ‘Quando entrares na terra que Deus teu Senhor te dá, cuida de não imitar as abominações daqueles povos e não achará no meio de ti quem sacrifique seu filho ou sua filha jogando-os ao fogo, quem consulte adivinhos, preste atenção em sonhos e augúrios, nem maléficos, encantadores, nem quem consulte magos ou adivinhadores, nem quem pergunte aos mortos a verdade; pois Deus abomina tudo isso, e por tais crimes os destruirá à sua entrada.’ (Deuteronômio, c.18). (Sepúlveda, 1975, p. 62) (tradução nossa).

Em *Demócrates Segundo* acrescenta:

[...] pelo pecado da torpeza nefasta caiu fogo e enxofre do céu e destruiu Sodoma e Gomorra e toda a região vizinha e todos os habitantes daquelas cidades, à exceção de Ló com uns poucos criados justos. E aos judeus o Senhor intimou para que perseguissem com guerra severa os cananeus, amoreus e fariseus e os exterminassem a todos com seus jumentos e seus rebanhos. Por qual razão pode se dar essa condenação a não ser pelos crimes ditos anteriormente e principalmente pelo culto dos ídolos? (Sepúlveda, 1941, p. 112-113) (tradução nossa).

Sepúlveda aponta a idolatria como causa da destruição de todos esses povos. Entende que se ela constituía um grave pecado contra a lei natural antes da vinda de Cristo, muito mais grave se tornou esse pecado após a chegada de Jesus. Dessa forma, não lhe resta dúvida de que a idolatria por si só é causa suficiente para a guerra contra os povos idólatras, como é o caso dos índios.

Contudo, Sepúlveda ressalta que os inféis não podem ser castigados somente por sua infidelidade, isto é, por não serem cristãos. O que justifica a punição é a prática de idolatria ou de outros pecados contra a lei natural, os quais a Igreja está obrigada a combater. Por conseguinte, por autoridade pública e pontifícia, é permitido aos reis e príncipes cristãos fazer guerra contra os idólatras, pois:

De fato, a Cristo, segundo sua humanidade, ‘lhe foi outorgado todo poder no céu e na terra’ segundo se lê no último capítulo do Evangelho de São Mateus; poder que Cristo transmitiu a seu vigário e sucessores, conforme Santo Tomás. E ainda que tal poder se refira somente à salvação das almas e aos bens espirituais, se refere também aos bens temporais enquanto esses estão regulados por aqueles. O Papa tem, pois, poder sobre todas as nações não somente para pregar o Evangelho, mas também para obrigar aos povos, se lhe for possível, a observar a lei natural a qual todos os homens estão submetidos. (Sepúlveda, 1975, p. 63) (tradução nossa).

Ressalta, também, que faz-se necessário distinguir os pecados contra a lei natural praticados individualmente pelos cristãos, como homicídios e adultérios, e que são condenados pelos costumes e por suas leis, dos pecados coletivos praticados e aprovados publicamente por uma nação. Somente no segundo caso a guerra é permitida e justa.

E, ainda, que, como ensina Santo Agostinho, todos os pecados mortais vão contra a lei natural, não obstante se em alguma nação se cometem pecados mortais, nem por isso podemos dizer que toda ela descumpra a lei natural (como opinaram falsamente certos teólogos modernos), pois deste modo nenhuma nação cumpriria a lei natural. E assim uma causa pública deve ser considerada nos costumes e instituições, como ensina Aristóteles, não na conduta má ou boa de alguns. (Sepúlveda; 1975, p. 64) (tradução nossa).

Por causa da gravidade dos pecados praticados pelos povos indígenas, conclui Sepúlveda: é necessário que eles se submetam ao poder dos cristãos para que se afastem desses pecados e observem a lei natural.

#### 6.4.4 Resposta de Las Casas ao segundo argumento

Las Casas entende que os príncipes cristãos e a Igreja não têm jurisdição para impor um justo castigo aos índios pelos crimes cometidos contra a lei natural.

Ele refuta o segundo argumento de Sepúlveda elaborando um extenso estudo sobre as formas como a Igreja Católica e os príncipes cristãos podem exercer jurisdição sobre um povo e verificando se alguma delas se aplica aos povos do Novo Mundo.

Para que um povo possa castigar um outro povo por seus pecados é necessário que este último esteja

submetido àquele, isto é, seja súdito daquele, em razão de uma das seguintes causas: domicílio, origem, vassalagem, ou delito cometido.

Em razão do domicílio, é súdito todo aquele que habitar em terras cristãs. Incluem-se nessa classe os judeus e mouros que vivem nos reinos dos príncipes cristãos. De acordo com Las Casas, esses povos devem se submeter às mesmas leis temporais que o restante da população. Se não observarem as leis do reino, deverão receber o justo castigo. Quanto às questões religiosas e espirituais, nem judeus, nem mouros, nem os idólatras estão submetidos à Igreja e aos príncipes cristãos; logo, não estão obrigados a observar os preceitos da religião cristã, como também não podem ser castigados por praticar seus ritos religiosos, por mais abomináveis que sejam.

É diferente a situação dos infiéis que moram nos reinos submetidos a príncipes infiéis, como mouros, turcos, persas e os índios americanos, pois não estão submetidos nem à jurisdição da Igreja nem à dos príncipes cristãos. Dessa forma, por piores que sejam os seus crimes contra a lei natural, o Papa não poderá intervir, pois não exerce nenhum poder sobre esses povos.

Quanto aos hereges, a situação é bem diversa, uma vez que estão submetidos à Igreja e aos príncipes cristãos em razão do voto e obediência que prometeram a Deus e à Igreja por ocasião do batismo. O descumprimento dessa promessa deve ser severamente castigado pela Igreja e seus príncipes, tanto por leis pontificias, como por leis imperiais.

Caso ocorra de um povo cristão ficar sob o jugo de um reino infiel, esse povo deverá observar as leis dos infiéis, mas somente se elas não afrontarem a verdade cristã.

A segunda causa da jurisdição é a origem, o que significa que o filho de um súdito também será súdito.

Já quanto à terceira causa, o indivíduo pode se tornar súdito jurando fidelidade ao senhor das terras, isto é, tornando-se vassalo de um feudo.

Por fim, conforme a quarta causa, o não súdito que cometer delito contra o príncipe, suas coisas, ou contra os súditos deste, tornar-se-á súdito desse príncipe.

Feita essa exposição, Las Casas desenvolve alguns argumentos para demonstrar que os infiéis que não abraçaram o cristianismo, e não ocuparam territórios

cristãos e nunca moveram guerra contra a cristandade, como ocorre com os índios, não podem ser castigados pelos cristãos. São três os argumentos: os infiéis não são súditos de Cristo em ato, mas apenas em potência; o julgamento final dos infiéis não compete à Igreja, mas tão-somente a Deus; o único modo de propagar a fé é de forma pacífica, sendo, portanto, proibido à Igreja usar violência para castigar os idólatras.

Sobre o primeiro argumento Las Casas esclarece:

Enquanto ato e efeito, há homens que não estão submetidos a Cristo por si mesmos, pois os infiéis e pecadores, por sua infidelidade e rebeldia, por sua própria vontade, não se submetem a Cristo, não agindo em conformidade com a piedade cristã segundo consta na Epístola aos Romanos: 'Mas nem todos obedecem ao Evangelho'; e no Êxodo, 10: 'Até quanto não quererás submeter-se a mim?' Tais homens, portanto, por não conhecer Cristo nem obedecer a seus mandamentos, não são seus súditos em ato ou em obras, mas somente em potência. Somente o serão em ato e efeito quando, regenerados pelo batismo, entrarem no redil de Cristo ou abraçarem a caridade por meio da graça. (Las Casas, 1975, p. 147) (tradução nossa).

Portanto, Cristo somente terá jurisdição sobre o infiel, caso ele receba, voluntariamente, o batismo (caso contrário, apenas o terá no fim dos tempos, quando julgará os bons e os maus). Sem o batismo, o poder de Cristo sobre os infiéis será apenas em potência. Portanto, os pagãos, que não conhecem a fé cristã, como ocorre com os índios da América, não podem ser, em ato, súditos de Cristo — nem da Igreja, pois o poder desta não pode ser maior do que o de Cristo. Por conseguinte, o Papa não pode exercer jurisdição contenciosa sobre os infiéis, salvo se ocorrer um dos seis casos apontados por Las Casas como exceção a essa regra, que serão expostos mais adiante.

O segundo argumento introduzido por Las Casas para demonstrar que os infiéis não estão sob a jurisdição da Igreja fundamenta-se na autoridade da Epístola I de São Paulo aos Coríntios, capítulo 5: "Iria eu julgar os de fora? Não se trata, antes, de vós mesmos julgardes os de dentro? Os de fora, é Deus quem julgará." (Coríntios, 2002, p. 1338). Essas palavras significam para Las Casas que os infiéis que nunca receberam a fé cristã não podem ser julgados pela Igreja. Nesse sentido, afirma textualmente: "Deus, que é Senhor de todas

as coisas, não quis outorgar à sua Igreja o poder para julgar aos infiéis, mas reservou para si esse direito.” (Las Casas, 1975, p. 152) (tradução nossa).

Na seqüência, Las Casas cita várias outras passagens bíblicas que confirmam ser proibido aos cristãos castigar os pagãos, demonstrando, assim, que tais povos estão fora da jurisdição da Igreja.

O terceiro, e mais complexo, argumento de Las Casas, envolve a análise de vários aspectos do argumento apresentado por Sepúlveda para justificar o uso da violência contra os infiéis. Las Casas desenvolve em vinte capítulos da Apologia as razões pelas quais nega que a Igreja possa utilizar violência e coação para castigar os idólatras e suprimir a idolatria entre aqueles que não são súditos, ao mesmo tempo em que demonstra ser a evangelização pacífica o único modo de atrair os povos ao cristianismo. Além disso, contesta os exemplos citados por Sepúlveda sobre a destruição dos reinos pagãos, com os quais o historiador da corte teria buscado demonstrar a licitude do uso da força contra os infiéis que praticam a idolatria, apresentando-nos outra interpretação para os fatos. Conclui a resposta a Sepúlveda citando os seis casos em que a Igreja poderia ter jurisdição contenciosa sobre os infiéis.

Las Casas inicia a demonstração do alegado retomando a tese, exposta anteriormente, segundo a qual os infiéis não pertencem ao foro da Igreja. Agora, demonstrará que os infiéis não podem ser castigados, nem pela Igreja, nem pelos príncipes cristãos, pela prática de idolatria. Ressalta que a não concessão desse poder à Igreja não é de fato, mas de direito, o que significa que a Igreja não tem autoridade para fazer desaparecer os ídolos contra a vontade dos infiéis, mas que os cristãos podem, na prática, quebrar os ídolos usando de violência, ato este que seria ilícito.

Os motivos pelos quais nem a Igreja, nem os príncipes cristãos podem castigar os pagãos por serem idólatras são os seguintes:

a) As próprias palavras de Cristo no Evangelho de São Lucas, 10, deixam clara sua recusa em submeter aqueles que não crêem em sua palavra. Naquela passagem, ao ser interpelado por uma pessoa que não era seu discípulo, respondeu do seguinte modo: “homem, quem me constituiu juiz sobre vós?” Assim, se não compete a Jesus julgar os infiéis, tampouco poderá a Igreja fazê-lo;

b) A afirmação feita por São Paulo de que não lhe compete julgar aqueles que estão fora;

c) O testemunho de São Jerônimo segundo o qual a Igreja somente pode julgar os fiéis;

d) Castigar os pagãos idólatras é uma ofensa ao Evangelho, pois Cristo somente deu poder a seus apóstolos e à Igreja para edificar, não para destruir;

e) Quando o juiz superior reivindica para si uma causa, como Deus reivindicou o julgamento dos pagãos, o juiz inferior não pode pleitear a mesma causa, sendo nulo o julgamento feito por este último, por falta de jurisdição;

f) Conforme Santo Tomás de Aquino, a Igreja não pode castigar o paganismo daqueles que nunca foram batizados.

g) Nem a Igreja, nem seus membros, sejam príncipes, reis ou imperadores, podem castigar os idólatras que moram fora dos seus territórios ou distritos, pois não podem exercer jurisdição além de suas fronteiras (devemos considerar como territórios da Igreja somente aqueles em que seus habitantes receberam o batismo e abraçaram a fé em Cristo);

h) Santo Agostinho afirma em sua obra que os crimes cometidos pelos pagãos e idólatras devem ser punidos somente por Deus, pois assim está escrito nas Sagradas Escrituras.

i) É necessário que aquele que recebe os sacramentos esteja preparado para tal, ou seja, pronto para abraçar a fé cristã. Como os pagãos e infiéis estão fora da Igreja e não possuem a fé, não podem recebê-los, pois não estão preparados. Ora, sendo os sacramentos os atos justificantes da autoridade da Igreja sobre os homens, esta não possui jurisdição sobre os pagãos e infiéis;

j) A conversão dos infiéis que nunca ouviram a palavra de Cristo e que não se opuseram a escutá-la não deve ser iniciada pelo castigo dos pecados, mas pela oferta da indulgência, pela remissão dos pecados, e pelo incentivo à penitência, segundo ensinou Cristo a seus apóstolos.

Las Casas fundamenta as dez razões acima na doutrina, na tradição e nos decretos da Igreja, principalmente na Bula *Sublimis Deus* do Papa Paulo III, a partir dos quais conclui que são preceitos da Igreja: a evangelização pacífica; a proibição do uso da força e da

violência para expandir o cristianismo; e que apenas Cristo tem o poder de punir o crime de idolatria. Nesse sentido:

Lemos entre os decretos canônicos dos Pontífices: ‘ Quem com sincera intenção deseja levar os estrangeiros através da fé à religião cristã deve procurar fazê-lo com suavidade, não com aspereza, pois a adversidade perverte ainda mais a mente daqueles infieis, que com boas razões podem voltar-se ao bom caminho. (Las Casas, 1975, p. 178) (tradução nossa).

Com as palavras de São Gregório, Las Casas confirma que é necessário unir na fé, através da persuasão mansa e bondosa, os que estão fora da religião cristã, ao invés de assustá-los com ameaças e terrores. Com São Cirilo de Alexandria afirma “que está muito distante da doutrina dos Santos Padres e dos ensinamentos de Cristo o querer atrair os pagãos à fé com o terror das armas, com a violência bélica ou o vão orgulho. (Las Casas, 1975, p. 179) (tradução nossa). Por fim, alude à Bula do Papa Paulo III, na qual se vê que é conforme a tradição da Igreja pregar mansamente o Evangelho a todos os povos. A leitura dessa Bula, para Las Casas, deixa claro que a maneira como os conquistadores evangelizavam os índios impedia a salvação humana e a propagação do verdadeiro Evangelho; que pelo simples fato de serem homens os índios eram capazes de aprender a doutrina cristã e obter a salvação; que eles não podiam ser privados dos seus bens e liberdade apenas por ainda não terem abraçado a lei de Cristo; que a violência contra eles não era um bom método para evitar que continuassem blasfemando contra Cristo; que esses falsos pregadores, que desobedeceram as ordens e proibições dos reis da Espanha, obraram em nome de satanás; que os índios deviam ser convidados e atraídos à fé com suavidade, mansidão e caridade cristã; e, finalmente, que toda ação em sentido contrário ao estabelecido na bula é nula e de nenhum efeito.

Por todas essas razões, Las Casas entende comprovado seu argumento principal, qual seja: nem a Igreja nem os príncipes cristãos podem castigar os crimes dos infieis, porque não têm jurisdição sobre eles.

Em seguida, Las Casas contesta a utilização, por Sepúlveda, de alguns trechos das Sagradas Escrituras, citados como exemplos da permissão e da necessidade da punição dos povos idólatras, e acusa seu opositor de frequentemente inverter e adulterar o sentido original desses textos. Dá especial atenção para o exemplo

da conquista hebraica da terra de Canaã, esclarecendo que, ao contrário do que afirma Sepúlveda, Deus ordenou a destruição dos reinos pagãos não por causa de sua idolatria, mas porque haviam invadido a terra prometida e causado graves danos aos Hebreus.

O venerável Doutor Sepúlveda resvala, pois, ao não interpretar diligentemente as Escrituras ou pelo menos ao não entender bem os textos os quais aduz, pois pretende que em nossos tempos de graça e misericórdia tenham validade os rígidos preceitos da Velha Lei que se fundamentaram em motivos especiais, abrindo esta porta, para que os tiranos e bandidos, sob o pretexto de religião, invadam, oprimam, despojem e submetam à cruel escravidão os povos inocentes que nem escutaram a fé nem puderam suspeitar que existia a fé de Cristo e a religião cristã no mundo. (Las Casas, 1975, p. 187) (tradução nossa).

Las Casas abre seis exceções à regra de que a Igreja e seus príncipes não têm jurisdição sobre os pagãos. Entretanto, chega à conclusão de que nenhuma delas é aplicável aos índios. Ele voltará ao tema — sobre as diferentes maneiras como a Igreja e os príncipes cristãos podem ter jurisdição sobre os infieis — no capítulo em que trata do terceiro argumento de Sepúlveda, que corresponde à sexta exceção por ele apresentada.

Pela importância do tema, e visando à melhor compreensão do próximo capítulo, faz-se necessário resumir a posição de Las Casas sobre os diferentes modos como a Igreja e os príncipes cristãos podem ter jurisdição sobre os infieis.

Conforme o Dominicano, a Igreja e os príncipes cristãos podem ter jurisdição sobre os infieis em três casos:

1º) Quando os infieis são de fato súditos da Igreja ou dos príncipes cristãos. Este é o caso dos hereges e, considerando as observações feitas anteriormente sobre os limites desse poder, também dos judeus e dos muçulmanos.

2º) Quando a jurisdição em potência que a Igreja exerce sobre os infieis se transmuda em jurisdição de fato, em razão de uma das seguintes causas, que correspondem às seis exceções acima referidas:

– Quando os infieis habitarem em reinos que anteriormente e injustamente tomaram dos cristãos. Esta situação se aplica a Constantinopla e à África.

– No caso de os pagãos praticarem idolatria em terras que já foram cristãs.

– Quando os infiéis blasfemam contra Cristo ou contra os santos ou falam contra o cristianismo com malícia, conscientes do que estão fazendo. Este caso não se aplica àqueles que foram vítimas de maus tratos infligidos pelos cristãos e que blasfemam contra Cristo motivados pelo ódio que sentem de seus algozes, como ocorre com os índios.

– Quando os infiéis colocam obstáculos à propagação da fé, não por acidente, mas para evitar a evangelização. Este não é o caso dos índios, pois, embora tenham matado alguns pregadores, o fizeram apenas para se defenderem dos maus tratos recebidos dos conquistadores que acompanhavam os evangelizadores, ou seja, não os mataram pelo só fato de serem pregadores.

– A quinta causa de jurisdição contenciosa ocorre quando os infiéis atacam os cristãos com guerra ofensiva, como fazem os turcos.

– A última causa ocorre quando os infiéis oprimem injuriosamente pessoas inocentes, sacrificando-as aos deuses ou comendo suas carnes. É este caso que coincide com o terceiro argumento de Sepúlveda e que ainda será objeto de estudo.

3º) A terceira hipótese de jurisdição da Igreja e dos príncipes cristãos sobre os infiéis ocorre se estes aceitarem, voluntariamente, tal jurisdição. Mais adiante, Las Casas retornará a esse caso.

### 6.4.5 Terceiro argumento de Sepúlveda

Sepúlveda aduz em defesa da guerra contra os índios que todos os homens estão obrigados por lei natural, se lhes for possível sem grande dano para eles, evitar que homens inocentes sejam vítimas de indigna morte.

Esse é, sem dúvida, o argumento mais sólido apresentado por Sepúlveda, pois se insere dentro da doutrina tradicional da Igreja, aceita pelos teólogos e também por Las Casas. É o próprio Sepúlveda quem diz:

Dar auxílio ao próximo ou a um companheiro em tudo o que possa, sem sofrer um grande dano, é coisa a que todos os homens probos e humanos estão obrigados, conforme o exemplo do Samaritano e o preceito divino que citei anteriormente do Eclesiástico: ‘Deus

deu ao homem o encargo do seu próximo.’ (Sepúlveda, 1941, p. 131) (tradução nossa).

Em outra ocasião, esclarece, ainda, que, conforme o ensinamento dos teólogos, todos os homens são nossos próximos.

Portanto, para Sepúlveda a guerra contra os índios é justa porque é um dever de todo cristão defender seu próximo e evitar atos contrários à lei da natureza, consistentes, no caso indígena, no sacrifício de pessoas inocentes para oferecê-las aos deuses ou para comer a carne de seus cadáveres. Se no segundo argumento ele se referia à guerra como castigo pela prática desse crime, agora ele a justifica como meio de libertar as inocentes vítimas.

E se nos príncipes parece louvável castigar, ainda que em outras pessoas, as ofensas contra seus amigos e parentes, como vemos com Abraão, que lutou contra os quatro reis para vingar as injúrias que haviam feito a Ló e a seus amigos, quanto mais necessário parece castigar as ofensas feitas a Deus, seja quem for que as faça. Sobretudo se se tem em conta (o que por si só é causa bastante justa para a guerra) que a guerra livra muitos homens inocentes de graves opressões, como ocorre com os bárbaros sobre os quais consta que todos os anos, em uma região chamada Nova Espanha, costumavam sacrificar aos demônios mais de 20.000 homens inocentes. (Sepúlveda, 1941, p. 129) (tradução nossa).

Para Sepúlveda é necessário que os índios se submetam ao império de homens civilizados e bons cristãos, como os espanhóis, para que abandonem essa prática abominada pela lei natural.

### 6.4.6 Resposta de Las Casas ao terceiro argumento

Las Casas afasta o terceiro argumento afirmando que os inocentes a que Sepúlveda se refere pertencem potencialmente à Igreja; portanto, estão sob sua proteção; logo, compete à Igreja e ao Papa cuidar para que obtenham a salvação, que somente será possível se esses inocentes não forem mortos.

A resposta de Las Casas em muitos aspectos corresponde a uma continuação à resposta dada ao segundo argumento de Sepúlveda. No item anterior, o Dominicano fez um estudo sobre as formas como a Igreja e os príncipes cristãos podem ter jurisdição contenciosa sobre os infiéis, para concluir que nenhuma delas era aplicável aos povos americanos; agora ele completa

esse estudo, analisando pormenorizadamente aquela sexta exceção à limitação do poder da Igreja sobre os infiéis. Entretanto, essa é apenas a primeira parte da resposta, pois Las Casas realiza um estudo sobre os sacrifícios, concluindo que essa prática é uma forma de manifestação de religião, e que deve, por tal motivo, ser respeitada. Além disso, faz um verdadeiro estudo de etnologia comparada, mergulhando nos costumes daqueles povos para entender seu comportamento, notadamente a prática de canibalismo, e justificá-lo perante a cultura européia.

Logo no início de sua argumentação, Las Casas faz uma ressalva aos termos em que Sepúlveda expôs o problema, esclarecendo que o motivo pelo qual a Igreja pode ter jurisdição sobre os infiéis não é o fato de sacrificarem vítimas humanas, nem a aplicação do princípio segundo o qual todo homem está obrigado por lei natural a libertar aqueles que estão oprimidos e são levados injustamente à morte. O verdadeiro motivo é que “tais pessoas inocentes pertencem potencialmente à Igreja; portanto, estão sob sua proteção; deste modo corresponde à Igreja e ao Papa, que é sua cabeça, velar para que obtenham a salvação, a qual não será alcançada se as pessoas inocentes forem mortas”. (Las Casas, 1975, p. 248) (tradução nossa). Portanto, compete à Igreja exercer jurisdição sobre os infiéis para evitar que inocentes sejam mortos e pereçam eternamente sem salvação.

Feita a ressalva e exposto o verdadeiro estado da questão, Las Casas prossegue reunindo os argumentos para comprovar o alegado, que são verdadeiras condições para que a jurisdição em potência da Igreja possa ser exercida.

Sustenta, primeiramente, o argumento-condição de que, diante de dois males inevitáveis, deve ser escolhido aquele que trazer o menor mal. Com base nesse enunciado, Las Casas, constrói quatro princípios que apontam que fazer guerra é o mal maior a ser evitado.

Conforme o primeiro desses princípios, embora a lei natural determine que todo particular deve defender o inocente de uma morte injusta, essa obrigação cessa quando há uma outra pessoa encarregada de defendê-los. No caso concreto dos índios, apenas o Papa, (excluindo-se, dessa forma, os príncipes cristãos) tem jurisdição sobre esses infiéis para puni-los pelo sacrifício de vítimas humanas. Portanto, somente a ele cabe aplicar o devido remédio para libertar as vítimas

inocentes de seus opressores, a fim de evitar a perdição dessas almas.

O segundo princípio completa o primeiro. Estabelece que o remédio aplicado pela Igreja para libertar os inocentes não pode dar origem a um mal maior do que aquele mal a que estão submetidos, ou seja, não pode impedir a salvação desses infiéis. Las Casas admite que, caso a Igreja encontre resistência para libertar esses inocentes de seus opressores, nesse caso ela pode recorrer às armas, mas evitando os excessos.

O terceiro princípio estabelece que se o mal decorrente da guerra para libertar os inocentes for mais grave do que os crimes que se pretende castigar, a Igreja não deve declarar guerra aos infiéis, mesmo que tenha o dever de evitar os crimes.

Se se encontram infiéis que cometem tal classe de crime, isto é, que sacrificam crianças para oferecê-las aos deuses ou para comê-las, mesmo que à Igreja corresponda pôr remédio para suprimir este mal, nem sempre se lhes deve fazer a guerra, mas se deve ponderar muito essa questão, pois não devemos declará-la para impedir a morte de uns tantos inocentes se com isso sacrificarmos uma multidão de homens sem que eles mereçam, nem se com isso destruímos reinos inteiros e inculcarmos nas almas daqueles o ódio à Religião Cristã de maneira que para sempre se neguem a ouvir o nome de Cristo ou sua doutrina, o que seria certamente contrário ao fim a que pretende Deus e a Igreja. (Las Casas, 1975, p. 251) (tradução nossa).

Ademais, nem todos os habitantes das índias têm o costume de sacrificar seres humanos — pelo contrário, apenas a menor parte desses povos pratica essa conduta. É evidente, portanto, que a guerra faria muito mais vítimas inocentes do que os sacrifícios aos deuses.

Por fim, reza o direito canônico que se deve optar por tolerar em nosso meio a prática de crimes graves se, com isso, outros ainda mais graves forem evitados. Daí decorre o quarto princípio, segundo o qual seria um grave pecado contra a lei natural fazer guerra aos infiéis para libertar os inocentes de uma opressão injusta. Além disso, é dever cristão observar em qualquer circunstância o preceito divino que manda não matar o próximo.

Las Casas se adianta a seu opositor e levanta duas possíveis objeções à sua argumentação: como explicar

que no Antigo Testamento se permitiu a morte de muitos homens inocentes por causa dos maus costumes de outros, como em Sodoma e Gomorra?; e o que dizer do fato de morrerem tantas vítimas inocentes em guerras justas, por causa dos pecados dos seus príncipe e magistrados? Nesses casos, a guerra não teria que ser evitada? Las Casas esclarece, em primeiro lugar, que nem todos os exemplos do Antigo Testamento devem ser imitados, até mesmo porque os juízos de Deus são incompreensíveis aos seres humanos, não lhes sendo permitido conhecer a verdadeira finalidade dos desígnios divinos. Ademais, somente Deus pode dispor dos homens, que são sua propriedade. Completa sua resposta afirmando que mesmo que alguém seja inocente perante os homens, é réu diante de Deus, pelo pecado original. Portanto, Deus nunca retira a vida de pessoas inocentes. Quanto à segunda parte da objeção, Las Casas explica que é falso o princípio segundo o qual ao se declarar guerra contra uma cidade se deve presumir que todos os seus habitantes são inimigos, pois existem sempre muitos inocentes que não deram motivos para a guerra, como as mulheres e crianças. Também são inocentes, lembrando o testemunho de Inocêncio IV, os sacerdotes, religiosos e religiosas, bem como os agricultores, os trabalhadores, mercadores e os estrangeiros.

Com essas observações finais Las Casas entende ter demonstrado seu primeiro argumento, qual seja, que diante de dois males deve-se optar por aquele que menor mal causar, isto é, não se deve fazer guerra contra os índios para evitar que inocentes sejam sacrificados, pois um número muito maior de inocentes morreria.

O segundo argumento-condição aduzido por Las Casas é dirigido especialmente aos príncipes e governadores, com o objetivo de lhes mostrar que não é lícito matar muitos ou poucos inocentes apenas para libertar outros poucos inocentes da morte, como ocorre evidentemente no caso indígena. Acrescenta que o príncipe ou governador que não observar essa proibição incorrerá em pecado mortal, pois matar pessoas inocentes é uma obra ímpia aos olhos de Deus. Além disso, é muito maior o pecado daqueles que matam os poucos infiéis que oferecem seres humanos em sacrifício, do que o pecado cometido por esses infiéis, que matam um número bem menor de pessoas e incorrem em erro provável.

Por fim, declara que devem ser restituídos, aos homens inocentes e sem culpa, os bens apropriados pelos soldados, uma vez que foram tomados como espólio de uma guerra injusta.

O terceiro argumento-condição aduzido por Las Casas em desfavor da guerra contra os infiéis e a favor do perdão para o seu crime de sacrifício é a dificuldade de distinguir, em uma guerra, quem é culpado e quem é inocente, o que também se aplica ao caso indígena.

Vemos, pois, que no calor da guerra os inocentes não podem ser diferenciados dos opressores, a não ser que sua inocência seja notória; não podem ser diferenciados, seja pela grande multidão de pessoas envolvidas na guerra, seja pelo furor bélico e tumulto sedicioso pelo qual o filho é levado a não respeitar o pai e o pai a não compadecer-se de seu filho, para não falar da ânsia pelos espólios de guerra, da cruel licença do invasor para perpetrar o mal; finalmente, da turbção e pânico ante os invasores. (Las Casas, 1975, p. 268) (tradução nossa).

Las Casas recorre à autoridade das Sagradas Escrituras para comprovar seu argumento. Assim, fundamentado em Mateus, capítulo 13, afirma que quando Cristo proibiu seus apóstolos de arrancar o joio que nascera em uma plantação de trigo, pois isso acarretaria a retirada também do trigo, não quis dizer outra coisa senão que proíbe que os culpados, representados pelo joio, sejam castigados pelos homens sempre que com isso os inocentes, o trigo, possam ser prejudicados.

O quarto argumento-condição é enunciado por Las Casas nos seguintes termos: “O castigo dos delitos tem por fim a correção do delinqüente e a paz da república: se ao invés disso ocorre crime mais grave, tal castigo é vicioso e injusto.” (Las Casas, 1975, p. 269) (tradução nossa). Em outras palavras, Las Casas quer dizer que o castigo em si não é um ato de justiça, qualidade que ostentará apenas se permitir à correção do delinqüente e restituir a paz na república.

Após, fundamentando-se na autoridade de Santo Agostinho, explica que o castigo também não deve ser imposto como retribuição por um mal causado, mas, sim, como um remédio para curar um mal. Contudo, se o remédio aumentar a enfermidade do corpo, não deve ser ministrado, pois será mais um veneno do que medicamento. Assim ocorre com o castigo, que não deve ser aplicado se originar um mal maior do que aquele que se pretende corrigir.

É oportuno anotar que é doutrina comum entre os teólogos a necessidade de se evitar a aplicação do castigo quando o crime é praticado por inúmeras pessoas, dada a impossibilidade prática de exercer vingança contra todos. Segundo esses teólogos, o castigo também não deve ser aplicado quando houver possibilidade de surgir um grave tumulto ou escândalo. Las Casas ressalta que tudo o que impede a realização de uma obra piedosa é considerado um escândalo, e daí conclui que “não é pecado deixar de fazer certas obras piedosas, salvo as necessárias para a salvação, como o batismo e outras semelhantes, se delas se espera um escândalo; ou melhor, fazê-las poderia ser pecado, segundo o lugar e a ocasião.” (Las Casas, 1975, p. 272) (tradução nossa).

Isto posto, resta a Las Casas analisar, à luz do quarto argumento, a guerra movida contra os índios para impedir o sacrifício de inocentes, verificando se através da aplicação de um castigo eles deixariam de “delinquir” ou se isso daria lugar a maiores crimes.

Inicialmente, estipula uma condição para que essa guerra possa ser justa: deve-se fazer uma prévia notificação aos índios explicando-lhes as razões pelas quais devem abandonar os sacrifícios, determinando um prazo justo para que possam compreender o que lhes é dito e a autoridade de quem lhes fala. Porém, ainda que os índios compreendam o que lhes foi notificado e se recusem a abandonar seus crimes, eles não podem ser castigados, porque têm escusas no que concerne aos sacrifícios humanos e à antropofagia, conforme se verá a seguir.

Segundo Aristóteles, Santo Agostinho e as Sagradas Escrituras existe um tipo de antropofagia que não é viciosa. Esse caso ocorre quando se come carne humana por necessidade e para isso não se sacrificam inocentes, mas apenas aqueles homens que foram condenados à morte por seus crimes ou morreram de morte natural. Segundo Las Casas, os índios comem carne humana por necessidade e para isso não matam inocentes, mas apenas prisioneiros de guerra ou criminosos. Seus costumes não são, portanto, contra a lei natural. E ainda que praticassem uma antropofagia viciosa, matando os inocentes para comer suas carnes, como fazem as feras, nem a Igreja, nem os príncipes cristãos poderiam puni-los, pois não têm jurisdição sobre eles, conforme demonstrado anteriormente. Ressalta Las Casas que, embora perante Deus os índios não possam se escusar

pelo crime de sacrifícios humanos, perante os homens estão totalmente escusados, pelas seguintes razões:

a) Ao sacrificar vítimas humanas para oferecê-las aos deuses ou para comer a carne de seus cadáveres, os índios incorrem em erro provável, definido como aquilo que é comumente seguido pelos homens e tradicionalmente aceito pelo povo, e que se convencionou chamar de moralmente certo.

A opinião que os índios têm sobre seus deuses, sobre os sacrifícios que devem oferecer e sobre as coisas que devem ser sacrificadas estão comprovadas pelo consenso geral de todos os povos conhecidos nas índias; tal culto é adotado por aquelas pessoas que são consideradas sagradas e divinas, isto é, os sacerdotes; a idolatria é confirmada pelos decretos legais e pela sanção dos príncipes, prevendo ameaças e penas contra os transgressores; finalmente, os ídolos não são adorados ocultamente, mas pública e religiosamente nos templos desde os séculos passados. Portanto, é evidente que o erro dos índios a esse respeito é provável. (Las Casas, 1975, p. 276) (tradução nossa).

Do exposto, é forçoso concluir que os índios não têm motivo para condenar e abandonar a religião dos seus antepassados aceita por todos e confirmada durante séculos pelos seus príncipes e sábios.

b) A segunda causa de escusa pode ser enunciada da seguinte forma: não se pode provar aos índios que sacrificar homens aos deuses é contra a razão natural; pelo contrário, o dever de sacrificar homens a Deus é determinado por essa mesma razão. Las Casas fundamenta o alegado através de quatro argumentos:

– Todos os seres humanos têm um conhecimento intuitivo de Deus, ainda que de forma confusa;

– Por instinto natural o homem se sente obrigado a adorar a Deus, de acordo com suas capacidades, oferecendo-lhe e sacrificando-lhe o que têm de melhor;

– A maior prova de amor a Deus é o sacrifício, principal ato de adoração, pois através dele o homem mostra submissão e agradecimento, ofertando a Deus o que tem de mais precioso: a vida;

– O sacrifício existe por força da lei natural. Isso se prova pelas três razões acima apresentadas, pois, por mais bárbaro que seja um povo, todos naturalmente intuem a existência de Deus e a idéia de oferecer sacrifícios a Ele. Ademais, não se pode olvidar que entre vários povos antigos e também entre os cristãos, a prá-

tica de sacrifícios humanos já foi comumente aceita, o que nos leva a afirmar que é a própria razão natural que nos dita esse comando. É importante acrescentar que a fixação do objeto do sacrifício compete ao direito positivo, não ao direito natural. Por conseguinte, se não há lei humana ou divina proibindo tal prática, os homens estão obrigados a oferecer ao Deus verdadeiro, ou ao que consideram verdadeiro, sacrifícios humanos, pois a gratidão devida por lei natural exige dos homens que ofereçam a Deus o que têm de melhor.

Do exposto, Las Casas conclui que:

Os inocentíssimos índios não podem ser culpados porque não se arrependeram na primeira voz do evangelizador, pois não entendem sua língua nem imediatamente estão obrigados a afastar-se da religião dos seus antepassados, se não chegam ao conhecimento de uma outra que seja melhor; por outro lado, sacrificar homens inocentes para a salvação de toda a república não se opõe à razão natural, como se se tratasse de algo abominável imediatamente contrário ao ditame da natureza, pois esse erro pode ter sua origem na razão natural provável. (Las Casas, 1975, p. 292) (tradução nossa).

O quinto argumento-condição construído por Las Casas para comprovar que a guerra contra os índios por causa dos sacrifícios humanos deve ser evitada consiste em aplicar aos indígenas o princípio segundo o qual a utilidade comum deve prevalecer sobre a especial. O resultado desse exercício é claro: “não devemos tolerar, a pretexto de uma utilidade pública e maior, que uma multidão de pessoas seja sacrificada, para que uns poucos homens não sejam sacrificados aos ídolos.” (Las Casas, 1975, p. 297) (tradução nossa).

O sexto e último argumento-condição é elaborado a partir de exemplos do Evangelho e da tradição dos Santos Doutores da Igreja, todos no sentido de que a única forma de combater a idolatria e retirá-la dos corações infiéis é pregar a eles a palavra de Deus, sem violência.

Em síntese, conclui-se que a segunda maneira pela qual a Igreja pode exercer jurisdição contenciosa sobre o infiel — quando a jurisdição em potência que tem a Igreja se transmuda em ato — não se aplica aos povos do Novo Mundo, nem justifica a guerra contra eles. Isso ocorre porque a jurisdição contenciosa da Igreja deve ser exercida a fim de promover a salvação das almas de todos os homens, portanto é necessário

que esses homens não sejam mortos, para não perecerem eternamente sem salvação. É importante ressaltar que Las Casas reconhece que todas as pessoas, em potência, pertencem à Igreja, e que por isso o Papa deve velar por elas. Contudo, entende que esse dever não pode trazer um mal maior que impeça a salvação desses súditos, o que restou demonstrado pelos seis argumentos-condição aduzidos por ele. Sendo assim, a guerra contra os índios não é um meio lícito para libertar os inocentes que são sacrificados. Ademais, Las Casas deixou claro que os sacrifícios humanos e a antropofagia são práticas escusáveis no caso indígena e, portanto, não devem ser combatidas.

Será ainda analisada a terceira maneira pela qual a Igreja pode ter jurisdição sobre os infiéis, chamada de voluntária. Tal jurisdição, como o nome indica, é aquela que somente pode ser exercida sobre quem voluntariamente a aceita.

Para Las Casas, a única jurisdição que o Papa, como legatário de Cristo, pode exercer sobre todos os povos, é desse tipo, “porque ainda que a missão de pregar o Evangelho corresponda ao Papa, não obstante, os infiéis a quem se prega não estão obrigados a abraçar a fé, pelo contrário, isso depende de sua vontade, pois crer é um ato de vontade.” (Las Casas, 1975, p. 306) (tradução nossa). Além disso, a entrada do infiel na Igreja é um verdadeiro ato de adoção, através do qual o Papa aceita voluntariamente uma pessoa estranha ao corpo da Igreja. Assim, para que tal ato seja válido, deve seguir a condição imposta pelo direito civil, qual seja, deve ser um ato de livre vontade do adotado.

Las Casas conclui que os infiéis que nunca professaram a fé cristã não podem ser compelidos pelo Romano Pontífice a aceitá-la, mas devem ser exortados e convidados pacífica e graciosamente. Porém, se aceitarem a fé e forem batizados, passarão a pertencer ao rebanho de Cristo e serão súditos da Igreja, submetendo-se à sua jurisdição.

#### 6.4.7 Quarto argumento de Sepúlveda

Sepúlveda entende que a guerra contra os índios deve ser feita para preparar o caminho para a propagação da religião cristã e facilitar a tarefa dos evangelizadores.

Conforme esse argumento, a guerra contra os índios se justifica como meio prévio e indispensável

para convertê-los ao cristianismo. Sepúlveda afirma, também, que o direito natural e divino estabelecem para todo cristão o dever de mostrar aos infiéis a verdadeira religião, a fim de evitar que a alma desses pagãos vague eternamente sem salvação. Quanto à segunda parte do argumento, há consenso entre os teólogos de que a evangelização dos infiéis é um dever da Igreja. A divergência entre eles ocorre no que tange à primeira parte do alegado, isto é, aos métodos de evangelização. Enquanto Sepúlveda estava convencido de que o uso da força era necessário para o processo de evangelização, os teólogos de Salamanca admitiam-na somente se a livre pregação fosse obstaculizada pelos índios; já Bartolomeu de Las Casas condenava a utilização de todo e qualquer tipo de violência para a pregação do Evangelho.

Sepúlveda defende sua concepção argumentando que não pode acontecer nada de melhor aos bárbaros do que conhecer a verdade cristã, tarefa que todos os cristãos, por lei natural e divina, estão obrigados a promover, mesmo se os infiéis opuserem resistência, pois:

Deus nos manda voltar ao caminho reto e a lugar seguro até mesmo os brutos e a nossos próprios inimigos, como podemos duvidar quando vemos outros homens, nossos próximos, errando tão perigosamente, do dever de trazê-los, se podemos, ao caminho da verdade [...] Assim como estamos obrigados a mostrar o caminho aos homens errantes, assim a lei da natureza e da caridade humana nos obriga a trazer os pagãos ao conhecimento da verdadeira religião. (Sepúlveda, 1941, p. 135-136) (tradução nossa).

Em *Demócrates Segundo*, Leopoldo questiona a opinião favorável de Demócrates ao uso da força para compelir os pagãos a receber a fé cristã, pois entende, fundamentado em Santo Agostinho e no exemplo de evangelização pacífica dos Santos Apóstolos, que isso é uma prática proibida. Demócrates esclarece que não defende o uso da força para obrigar a vontade, mas apenas para suprimir os obstáculos que se opõem à pregação do cristianismo.

Não digo que os batize à força, mas apenas que enquanto dependem de nós devemos afastá-los do precipício e lhes mostrar o caminho da verdade por meio de ensinamentos piedosos e da pregação evangélica, e não parece que isso possa ser feito de outro

modo senão submetendo-os ao nosso domínio. (Sepúlveda, 1941, p. 139) (tradução nossa).

Na seqüência, argumenta que, de fato, nos primeiros tempos da Igreja não era necessário fazer uso da força para a pregação do Evangelho, pois o exemplo da fé dos apóstolos, dos milagres, os dons das línguas e outras virtudes eram suficientes para atrair os infiéis ao cristianismo. Contudo, na medida em que a Igreja se expandiu para todos os cantos do mundo, tornou-se necessário usar o poder adquirido não só para convidar, mas para obrigar os infiéis ao bem, como exigido pela lei natural e pela lei divina, e confirmado por Santo Agostinho na interpretação que faz da parábola dos convidados à ceia, citada por Demócrates:

Isto mostrou com bastante evidência Cristo naquela parábola do convite: os convidados não quiseram comparecer e o pai de família disse ao servo: percorra as praças, as ruas da cidade e traz os pobres, os débeis, os cegos e os coxos, e disse o servo ao Senhor: já está feito como me foi ordenado e ainda existe lugar: e disse o senhor ao servo: saia pelos caminhos e pelos campos e obriga as pessoas a entrar até que encham minha casa. Repara como aos primeiros que haviam de vir disse: introduza-os e os últimos, obriga-os, significando assim os dois períodos da Igreja, o de sua origem e o do seu progresso em que já se pode empregar a força para compelir os infiéis a entrar. (Santo Agostinho, *apud* Sepúlveda, 1941, p. 145) (tradução nossa).

Essa parábola constitui a principal justificativa apresentada por Sepúlveda para defender que os índios americanos podem ser compelidos a receber o império dos cristãos. Justifica também a utilização da força como método de evangelização, pois é necessário conquistá-los para só então enviar até eles os evangelizadores, evitando-se, dessa forma, que os pregadores sejam mortos por índios não pacificados, como ocorre comumente na América. Acrescenta que a política do terror é o único meio eficaz de salvação, pois por medo os infiéis abandonam os maus costumes.

Leopoldo concorda com os argumentos de Sepúlveda, mas lhe faz nova objeção: por que as demais nações cristãs, que são também mais prudentes e poderosas do que os bárbaros índios, não puderam reivindicar do mesmo modo e com igual direito esse domínio? Sepúlveda dá uma resposta bastante complexa. Primeiro, explica que pelo direito das gentes, que dá o direito sobre as terras desertas a quem as ocupa e, por

prerrogativa do Sumo Pontífice, os espanhóis obtiveram legitimamente o império desses bárbaros. Contudo, é obrigado, pela primeira vez, a aceitar o domínio legítimo dos príncipes e reis pagãos sobre aquelas terras, pois, caso admitisse que eram de fato *res nullius* ou terra de ninguém, seria permitido a qualquer outra potência cristã reivindicar o domínio sobre elas. Chega então à conclusão de que o domínio daquele território foi transmitido aos espanhóis pelo direito das gentes não porque não pertencesse a ninguém, mas porque seus habitantes e legítimos donos careciam de um modo de vida civilizado e cristão. Assim, considerando que Cristo deu ao Sumo Pontífice o poder sobre as coisas que dizem respeito à salvação da alma, e à vida espiritual, e também sobre as temporais que dizem respeito à dimensão espiritual, o Papa Alexandre VI decidiu encarregar os reis espanhóis da submissão dos bárbaros do Novo Mundo a seu império e de levar o cristianismo e o modo de vida civilizado a esses povos, obrigando todos os cristãos a observar esses preceitos, sob pena de excomunhão. Com esse argumento, Sepúlveda legitima o poder espanhol sobre o Novo Mundo e justifica a guerra contra os índios americanos como meio necessário para levar o cristianismo até eles.

#### 6.4.8 Resposta de Las Casas ao quarto argumento

Las Casas defende que declarar guerra contra os infiéis como meio de abrir caminho à pregação do Evangelho é um ato contrário à doutrina evangélica e à prática da Igreja.

O argumento de Sepúlveda para comprovar a legitimidade do uso da força na pregação do Evangelho foi construído a partir de exemplos retirados das Sagradas Escrituras e da doutrina de grandes teólogos, principalmente Santo Agostinho. Para não entrar em confronto direto com a tradição cristã, segundo a qual ninguém pode ser obrigado a crer, Sepúlveda afirma defender o uso da força não para obrigar à fé, mas, sim, com o fim de eliminar os obstáculos à pregação do cristianismo.

Francisco de Vitória também comungava dessa opinião, defendendo a idéia de que “se os bárbaros, tantos os chefes, como o próprio povo impedirem os espanhóis de anunciar livremente o Evangelho [...] estes podem pregar-lhes mesmo contra a sua vontade [...] e se for necessário, por esta causa aceitar ou declarar guerra” (Vitória, *apud* Gutiérrez, 1995, p. 158). Outro gran-

de representante da Escola de Salamanca, Domingo de Soto, negava que era possível forçar a crer, mas reclamava o direito dos cristãos de pregar o Evangelho, mesmo diante dos obstáculos impostos pelos infiéis a essa tarefa, e de remover pela força o impedimento. Apesar da coincidência teórica, havia uma clara diferença entre Sepúlveda e os Salmantinos: enquanto estes se mostravam sensibilizados com os maus tratos infligidos aos índios e tinham uma tendência claramente pacífica, admitindo a guerra como último recurso e sem ultrapassar o que o direito e a moral permitiam; Sepúlveda defendia a guerra contra os infiéis como uma condição prévia e necessária para se iniciar a pregação, e o terror como método de evangelização, pois estava convencido de que a pregação sozinha não poderia alcançar a conversão dos índios. Em Sepúlveda “a tênue linha que separava a conversão forçada da eliminação dos obstáculos à evangelização, tornou-se invisível. A distinção é aceita da boca para fora. A afirmação de que não se pode obrigar a crer perde sua substância.” (Gutiérrez, 1995, p. 167).

A posição de Las Casas sobre esse assunto já havia sido exposta anteriormente na obra *Único modo de atrair todos os povos à verdadeira religião*, na qual foi categórico ao condenar todo e qualquer uso da força como método de evangelização dos infiéis. Nesse livro, Las Casas defende, lastreado na vida dos patriarcas e profetas bíblicos, no modelo de pregação observado ao longo da vida de Jesus Cristo e dos seus apóstolos, na palavra dos Santos doutores e na tradição e decretos da Igreja, que:

O modo estabelecido pela divina Providência para ensinar aos homens a verdadeira religião foi único, exclusivo e idêntico para todo o mundo e todos os tempos, a saber: com razões persuadir o entendimento e com suavidade atrair e exortar a vontade. E deve ser comum a todos os habitantes da terra, sem discriminação alguma em razão de seitas, erro ou costumes depravados. (Las Casas, 2005, p. 59).

Las Casas condena, inclusive, o uso da violência para destruir os obstáculos à pregação, afastando-se, nesse ponto, da opinião dos teólogos de Salamanca, pois, segundo ele, não há maior obstáculo à conversão dos índios americanos do que o contra-testemunho dado pelos cristãos ao impor-lhes o terror pelas armas.

[...] aquele que deseja induzir ou comover seus ouvintes para os fins que visa, precisa, primeiramente,

ganhar seus ânimos, tornando-os atentos, benévolos e dóceis, o que é possível com a suavidade da voz, um semblante modesto, sua expressão de mansidão e delicadeza aprazível de dicção, e uma palavra que ensine, deleite e atraia.[...] Mas se os infiéis forem ofendidos e prejudicados com as cruéis cargas das guerras e suas intoleráveis aflições e perdas, e não encontrarem suavidade de voz, semblante modesto, expressão de mansidão, delicadeza aprazível de palavras, nem nada que deleite ou atraia docemente; mas sim hostis clamores horríveis em sua confusão, rostos e olhos de aspecto amedrontador; como goelas de demônios, furores carregados de ira, próprios de homens arrebatados pela loucura; [...] Em toda parte, prantos e constantes lamentos, de que maneira conciliar seus ânimos para que ouçam as verdades da fé e da religião? Com que lenitivos e atrativos se tornarão benévolos, atentos e dóceis? [...] A própria razão ensina que, com justo motivo, se tornarão implacáveis e sempre inexoráveis, malévolos e indômitos, resistentes para ouvir algo com o nome de 'cristão' e ficando no futuro inimigos desse nome. Pois, quem será tão louco que julgue certo que tais coisas sejam feitas com os que têm, de escutar, antes de instruí-los, de modo que sintam tédio ao ouvir, não se proponham a entender e, finalmente, não gostem de crer? (Las Casas, 2005, p. 226-227).

Do exposto, nota-se que ambos os contendores se fundamentaram nas doutrinas e na tradição da Igreja para construir seus argumentos. Contudo, Las Casas alega em sua *Apologia* que Sepúlveda deturpou o sentido dos textos bíblicos por ele citados e das palavras dos Santos Doutores da Igreja, chegando falsamente à conclusão de que o uso da violência era aceita pela doutrina e pela tradição cristã.

E se Sepúlveda com seus companheiros não têm outra coisa para aduzir senão seus próprios comentários, lhe oporei o que diz textualmente São Jerônimo: '... Aqueles que talvez recorram às Sagradas Escrituras, depois das letras profanas, e agradem o ouvido do povo com estilo elegante, pensam que quando dizem é a lei de Deus; eles não se cuidam de averiguar qual foi o verdadeiro sentido dado pelos profetas e apóstolos a suas palavras, mas escolhem testemunhos nada aptos em apoio do sentido que eles dão, como se fosse importante, e não uma maneira perniciosa de ensinar, adulterar o sentido para citar caprichosamente seu próprio testemunho da Escritura, apesar de isso ser repugnante. (Las Casas, 1975, p. 316) (tradução nossa).

A resposta de Las Casas a Sepúlveda é dividida em duas partes: na primeira ele contra-ataca os exemplos das autoridades citadas por Sepúlveda a favor da persuasão pela força, mostrando os equívocos em que seu oponente incorreu; na segunda, recorre às palavras dos Santos Doutores da Igreja, muitos dos quais foram também citados por Sepúlveda, para provar que a doutrina tradicional da Igreja não aprova a evangelização dos infiéis por meio da guerra.

Para Sepúlveda, Santo Agostinho, ao explicar a parábola do banquete nupcial, concluiu que nos primeiros tempos da Igreja as pessoas deviam ser mansa e pacificamente atraídas ao cristianismo; entretanto, após crescer e ganhar força, a Igreja podia obrigar os infiéis a entrar no redil de Cristo. Para ele a expressão "obriga a entrar" estaria autorizando a coação corporal violenta do infiel. Las Casas não discorda de Santo Agostinho, mas aponta os erros de Sepúlveda ao fazer tal afirmação.

Primeiramente, essa interpretação, apesar de verdadeira, somente se aplica aos hereges, nunca aos pagãos, como são os índios. A condição dos hereges no mundo cristão era muito diferente da dos pagãos. Eles haviam prestado, espontaneamente, o voto de obediência através do batismo, e por tal ato se submeteram à jurisdição de Cristo e da Igreja. Estavam, pois, obrigados a manter a fé em Cristo e viver conforme sua lei. Por conseguinte, podiam ser obrigados pela força a cumprir sua promessa. Os pagãos não receberam a fé, nem eram súditos de Cristo, portanto, não podiam ser obrigados a cumprir uma promessa que não fizeram. Assim, a interpretação de Santo Agostinho sobre a parábola do banquete nupcial deve ser entendida da seguinte forma: nos primeiros tempos, quando a Igreja primitiva começava a germinar, somente se podia convidar os homens a abraçar a fé; após sua expansão, quando a Igreja já contava com o apoio das armas dos reis e príncipes cristãos, ela podia obrigar aqueles que haviam aceitado a fé, mas queriam abandoná-la, a permanecer no redil de Cristo. Las Casas prova que esse é o verdadeiro sentido da interpretação agostiniana citando um outro texto no qual Agostinho ensina que os hereges e os pagãos devem receber tratamento distinto.

Disse assim Santo Agostinho: 'Por acaso não é próprio da diligência pastoral usar do terror do flagelo e da dor, para conseguir que voltem ao redil do Senhor as

ovelhas encontradas, que em um primeiro momento haviam sido ganhadas não violentamente, mas branda e suavemente, mas depois se afastaram e começaram a entrar no domínio de donos alheios [...]?’ Segue dizendo depois Santo Agostinho: ‘Ao levar a cabo essa coação com tais ovelhas, a Igreja imita a seu Senhor; assim, antes de coagir, espera que se cumpra a profecia sobre a pregação dos reis e das gentes.’ [...] Que outra coisa quer dizer com essas palavras senão que a Igreja primeiramente espera que todo fiel abrace voluntariamente a fé, e se depois de abraçá-la, a abandona, esse deve ser forçado a abraçá-la novamente?’ (Las Casas, 1975, p. 346-348) (tradução nossa).

Com essa argumentação Las Casas demonstra, também, o segundo erro do seu oponente, qual seja, a ímpia interpretação da parábola do banquete feita por Sepúlveda. Expõe, ainda, o terceiro erro: a parábola não prova que Cristo teria autorizado a Igreja, após expandir-se em número de fiéis e em poder, a obrigar os homens a se converterem ao cristianismo mediante o uso da força e destruição de seus cultos, de modo que não opusessem nenhuma resistência à evangelização.

Las Casas encerra a primeira objeção que faz ao argumento de Sepúlveda com uma advertência a seu opositor sobre o modo de interpretar as Sagradas Escrituras e também com um desafio:

De fato, toda parábola pode ser comentada de muitas maneiras, admite muitas interpretações e pode referir-se a muitas coisas, conforme as diferentes analogias, de acordo com o mesmo Santo Tomás. Assim, o sentido literal, sobre o qual se fundam os demais sentidos e sob o qual não pode subjazer nenhuma falsidade, não é precisamente aquele que cada pessoa quer, mas aquele que pretende dar o Autor da Sagrada Escritura, isto é, o Espírito Santo. Não é dado a qualquer um definir esse sentido, mas somente os sagrados doutores que se sobressaem entre os demais mortais por sua doutrina e costumes. Entre todos esses doutores nenhum até agora comenta a citada parábola evangélica como o faz Sepúlveda, (...). A propósito, gostaria que Sepúlveda com seus companheiros nos mostrassem alguma passagem da Sagrada Escritura em que se comente aquela parábola evangélica como ele a comenta. (Las Casas, 1975, p. 317) (tradução nossa).

A segunda objeção de Las Casas é direcionada à alegação que faz Sepúlveda no sentido de que São Gregório teria aprovado as guerras dos cristãos contra os

infiéis com o fim de submetê-los à sua jurisdição, para assim pregar-lhes o Evangelho. Para Las Casas, novamente Sepúlveda perverte as palavras dos textos originais, pois as cartas de São Gregório não se referem às guerras feitas aos infiéis para obrigá-los a se converterem ao cristianismo, mas para recuperar terras que anteriormente foram dos cristãos — como se vê no trecho da carta escrita a Genândio, citada por Las Casas:

Pedimos ao Senhor nosso Salvador que proteja a Vossa Excelência santa e misericordientemente, para bem da república, e a conforto com a firmeza de seu braço, para que se propague mais e mais seu nome entre as gentes vizinhas. Isso mesmo é o que, com nossos melhores votos, pedimos todos os dias que o Senhor nos conceda contra os turcos e mouros que infestam a Igreja cristã; e o pedimos não apenas com o desejo de que estes se convertam ao cristianismo, mas pelo fato de que cometem injúrias contra a Igreja e possuem tiranicamente as províncias desta. (Las Casas, 1975, p. 353) (tradução nossa).

A terceira objeção diz respeito à alegação de que São Gregório, na carta 60, teria exortado o rei da Inglaterra a que destruísse a idolatria pela força, seguindo o exemplo de Constantino. Las Casas não nega o fato em si, apenas apresenta uma razão para essa exortação, omitida por Sepúlveda, qual seja: já sendo a Inglaterra um reino cristão àquela época, era dever de seu rei cuidar que seus súditos perseverassem na fé de Cristo, mesmo que para isso tivesse que usar a força e destruir os templos pagãos, proibindo o culto aos ídolos. A respeito do exemplo de Constantino, Las Casas ressalta que ele não fez guerra contra os infiéis por causa da idolatria, como afirma Sepúlveda, mas porque precisava defender seu território do ataque dos povos bárbaros e vingar as injúrias sofridas por seu povo. Além disso, vários outros povos foram convertidos pacificamente na época de Constantino, o que evidencia sua opção por esse método.

Las Casas inicia a segunda parte da resposta citando um texto de Santo Tomás com o qual pretende provar que os infiéis devem ser atraídos pacificamente à religião cristã e que o uso da força apenas os afasta desse caminho. Nesse texto, Santo Tomás explica que o Senhor pode mover cada coisa para seu fim, isto é, mudar a vontade de uma pessoa, mas de forma suave, sem forçar a vontade a aceitar a mudança, e que esse

é o único modo utilizado por Deus para atrair os homens até Ele.

Quando Deus muda a vontade de uma pessoa, o que faz é conseguir que a uma inclinação precedente suceda uma outra inclinação; assim, a primeira desaparece, e a segunda se mantém. Desta forma, aquilo a que Deus induziu a vontade do homem não é contrário à inclinação já existente, mas à inclinação que antes existia. Portanto, não se trata de coação ou violência, como podemos ver no exemplo seguinte: uma pedra, por causa da gravidade, tem em si uma inclinação de cair até o chão; se essa pedra for projetada para cima, isso será sempre uma violência a sua inclinação imanente; mas se Deus retira da pedra essa inclinação de gravidade e lhe dá a inclinação de rapidez (isto é, de privação de peso ou gravidade), nesse caso o 'subir para cima' não lhe seria violência, isto é, o movimento oposto ao natural devido à gravidade ocorreria sem violência alguma. Desta maneira devemos entender o fato de que Deus pode mudar a vontade, não forçá-la (Las Casas, 1975, p. 321) (tradução nossa).

Las Casas completa esse texto esclarecendo que a guerra é uma maneira totalmente oposta ao modo como o Senhor atrai para si as coisas criadas, uma vez que:

O entendimento humano é, pois, tal que deseja ser instruído, movido e atraído brandamente, não coagido pela força e pelas armas. Assim ensina Aristóteles que cada coisa é movida ou atraída conforme sua natureza. Deste modo, os homens naturalmente desejam ser atraídos com suavidade e brandura segundo nos demonstra a experiência e se diz no Eclesiástico (cap. 6); 'A palavra agradável multiplica os amigos e mitiga os inimigos. Uma resposta agradável quebranta a ira; as duras suscitam o furor.' (Las Casas, 1975, p. 322) (tradução nossa).

Continua sua exposição reunindo exemplos de outras autoridades da Igreja, como Santo Agostinho, São Crisóstomo e Santo Ambrósio, confirmados pelo Novo Testamento, a partir dos quais demonstra que os pagãos devem ser tratados com caridade, e que o único caminho legítimo de pregar o Evangelho e convertê-los ao cristianismo é o pacífico.

Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda esperavam ouvir dos juizes reunidos em Valladolid uma decisão definitiva acerca da justiça da guerra movida contra os índios. Contudo, ao final do debate, não foi isso o que aconteceu: quando Las Casas julgava ter vencido seu opositor, o franciscano Bernardino Arevalo tomou a defesa de Sepúlveda de forma tão brilhante que conseguiu convencer os demais juizes, já exaustos e confusos diante de argumentos tão diversos, da necessidade de novas investigações sobre a questão. Suspenderam o debate sem uma decisão coletiva, deixando, porém, a promessa de apresentar uma resposta por escrito, o que nunca foi feito.

Ambos os contendores se declararam vencedores. O fato é que os documentos disponíveis sobre a disputa não confirmam as pretensões de Vitória nem de Las Casas, nem de Sepúlveda. Contudo, é possível afirmar que a balança pende para o lado de Las Casas, pelas seguintes razões.

Embora Sepúlveda tenha exposto livremente suas idéias em Valladolid, não obteve autorização para publicar seu livro *Demócrates Segundo ou das Justas Causas da Guerra contra os Índios*, que originalmente fora o estopim da disputa. Além disso, conforme Hanke (1998), nos anos que se seguiram ao debate, apesar da diversidade de opinião e das dificuldades de ordem prática, a Coroa espanhola adotou a doutrina lascasiana de persuasão amistosa e posicionou-se contra a declaração de guerra aos índios com o fim de promover a cristianização desse povo. Uma outra evidência consiste na aprovação da Lei Básica de 1573, que regulamentou a conquista espanhola e as futuras descobertas, substituindo toda a regulamentação existente sobre a conquista desde o Requerimento de 1513, e que incorporou muitas das idéias de Las Casas ao seu texto.

De Las Casas vem, evidentemente, a suavidade. A escravidão é banida, assim como a violência, exceto em caso de extrema necessidade. A 'pacificação' e a gestão ulterior devem ser realizadas com moderação, e os impostos devem ser razoáveis. Também devem ser mantidos os chefes locais, contanto que aceitem servir aos interesses da coroa. A própria conversão não deve ser imposta, mas somente proposta; os índios só devem abraçar a religião cristã de livre e espontânea vontade. (Todorov, 1996, p. 170-171).

Contudo, examinando o texto da Lei de 1573, percebe-se que algumas idéias de Sepúlveda foram ali acolhidas. Nesse documento o processo de colonização era tratado como algo benéfico aos índios e como uma obrigação para a Coroa espanhola de levar aos povos americanos costumes mais civilizados e a religião cristã, como muitas vezes Sepúlveda afirmou em *Demócrates Segundo*. Além disso, aprovava o uso da força contra os índios, mas apenas em dois casos: após esgotadas todas as tentativas de pregação do Evangelho de forma pacífica, e com o menor dano possível; e no caso daqueles povos se recusarem a aceitar os benefícios da colonização espanhola, ou seja, se se opusessem à colonização.

A Lei Básica de 1573 foi, de fato, um avanço na proteção dos direitos indígenas, notadamente em relação ao *Requerimiento* de 1513. No entanto, a leitura do texto das ordenanças, leva à conclusão de que a intenção e o objetivo geral do *Requerimiento* se mantiveram os mesmos: a submissão do Novo Mundo à Coroa espanhola. Conforme Todorov (1996), o texto é explícito nesse ponto, pois não proíbe a conquista, mas apenas o uso da palavra “conquista”; e a “pacificação” não passa de outra palavra para designar a conquista: “Não se deve chamar as descobertas de conquistas. Como queremos que sejam feitas pacificamente e caridosamente, não queremos que o uso da palavra ‘conquista’ sirva de desculpa para o emprego da força ou para os danos causados aos índios.” (Todorov, 1996, p. 170).

Essas foram as conseqüências imediatas do debate.

É importante assinalar que as idéias de Sepúlveda e Las Casas influenciaram os séculos seguintes, mantendo o debate aceso. Assim, os argumentos de Sepúlveda sobre o domínio que os homens superiores devem exercer sobre os inferiores inspirou o desenvolvimento de teorias colonialistas que, justificadas na superioridade de um povo sobre outro, perduraram por séculos. A sociedade colonial concebida por Sepúlveda, na qual os “homúnculos americanos” deveriam se submeter permanentemente aos espanhóis, homens superiores em sabedoria, prudência e virtude, serviu de exemplo para os modelos colonialistas europeus na América Latina e na África, vigentes até poucas décadas atrás.

Mas a defesa do índio levou Las Casas bem mais longe: o reconhecimento dos direitos individuais de todo ser humano.

Las Casas, juntando-se aos teólogos de Salamanca, formulou uma doutrina de direitos naturais universais derivada da doutrina de Santo Tomás de Aquino, ou seja, da afirmação de que todos os homens são originariamente livres em virtude de sua natureza racional, e do princípio cristão segundo o qual todos os homens são iguais, uma vez que foram feitos à imagem de Deus, e que pode ser sintetizada na seguinte fórmula: “todas as pessoas do mundo são humanas e há somente uma definição de todos os humanos e de cada um, que é que eles são racionais. Assim, todas as raças da humanidade são uma.” (Las Casas *apud* Tierney, 1997, p. 273).

Deste modo, a partir da lei racional de Santo Tomás, Las Casas afirma a existência de um direito natural à liberdade inerente a todo ser humano, conforme se pode ver no texto seguinte:

Considerando que, por natureza, todos os homens são iguais, Deus não faz uns servos de outros, mas a todos concede uma igual liberdade, e o motivo é que a natureza racional, segundo Santo Tomás, lhe é própria, não se orienta a outro ser como a sua finalidade, como o homem ao homem. De fato a liberdade é um direito ínsito aos homens, de modo necessário, e por si. Desde a origem da natureza racional e, por isso, de direito natural, como se afirma no *Decretum Gratiani*: existe uma única liberdade para todos. (Las Casas, *apud* Tosi, 1998, p. 259) (tradução não publicada de Antônio Artur Barros Mendes e Julliana Paollineli).

Segundo Tierney (1997), a doutrina dos direitos naturais lascasiana acrescentou ao tomismo, da mesma forma que os salmantinos, um novo significado à palavra “direito”, que passa a ser concebido como uma espécie de poder ou faculdade, ou seja, um direito subjetivo. Las Casas, portanto, não usa a palavra “direito” apenas para designar aquilo que é justo, ou uma obrigação relacional objetiva, mas também “o direito de fazer alguma coisa.” Contudo, existe uma diferença fundamental entre a doutrina dos direitos naturais subjetivos lascasiana e a dos teólogos de Salamanca: Las Casas tratou a questão a partir dos princípios da teologia, apelando também para princípios legais, enquanto os salmantinos construíram sua doutrina embasados apenas na teologia moral. Dessa forma, “apelando para princípios bem estabelecidos específicos da lei ele pôde adicionar carne e osso e músculo ao conceito teórico de direitos naturais que tinha sido desenvolvido nas escolas.”

(Tierney, 1997, p. 281) (tradução não publicada de Marcos Flávio de Oliveira).

A doutrina dos direitos subjetivos naturais permitiu a Las Casas afirmar que todo ser humano é um sujeito de direito. Conseqüentemente, os índios tinham, pelo fato de serem criaturas racionais, os mesmos direitos que os cristãos, como o direito à liberdade e à propriedade. Por esse motivo, autores como Carlos Josaphat e Angel Losada vêem em Las Casas o precursor dos modernos direitos humanos.

## 8 Conclusão

A descoberta repentina de um continente inteiro com uma população de características físicas, sociais, culturais e religiosas tão diferentes das dos europeus fez surgir um grave problema para os teólogos do séc. XVI: como conciliar a doutrina cristã do direito natural, segundo a qual todos os homens tinham, por força de sua natureza racional, consciência dos princípios básicos da lei natural de Deus — inclusive aqueles homens que não conheciam o cristianismo —, com o surgimento de uma vasta população que possuía costumes que eram considerados verdadeiros crimes contra a lei natural? Não cabia aos teólogos tentar descobrir por que Deus permitira a existência de tais homens, mas, sim, como fazer para incluir esses seres no mundo cristão, retirando-os do estado de paganismo e de pecado em que se encontravam.

Havia duas possíveis respostas para a questão: uma, fundamentada em Aristóteles, permitia aos europeus afirmar que aqueles povos eram seres permanentemente inferiores, que não desenvolveram plenamente suas características humanas, devendo, por isso, se submeter ao domínio de homens superiores, para que lhes fossem ensinados a fé cristã e costumes mais civilizados; a outra resposta, baseada nas Sagradas Escrituras, explicava que os costumes contra a natureza tinham sua origem no pecado original, que deturpou a imagem de Deus, cabendo aos missionários espanhóis reparar esse mal atraindo os índios para o cristianismo, através, apenas, da pregação pacífica da palavra de Cristo.

A teoria aristotélica da escravidão natural havia sido acolhida por muitos teólogos para justificar o domínio da Coroa espanhola sobre o Novo Mundo. O principal defensor dessa teoria era Juan Ginés de

Sepúlveda. Ele retomou a teoria aristotélica e a aplicou literalmente aos índios. Para Sepúlveda, os índios eram seres inferiores, pessoas de limitada inteligência e de costumes bárbaros e inumanos. Logo, correspondiam à descrição feita por Aristóteles do homem escravo por natureza. Deviam, portanto, submeter-se aos homens mais prudentes e sábios, os espanhóis, pois é conforme a natureza o domínio da perfeição sobre a imperfeição. Caso recusassem esse domínio, poderiam ser forçados pelas armas a obedecer. Sepúlveda destaca alguns aspectos do comportamento indígena, que considera provas de sua inferioridade, e os aponta como causas justas para se mover guerra contra os índios. São eles: os índios praticam sacrifícios humanos, canibalismo e idolatria, cometendo, assim, crimes contra a lei natural. Diante dessa situação, cabe aos cristãos interceder a favor dos inocentes para salvá-los de tal sorte, sendo justa a guerra com esse fim. A guerra contra os índios também é justificada como meio de abrir caminho para a difusão do cristianismo, retirando os obstáculos ao trabalho dos missionários. Portanto, através da força os índios seriam levados a costumes mais pacíficos e ao cristianismo.

Pelo exposto, percebemos que Sepúlveda utilizou a teoria da escravidão natural a serviço da doutrina da guerra justa e da expansão do império espanhol e, conseqüentemente, do próprio cristianismo.

Aliás, como ressalta Tosi (1998), sempre foi uma constante na vida e obra de Sepúlveda estar a serviço dos poderosos. E esse fato é importante para compreendermos a leitura que faz de Aristóteles: “o pensamento aristotélico é colocado a serviço do projeto imperialístico de Sepúlveda.” (Tosi, 1998, p. 224) (tradução não publicada de Antonio Arthur Barros Mendes e Julliana Paollineli). Isso explica porque Sepúlveda, que conhecia profundamente a filosofia aristotélica, não questionou alguns aspectos da teoria da escravidão natural que entravam em conflito com os princípios gerais do pensamento do Estagirita e que, uma vez analisados, demonstram que Aristóteles não conseguiu provar de forma coerente a existência de escravos por natureza, e, muito menos, que pudesse um povo inteiro ostentar tal condição. Explica, também, porque expôs apenas os argumentos e conclusões do Estagirita, omitindo a problematização da questão, que é essencial para compreendermos o contexto em que se insere a teoria da escravidão natural: a intenção do Filósofo grego era encontrar uma justificativa para a escravidão legal que não fosse a

violência. Esclarece, ainda, porque Sepúlveda não procurou tornar a teoria da escravidão natural compatível com o cristianismo, como outros autores fizeram.

Portanto, Sepúlveda não estava interessado em construir um substrato teórico para justificar a conquista — a qual, na verdade, em nenhum momento questiona —, ou em elaborar uma doutrina indiana, como os teólogos de Salamanca. Ele viu na aplicação da teoria da escravidão natural um argumento forte para defender os interesses dos conquistadores e justificar o uso da violência para submeter os índios a seu domínio: a superioridade cultural dos espanhóis. Hanke nos traz algumas provas desse comprometimento de Sepúlveda com o processo de conquista:

O conselho do México, a mais rica e importante cidade de todas as Índias; em 8 de fevereiro de 1554, votou para que a Sepúlveda ‘enviem algumas jóias e ouro até o valor de duzentos pesos,’ como um reconhecimento de gratidão pelo que Sepúlveda havia feito em seu nome e ‘para animar-lhe no futuro a que prossiga’ Não se sabe se recebeu os presentes, mas se os recebeu, os acolheu de bom grado, pois Sepúlveda se preocupava desde cedo em aumentar seus bens. Angel Losada, seu grande biógrafo, o descreve como um ‘homem entregue de corpo e alma aos negócios,’ e acrescenta que a pessoa que consultar os inumeráveis documentos relacionados com a vida de Sepúlveda no Arquivo de Protocolos, em Córdoba, chegará à conclusão de que ‘não fez outra coisa na vida que comprar, vender, arrendar e acumular sobre si benefícios eclesiásticos.’ (Hanke, 1958, p. 81) (tradução nossa).

Las Casas, por outro lado, se opõe à aplicação da teoria da escravidão natural aos índios, bem como ao uso da força para convertê-los ao cristianismo. Baseado em argumentos aristotélico-tomistas, esclarece que existem quatro tipos possíveis de bárbaros, mas somente aquele que vive como um selvagem, estranho à razão, e que não participa de uma sociedade ordenada é o bárbaro a que Aristóteles chama de “escravo por natureza”. Os índios são seres racionais e possuem governos próprios: portanto, não podem ser classificados como escravos naturais. Ademais, a existência de um povo inteiro com tais características significaria uma falha na obra de Deus, o que é inaceitável. Além disso, eles também são seres humanos feitos à imagem de Deus, que devem ser amados pelos cristãos como seus próximos, e não caçados como animais. Las Casas não

hesita em afastar-se da filosofia aristotélica naquilo em que ela contraria os princípios do cristianismo.

Quanto às demais causas de guerra justa, Las Casas argumenta que os cristãos não podem punir os pagãos por seus crimes contra a lei natural, nem a eles declarar guerra para evitar que tais crimes aconteçam, pois nem a Igreja, nem os seus príncipes, têm jurisdição sobre os índios. Contudo, apesar de não contestar o poder do Papa e do rei espanhol, Las Casas defende que os índios deveriam voluntariamente aceitar essa jurisdição. Além do mais, Las Casas tinha a convicção de que o único modo de converter os índios ao cristianismo era através da persuasão, sem nenhuma violência, atraindo-os com delicadeza e suavidade.

Por fim, a originalidade do pensamento de Las Casas está na afirmação de que os índios, por direito natural, são livres e possuem um domínio legítimo de seus bens. Ele chega a essa conclusão a partir da doutrina tomista que considera todos os homens originalmente livres em virtude de sua natureza racional e do princípio cristão segundo o qual todos os homens são iguais.

## Referências

- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução Alexandre Corrêa. São Paulo: Indústria Gráfica Siqueira, 1954. v.15.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- BRUGNERA, Nedilson Lauro. *A escravidão em Aristóteles*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.
- CHAUNU, Pierre. *História da América Latina*. Tradução Miguel Urbano Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FERREIRA, João Francisco *et al.* *Fragments de Cortés, Bernal, Las Casas e Garcilaso*. Compilado por João Francisco Ferreira. Porto Alegre: Faculdade de Filosofia, 1958.
- GARCIA-PELAYO. Introducción. *In: Sepúlveda, Juan Ginés de. Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económica, 1941.

- GUTIÉRREZ, Gustavo. *Em busca dos pobres de Jesus Cristo: o pensamento de Bartolomeu de Las Casas*. Tradução Sérgio José Schirato. São Paulo: Paulus, 1995.
- HANKE, Lewis. *El prejuicio racial en el Nuevo Mundo: Aristoteles y los indios de hispanoamerica*. Traducción Marina Orellana. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1958.
- HANNAH, Arendt. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- HÖFFNER, Joseph. *Colonização e Evangelho: ética da colonização espanhola no século de ouro*. Rio de Janeiro: Editora Presença, 1977.
- JOSAPHAT, Carlos, OP. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Loyola, 2000.
- JOSAPHAT, Carlos, OP. *Las Casas: Deus no outro, no social e na luta*. São Paulo: Paulus, 2005.
- LAS CASAS, Bartolomeu de. Apologia. In: LOSADA, Angel.(trad). *Apologia*: de Juan Ginés de Sepúlveda contra Fray Bartolomé de Las Casas y de Las Casas contra Juan Ginés de Sepúlveda. Madrid: Editora Nacional, 1975.
- LAS CASAS, Bartolomeu de. *Brevíssima relação da destruição das Índias: o paraíso destruído*. Tradução de Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L&PM, 1984.
- LAS CASAS, Bartolomeu de. *Único modo de atrair todos os povos à verdadeira religião*. Tradução Noelia Gigli; Hélio Lucas. São Paulo: Paulus, 2005.
- LOSADA, Angel. (trad.). *Apologia*: de Juan Ginés de Sepúlveda contra Fray Bartolomé de Las Casas y de Fray Bartolomé de Las Casas contra Juan Ginés de Sepúlveda. Madrid: Editora Nacional, 1975.
- NERUDA, Pablo. *Canto Geral*. Tradução Paulo Mendes Campos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- PHILIPPE, Marie-Dominique. *Introdução à filosofia de Aristóteles*. Tradução Gabriel Hibon. São Paulo: Paulus, 2002.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: filosofia pagã antiga, v.1*. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: patrística e escolástica, v.2*. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.
- SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. Apologia. In: LOSADA, Angel.(trad). *Apologia* : de Juan Ginés de Sepúlveda contra o Fray Bartolomé de Las Casas y de Fray Bartolomé de Las Casas contra Juan Ginés de Sepúlveda. Madrid: Editora Nacional, 1975.
- SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. *Epistolario*. Traducción Angel Losada. Madrid: Ediciones Cultura Hispanica del Centro Iberoamericano de Cooperación. 1979.
- SEPÚLVEDA, Juan Gines de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económica, 1941.
- SOTO, Domingo de. OP. *Tratado de la justicia y el derecho*, tomo 1. Madrid: Editorial Reus, 1922.
- SOTO, Domingo de. OP. *Tratado de la justicia y el derecho*, tomo 2. Madrid: Editorial Reus, 1926.
- TIERNEY, Brian. *The idea of natural rights*. Grand Rapids/Cambridge: William B. Eerdmans publishing Company, 1997.
- TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução Beatriz Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- TOSI, Giuseppe. *Aristóteles e a escravidão natural*. Boletim do CPA, Campinas, n. 15, p. 71-100, jan./jun.2003.
- TOSI, Giuseppe. “Verdadeiros donos” ou “servos naturais”?: a teoria da escravidão natural no debate sobre o Novo Mundo (1510-1573). Tradução não publicada de Antonio Artur Barros Mendes; Julliana Paollineli.1998. 371 f. Tese – Universita degli studi di Padova.
- ZAVALA, Silvio Arturo. *La defensa de los derechos del hombre em América Latina* (siglos XVI- XVIII). Paris: UNESCO, 1963.



# Corte Especial

---

## Mandado de Segurança

**2006.01.00.041737-3/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes  
Impetrante: Maria Ignez Cardoso Hauy  
Advogada: Dra. Terezinha Antunes Fonseca  
Impetrado: Desembargador Federal Presidente da Comissão Examinadora do XII Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Federal Substituto da 1ª Região  
Publicação: DJ 2 de 02/03/2007

---

## Ementa

*Processual Civil. Mandado de segurança. Concurso público para juiz federal substituto. Recurso desmotivado. Suprimento tardio da deficiência. Não conhecimento. Inexistência de ilegalidade.*

I – Não há nenhuma ilegalidade no ato, praticado por presidente de comissão examinadora, que, em primeiro, não conhece de recurso administrativo interposto pela candidata, com pretensão de elevação de nota, sem a motivação exigida pelo edital; e, em segundo, também não conhece de petição que, apresentada fora do prazo, pretende serodidamente suprir a fundamentação não apresentada em tempo útil.

II – Denegação da segurança.

## Acórdão

Decide a Corte Especial denegar a segurança, à unanimidade.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 15/02/2007.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

---

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: —  
Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Maria Ignez Cardoso Hauy, brasileira, casada, advogada, residente em São Paulo/SP, contra ato praticado pelo Presidente da Comissão Examinadora do XII Concurso Público para Juiz Federal Substituto deste Tribunal Regional, o Des. Federal Tourinho Neto, que não conheceu, por falta de fundamentação, do recurso de revisão interposto pela impetrante contra o resultado obtido na primeira prova escrita, na qual, de uma escala de 1 a 100 pontos, obtivera apenas 0,10 (um décimo). Busca a impetrante a alteração do gabarito atribuído a 60 (sessenta) questões, em ordem a que a sua nota seja elevada de 0,10 (um décimo) para

6,1 (seis pontos e um décimo), o que autorizaria o seu prosseguimento no certame.

Sustenta, em síntese, que não teve seu recurso administrativo conhecido pela Comissão do Concurso, por falta de fundamentação, mas, diante disso, suprira a deficiência apontada e reiterou o pedido de alteração na nota obtida, em petição intitulada “Recurso de Revisão”, que igualmente restou indeferido, agora por intempestividade. Afirma, outrossim, que houve violação ao art. 5º, *caput*, da Constituição, e aos seus incisos XXXIV e XXXV, bem como ao art. 25, § 1º, do Regulamento do Concurso.

Despachando o pedido em plantão, em 03/11/2006, a Des. Federal Assusete Magalhães, Presidente desta Casa, indeferiu a liminar (fls. 71-72). Presta informações a autoridade requerida, afirmando que o

recurso da candidata não foi conhecido por falta de fundamentação, haja vista que a recorrente limitou-se, em sua petição de recurso, a indicar o número da questão e a alternativa que entendia correta, sem, contudo, fazer nenhuma consideração ou oferecer qualquer argumento que justificasse tal entendimento; e que, posteriormente, em 01/11/2006, a candidata atravessou nova petição intitulada “Recurso de Revisão”, com 61 (sessenta e uma) folhas anexas, destacando que agora — na oportunidade — as respostas estariam com fundamentação, petição que também foi indeferida, em razão da intempestividade.

Com vista dos autos, o órgão do Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Augusto Aras (fls. 85-87), opina pela extinção do processo sem resolução do mérito, dada a impossibilidade de ter a medida resultado útil, em face do andamento do cronograma do concurso, que já se aproxima da prova oral; ou, sucessivamente, pela denegação da segurança.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Não há nenhuma razão na irresignação da impetrante, com a devida licença, inconformidade que, se bem examinada na etapa inaugural, poderia ter sido abortada liminarmente.

Como ressaltam as informações — não contrariadas pela documentação que instrui a inicial —, embora a sua manifestação recursal fosse tempestiva, a recorrente limitou-se a indicar o número da questão impugnada e a alternativa que entendia correta, sem, contudo, fazer nenhuma consideração ou oferecer qualquer argumento que justificasse tal entendimento, o que levou ao despacho de não conhecimento, pois obviamente — e as normas do certame são peremptórias no

ponto — o recurso deveria ser fundamentado. Com efeito, assim dispõe o art. 41, § 2º, do Regulamento:

Art. 41 O candidato terá prazo de cinco dias, a contar da publicação, no Diário da Justiça, de cada edital com o resultado das provas escritas, para requerer vista de prova e interpor recurso, que será julgado pela Comissão Examinadora no prazo de dez dias úteis.

§ 1º *omissis*

§ 2º Os recursos deverão ser motivados, sob pena de não serem conhecidos, com a identificação somente após o julgamento pela Comissão Examinadora.

§ 3º A Presidência publicará edital, na forma do art. 6º, comunicando as decisões da Comissão Examinadora, das quais não caberá recurso.

Depois, em 01/11/2006, completamente fora do prazo recursal, a candidata atravessou nova petição intitulada “Recurso de Revisão”, com 61 (sessenta e uma) folhas anexas, destacando que agora — na oportunidade — as respostas estariam com fundamentação, petição que também foi indeferida, em razão da intempestividade, como consta do despacho de fl. 82, enfatizando que o candidato, nos termos do art. 41 do Regulamento do Concurso, dispõe do prazo de 5 (cinco) dias, contado da publicação do resultado da prova no Diário da Justiça, para manifestar recurso.

Assim resumida a contenda, resta evidente que o ato fustigado está em perfeita sintonia com a regência normativa, nada tendo de ilegal e abusivo que justifique o manejo do mandado de segurança. Aliás, e argumentando por abundância, a peça que a impetrante apresenta como fundamentação do recurso nada contém que mereça esse nome, pois se limita a juntar uma folha de papel para cada questão, na qual escreve duas linhas com irresignações genéricas, como se não tivesse nenhuma noção do que seja a fundamentação de um recurso. (Cf. peças documentais de fls. 10 a 70.)

Quando assim não fosse, é cediço na jurisprudência que ao Judiciário é vedado substituir-se aos membros da comissão examinadora na formulação e na avaliação de mérito das questões do concurso público, limitando-se sua interferência ao exame da legalidade do edital e dos atos administrativos praticados na aplicação do certame. Sua interferência, no nível do mérito das questões, somente pode ser admitida em casos excepcionais, se demonstrado o erro jurídico grosseiro na sua formulação, o que, além de não ter

---

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Carlos Olavo, Carlos Moreira Alves, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Souza Prudente e Leomar Amorim. Impedidos os Des. Federais Tourinho Neto, Luciano Tolentino Amaral e João Batista Moreira. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães, Carlos Fernando Mathias e Hilton Queiroz. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Cândido Ribeiro, Mário César Ribeiro e José Amílcar Machado.

sido demonstrado minimamente na impetração, não se dá na hipótese.

Pode-se dizer que, em face do adiantado do concurso, que já se aproxima da etapa das provas orais, a hipótese seria de extinção do processo sem resolução do mérito, dada a impossibilidade de reversão dos fatos, mesmo na hipótese de concessão da segurança, tal como opina de início a Procuradoria Regional da República. Mas, apesar do acerto técnico da premissa, tenho que se deve julgar o mérito, para solucionar de vez a contenda, e mesmo para que fique demonstrado, a quem interessar possa — quem sabe também à própria impetrante —, a total indigência técnica da impetração, que se aproxima do bizarro, com a devida vênia.

Diante do exposto — nenhuma ilegalidade no ato impugnado, que está em total sintonia com a legislação reitora da espécie —, denego o mandado de segurança. Custas pela impetrante. Honorários advocatícios incabíveis. (Súmulas 105 – STJ e 512 – STF.)

É o voto.

# Primeira Seção

## Mandado de Segurança

2006.01.00.001887-2/MG

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Relator:	O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
Impetrante:	Antônio de Paula Oliveira
Advogados:	Dr. Antônio de Paula Oliveira e outros
Impetrado:	Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Litisconsorte Passiva:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação:	DJ 2 de 02/03/2007

## Ementa

*Mandado de segurança. Juiz federal aposentado. Vantagem do art. 192, I, da Lei 8.112/1990. Vencimentos do cargo imediatamente superior. EC 41/2003. Lei 11.143/2005. Resolução 306/2005 STF. Implemento e escalonamento dos subsídios. Novo regime remuneratório. Preservação do direito assegurado no ato de aposentadoria. Subsídio de Juiz de Tribunal Regional Federal. Situação consolidada consoante legislação então em vigor. Direito adquirido. Segurança concedida.*

I – A pretensão do impetrante em manter, após o novo regime remuneratório estabelecido pela EC/41 e implementado pela Lei 11.143/2005, com a definição do valor dos subsídios, o direito ao benefício do art. 192, I, da Lei 8.112/1990, de perceber proventos com base na remuneração do cargo imediatamente superior, não se resume ao exame acerca da possibilidade ou impossibilidade de se alterar o regime remuneratório dos servidores públicos. Na verdade vai além desta discussão, aliás, já superada pela orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

II – Não tenho a convicção quanto a inserir no conceito de regime jurídico, mutável, a percepção da vantagem prevista no art. 192, I, da Lei 8.112/1990. Tratava-se, por opção legislativa existente deste a Lei 1.711/1952, de benefício ao servidor que, contando tempo para aposentadoria integral, fosse contemplado com proventos equivalentes ao cargo imediatamente superior. Assim, situação específica, para a qual existiam requisitos próprios a serem atendidos como condição para implementação do respectivo direito. Espécie de promoção quando da inatividade.

III – Sob outro aspecto, esta específica vantagem percebida pelo impetrante, que deixou de ser contemplada na legislação apenas a partir de dezembro de 1997, com a Lei 9.527, mas mantida para o servidor que a adquiriu, não se mostra incompatível com o novo regime remuneratório implementado com a Lei 11.143/2005, através de subsídios, definidos em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, tal como estabelece o art. 39, § 4º, da CF/1988.

IV – Não é incompatível porque esta vantagem ou benefício deferido ao Impetrante não correspondia, propriamente, a prestação autônoma, tal como eram os adicionais por tempo de serviço, verba de representação, ou qualquer outra modalidade de gratificação existente, adicionados aos vencimentos ou proventos sob a forma de acréscimo, percentual ou não. Tratava-se, na precisa disciplina do art. 192, I, da Lei 8.112/1990, de direito a proventos correspondentes aos vencimentos do padrão de classe imediatamente superior àquela em que se encontrava posicionado.

V – Ao se aposentar em fevereiro de 1997, o impetrante consolidou todos os requisitos legalmente estabelecidos para fazer jus a proventos correspondentes aos vencimentos de Juiz de Tribunal Regional Federal, cargo imediatamente superior àquela em que posicionado. Qualquer que fosse o valor, a forma de calcular sua composição

ou a denominação da remuneração atribuída a Juiz de Tribunal Regional, a ela o Impetrante faria jus, porquanto esse direito adquiriu em conformidade com a lei vigente à época de sua aposentadoria. Aliás, assim foi paga até dezembro de 2004.

VI – Por igual razão, qualquer que seja, atualmente, o valor, a forma de calcular sua composição ou a denominação que se atribua à remuneração de Juiz de Tribunal Regional Federal, sendo parcela única, denominada de subsídio e limitada a determinado referencial, é fato irrelevante para modificar o direito definitivamente incorporado ao patrimônio do Impetrante, já que como antes, há distinção entre os mesmos cargos de Juiz Substituto, Juiz Federal e Juiz de Tribunal Regional, com a mesma distinção de subsídios. E o direito que o Impetrante adquiriu quando implementou os requisitos para aposentadoria integral, à luz da legislação então vigente, não foi quanto à forma em que definido seus proventos. Fosse qual fosse esta forma, o direito era quanto a proventos equivalentes a Juiz de Tribunal Regional Federal.

VII – O direito adquirido pelo impetrante, nunca foi de natureza constitucional, nem antes e muito menos após a EC 41/2003, que dele não cuidou, de maneira que se pudesse compreender sua extinção em face de nova ordem constitucional com ele incompatível. Trata-se, como qualquer outra situação, a merecer a preservação quanto à sua intangibilidade, ante a norma do art. 5º, XXXVI, da CF/1988, segundo a qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

VIII – Não fossem por estas razões, mereceria o ato coator censura por ofensivo ao princípio constitucional que assegura a irredutibilidade de vencimentos, proventos ou subsídios (art. 37, XI e XIV). Com a vigência da Lei 11.143/2005, o Impetrante teve seus proventos reduzidos ao equivalente valor do subsídio de Juiz Federal, não obstante percebesse antes, por garantia legal, proventos equivalentes a Juiz de Tribunal. Ainda que se possa afirmar ser o valor dos proventos percebidos pelo Impetrante, após o implemento do novo regime remuneratório com a fixação do valor dos subsídios, nominalmente superior ao valor dos proventos antes percebidos, é equivocada a afirmação de que não tivesse experimentado decesso remuneratório.

IX – A evolução no valor dos subsídios, em relação aos vencimentos, decorreu de aumento experimentado por toda a categoria, indistintamente. Mesmo após a implementação do novo regime remuneratório, com a incorporação de todas as parcelas autônomas que integravam a remuneração, o escalonamento estabelecido pela Resolução 306/2005 STF, como não poderia deixar de ser porque decorrente de imposição legal, definiu o valor do subsídio para Juiz de Tribunal Regional no valor de R\$ 19.403,75, ao passo que o Impetrante passou a receber proventos no valor de R\$ 18.433,56, definidos para Juiz Federal.

X – A recondução do Impetrante, em termos remuneratórios, ao cargo de origem, além de ofensivo a situação jurídica já consolidada desde fevereiro de 1.997, implicou, também, em redução de proventos, porquanto passou a ter por referencial para cálculo, cargo de remuneração inferior ao qual antes era remunerado.

XI – Segurança concedida para reconhecer ao Impetrante o direito de perceber, a partir de janeiro de 2005, data de vigência da Lei 11.143, de 27/07/2005, proventos calculados com base no subsídio de Juiz de Tribunal Regional Federal, ficando, porém, os efeitos financeiros decorrentes da concessão desta segurança, restritos à data da impetração, a partir de quando deverão ser pagas as prestações devidas, monetariamente corrigidas por índices oficiais, acrescidas de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, estes a partir da notificação da autoridade impetrada.

## Acórdão

Decide a Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Juiz Federal Relator convocado.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 30/01/2007.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:* — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Antônio de Paula Oliveira, juiz federal aposentado, contra ato atribuído ao Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária de Minas Gerais, o qual, na qualidade de ordenador de despesas, efetivou o pagamento dos proventos em valor equivalente aos subsídios de juiz federal titular, a partir da vigência de janeiro de 2005,

Afirma tratar-se de ato ilegal porquanto sua aposentadoria, ocorrida em 02/07/1997, foi deferida com a vantagem então prevista no art. 192, I, da Lei 8.112/1990, que assegurava o direito aos proventos, com base na remuneração do padrão de classe imediatamente superior àquela que se encontrava posicionado. Assim, aposentou-se com proventos equivalentes a de juiz do Tribunal Regional Federal.

Não obstante, após a promulgação da Lei 11.143, de 26/06/2005, que estabeleceu o valor do subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal, bem como a Resolução 306/STF, de 27/06/2005, que a regulamentou, estabelecendo o escalonamento dos subsídios para os demais órgãos do Poder Judiciário, seus proventos passaram a ser pagos no valor de R\$ 18.433,56, correspondente para o cargo de Juiz Federal.

Ressalta que o novo critério de remuneração implicou violação ao disposto no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, segundo o qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem como à garantia de irredutibilidade de vencimentos, estabelecida no art. 37, XV, da mesma Constituição.

Assim, o ato de aposentadoria foi expedido em estrita conformidade às normas constitucionais e legais vigentes à época, de forma que a vantagem do art. 192, I, da Lei 8.112/1990 não constituiu ilegalidade alguma, sendo direito adquirido. Como tal, não pode ser suprimido pela superveniência da legislação posterior que lhe deu novo tratamento, sob pena de implicar, também, em indevida redução no valor dos proventos.

Requeru liminar que determinasse o restabelecimento dos proventos no mesmo referencial em que deferidos, equivalentes ao subsídio de juiz do Tribunal Regional Federal, com final concessão da segurança.

Em informações prestadas às fls. 61/68, enfatizou a Autoridade Impetrada estar adstrita ao cumprimen-

to do princípio da legalidade, quando do exercício de suas atribuições. Assim, relativamente à vantagem antes prevista no art. 192, I, da Lei 8.112/1990, sempre foi paga Impetrante, sendo que a partir de agosto de 2002, sofreu redução tendo em vista a reestruturação da carreira estabelecida pela Lei 10.474, de 27/06/2002, que reduziu de 10% para 5% a diferença de subsídios entre os órgãos do Poder Judiciário Federal.

A partir da vigência da Lei 11.143, de 26/07/2005, foi implantado em folha de pagamento o subsídio dos magistrados com retroatividade a janeiro de 2005. Destarte, foram criadas as rubricas específicas para pagamento de subsídio aos juizes ativos, inativos e pensionistas civis, constituído de parcela única, vedado o acréscimo remuneratório, conforme disposto na Resolução 465, de 05/09/2005, do Conselho da Justiça Federal.

Por decisão proferida às fls. 70, foi indeferida a liminar.

Citada, a União apresentou contestação de fls. 75/80, em cujas razões reafirmou a legalidade do ato atribuído à Autoridade Impetrada, destacando que o abate-teto deve incidir sobre qualquer natureza remuneratória, independentemente de sua natureza jurídica, excepcionados, tão somente, as parcelas indenizatórias.

Em parecer de fls. 122/128, o ilustre Procurador Regional da República, Dr. Maurício Vieira Bracks, manifestou pela denegação da segurança, destacando não haver ocorrido para o Impetrante redução nominal de proventos. Mesmo após a incidência da Lei 11.143/2005, seus proventos passaram a ser superiores aos percebidos durante o regime remuneratório anterior.

Do essencial, é em síntese o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:* — Pretende-se com este mandado de segurança, seja declarada a ilegalidade de ato atribuído ao Juiz

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Carlos Moreira Alves, José Amílcar Machado, Neuza Alves e a Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocado).

Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais que, a título de cumprir o disposto na Lei 11.143/2005 e Resolução 306/2005, do STF, que a regulamentou, promoveu o pagamento dos proventos do Impetrante em valor equivalente ao subsídio de juiz federal, não obstante haver-se aposentado com proventos equivalentes ao subsídio de juiz do Tribunal Regional. Vantagem, ao tempo em que deferida a aposentadoria ao impetrante, era contemplada no art. 192, I, da Lei 8.112/1990.

O juízo acerca da procedência do pedido ora posto a exame desta Corte, prende-se à existência de fundamentos jurídicos que legitimem a persistência da vantagem deferida ao impetrante, expressa no seu ato de aposentadoria, após o novo regime remuneratório estatuído na Constituição Federal art 37, XI, e 39, § 4º, efetivamente implementado com a Lei 11.143, de 26/07/2005 e Resolução STF 306/2005, que a regulamentou.

A partir de janeiro de 2005, toda remuneração paga à magistratura, denominada subsídio, passou a se constituir de parcela única, assim escalonada na Resolução 306/STF, para os diversos órgãos do Poder Judiciário:

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, no uso das atribuições que lhe confere o inciso XVII do art. 13, combinado com o inciso I do art. 363 do Regimento Interno, e

Considerando a entrada em vigor da Lei 11.143, de 26/07/2005, publicada no *Diário Oficial da União* de 27/07/2005,

Considerando o escalonamento entre os diversos níveis da Magistratura da União previsto no art. 93, V, da Constituição Federal e no § 2º do art. 1º da Lei 10.474, de 27/06/2002,

Resolve:

Art. 1º Tornar público o subsídio mensal dos Magistrados da União a partir de 01/01/2005:

Ministro do Supremo Tribunal Federal – R\$ 21.500,00

Ministro de Tribunal Superior – R\$ 20.425,00

Juiz de Tribunal Regional e Desembargador do TJDF – R\$ 19.403,75

Juiz Federal, Juiz de Vara Trabalhista, Juiz Auditor Militar e Juiz de Direito – R\$ 18.433,56

Juiz Substituto – R\$ 17.511,88

Art. 2º Fica revogada a Resolução 257, de 10/07/2003.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

O impetrante, que até então percebia proventos correspondentes aos vencimentos de Juiz de Tribunal Regional Federal, teve o valor dos seus proventos reduzido ao previsto para o cargo de Juiz Federal, ao fundamento de ser incompatível com o subsídio, definido em parcela única conforme art. 39, § 4º, da CF/1988, o pagamento de qualquer outro acréscimo remuneratório.

Ainda não é imune a controvérsia, a compreensão acerca da aplicabilidade do novo parâmetro remuneratório na Administração Pública, em face de situações já consolidadas no período anterior à sua implementação.

Um caso específico já foi submetido ao Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 24.875-DF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11/05/2006, assim ementado:

I. Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1711/1952, combinado com o art. 250 da Lei 8.112/1990: mandado de segurança deferido, em parte.

II. Controle incidente de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal — dado o seu papel de “guarda da Constituição” — se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-AgR, 08/05/1997, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 05/08/2004, Pertence, DJ 05/08/2004; RE 102.553, 21/08/1986, Rezek, DJ 13/02/1987).

III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição.

IV. Magistrados. Subsídios, adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: arguição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/2003, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas (art. 37, XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição.

1. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma.

2. Nem da interpretação mais generosa das chamadas “cláusulas pétreas” poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos.

3. No tocante à magistratura — independentemente de cuidar-se de uma emenda constitucional — a extinção da vantagem, decorrente da instituição do subsídio em “parcela única”, a nenhum magistrado pode ter acarretado prejuízo financeiro indevido.

4. Por força do art. 65, VIII, da Loman (LC 35/1979), desde sua edição, o adicional cogitado estava limitado a 35% calculados sobre o vencimento e a representação mensal (Loman, Art. 65, § 1º), sendo que, em razão do teto constitucional primitivo estabelecido para todos os membros do Judiciário, nenhum deles poderia receber, a título de ATS, montante superior ao que percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal, com o mesmo tempo de serviço (cf. voto do Ministro Néri da Silveira, na ADIn 14, RTJ 130/475,483).

5. Se assim é — e dada a determinação do art. 8º da EC 41/2003, de que, na apuração do “valor da maior remuneração atribuída por lei (...) a Ministro do Supremo Tribunal Federal”, para fixar o teto conforme o novo art. 37, XI, da Constituição, ao vencimento e à representação do cargo, se somasse a “parcela recebida em razão do tempo de serviço” — é patente que, dessa apuração e da sua aplicação como teto dos subsídios ou proventos de todos os magistrados, não pode ter resultado prejuízo indevido no tocante ao adicional questionado.

6. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não pode o agente público opor, à guisa de direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução dela.

7. Se dessa forma se firmou quanto a normas infraconstitucionais, o mesmo se há de entender, no caso, em relação à emenda constitucional, na qual os preceitos impugnados, se efetivamente aboliram o adicional por tempo de serviço na remuneração dos magistrados e servidores pagos mediante subsídio, é que neste — o subsídio — foi absorvido o valor da vantagem.

8. Não procede, quanto ao ATS, a alegada ofensa ao princípio da isonomia, já que, para ser acolhida, a arguição pressuporia que a Constituição mesma tivesse erigido o maior ou menor tempo de serviço em fator compulsório do tratamento remuneratório dos servidores, o que não ocorre, pois o adicional correspondente não resulta da Constituição, que apenas o admite — mas, sim, de preceitos infraconstitucionais.

V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da Lei 1.711/1952, c/c o art. 250 da Lei 8.112/1990) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade.

1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos — modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas.

2. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/2003, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a “cláusula pétrea” de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário.

3. Os impetrantes — sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos —, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Compreende-se por esta decisão a reafirmação de não ser possível qualquer acréscimo remuneratório específico ou autônomo em relação ao valor do subsídio, ou além dele, seja porque definido em parcela única pelo art. 39, § 4º, da CF/1988, seja porque o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal é o referencial máximo para a remuneração da Administração Pública. Mas o valor do subsídio máximo em janeiro de 2005, estabelecido pela Resolução 306, mesmo in-

corporadas todas as vantagens percebidas de forma autônoma pelos então Ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda se mostrava inferior aos proventos dos impetrantes, que além de ex-Ministros do Supremo Tribunal, aposentaram-se com o acréscimo de 20%, à época previsto no art. 184, II, da Lei 1.711/1952, por estarem na última classe da respectiva carreira. Assim, restou preservado seu pagamento, até que consumido pelo reajuste do subsídio máximo, por implicar, na específica situação, redução nominal de vencimentos constitucionalmente vedada.

A causa de pedir no mandado de segurança ora em apreciação é diversa. Tipifica outra controvérsia acerca da efetivação do regime remuneratório implementado após a Lei 11.143/2005. Não se pretende a manutenção do mesmo regime remuneratório de outrora, com vencimentos ou proventos constituídos de diversas rubricas, nem igualmente a percepção de qualquer valor que seja autônomo à parcela única do subsídio ou que a extrapole. Pretende-se reconhecido o direito ao subsídio equivalente a Juiz de Tribunal Regional Federal, tal como reconhecido no ato de aposentadoria em conformidade com a legislação vigente à época em que publicado.

É de conhecimento corrente que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por vezes reiteradas, afirmou não existir, para o servidor, direito adquirido a determinado regime jurídico.

A controvérsia ora estabelecida, a meu sentir, não se resume à possibilidade ou impossibilidade de se alterar o regime remuneratório dos servidores públicos. Na verdade vai além desta discussão, aliás, já superada pela citada orientação jurisprudencial.

Primeiro, não tenho a convicção quanto a inserir no conceito de regime jurídico, mutável, a percepção da vantagem prevista no art. 192, I, da Lei 8.112/1990. Tratava-se, por opção legislativa existente desde a Lei 1.711/1952, de benefício ao servidor que, contando tempo para aposentadoria integral, fosse contemplado com proventos equivalentes ao cargo imediatamente superior. Pretende o impetrante que mesmo na vigência do novo regime remuneratório seja preservada específica situação, individual, constituída à luz da lei vigente ao tempo de sua aquisição. Assim, situação específica, para a qual existiam requisitos próprios a serem atendidos como condição para implementação

do respectivo direito. Espécie de promoção quando da inatividade.

Sob outro aspecto, esta específica vantagem percebida pelo impetrante, que deixou de ser contemplada na legislação apenas a partir de dezembro de 1997, com a Lei 9.527, mas mantida para o servidor que a adquiriu, até a vigência da Lei 11.143/2005, não se mostra incompatível com o novo regime remuneratório por ela implementado, através de subsídios, definidos em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, tal como estabelece o art. 39, § 4º, da CF/1988.

Não é incompatível porque esta vantagem ou benefício deferido ao Impetrante não correspondia, propriamente, a prestação autônoma, tal como eram os adicionais por tempo de serviço, verba de representação, ou qualquer outra modalidade de gratificação existente, acrescidos aos vencimentos ou proventos sob a forma, percentual ou não. Tratava-se, na precisa disciplina do art. 192, I, da Lei 8.112/1990, de direito a proventos correspondentes aos vencimentos do padrão de classe imediatamente superior àquela em que se encontrava posicionado.

Assim, ao se aposentar em fevereiro de 1997, o Impetrante consolidou todos os requisitos legalmente estabelecidos para fazer jus a proventos correspondentes aos vencimentos de Juiz de Tribunal Regional Federal, cargo imediatamente superior àquela em que posicionado. Qualquer que fosse o valor, a forma de calcular sua composição ou a denominação da remuneração atribuída a Juiz de Tribunal Regional, a ela o Impetrante fazia jus, porquanto esse direito adquiriu em conformidade com a lei vigente à época de sua aposentadoria. Aliás, assim paga até dezembro de 2004.

Por igual razão, qualquer que seja, atualmente, o valor, a forma de calcular sua composição ou a denominação que se atribua à remuneração de Juiz de Tribunal Regional Federal, sendo parcela única, denominada de subsídio e limitada a determinado referencial, é fato irrelevante para modificar o direito definitivamente incorporado ao patrimônio do Impetrante, já que, como antes, há distinção entre os mesmos cargos de Juiz Substituto, Juiz Federal e Juiz de Tribunal Regional, com a mesma distinção de subsídios. E o direito que o Impetrante adquiriu quando implementou os requisitos para aposentadoria integral, à luz da legislação

então vigente, não se resumiu à forma em que definido seus proventos. Fosse qual fosse esta forma, o direito era quanto a proventos equivalentes a Juiz de Tribunal Regional Federal.

O direito adquirido pelo impetrante nunca foi de natureza constitucional, nem antes e muito menos após a EC 41/2003, que dele também não cuidou, de maneira que se pudesse cogitar de sua possível inoponibilidade à nova disciplina remuneratória introduzida pela EC 41/2003. Trata-se, como qualquer outra situação particular, constituída definitivamente sob o regramento de determinada lei, a merecer a preservação quanto à sua intangibilidade, ante a norma do art. 5º, XXXVI, da CF/1988, segundo a qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ante esta convicção, se o impetrante adquiriu direito a proventos equivalentes aos vencimentos de juiz de Tribunal Regional Federal, porque a Lei 8.112/1990, art. 192, I, assim determinava, não se compatibiliza com a racionalidade jurídica, não compreender que o valor dos proventos, a partir da EC 41/2003 seja equivalente a subsídio de juiz de Tribunal Regional Federal, sem assim estar desrespeitando estrita observância ao regime e natureza dos subsídios, a teor do que estabelece o art. 39, §4º, da CF 1988.

Não fossem por estas razões, mereceria o ato coator censura por ofensivo ao princípio constitucional que assegura a irredutibilidade de vencimentos, proventos ou subsídios (art. 37, XI e XIV).

Ora, com a vigência da Lei 11.143/2005, o impetrante teve seus proventos reduzidos ao equivalente valor do subsídio de Juiz Federal, não obstante percebesse antes, por aquisição legal, proventos equivalentes a Juiz de Tribunal.

Ainda que se possa afirmar ser o valor dos proventos percebidos pelo Impetrante, após o implemento do novo regime remuneratório com a fixação do valor dos subsídios, nominalmente superior ao valor dos proventos antes por ele percebidos, tenho por equivocada a afirmação de que não tivesse experimentado decesso remuneratório.

Primeiro, porque a evolução no valor dos subsídios, em relação aos vencimentos, decorreu de aumento experimentado por toda a categoria, indistintamente.

Segundo, porque mesmo após a implementação do novo regime remuneratório, com a incorporação de todas as parcelas autônomas que integravam a remuneração, o escalonamento estabelecido pela Resolução 306/2005, STF, como não poderia deixar de ser porque decorrente de imposição legal, definiu o valor do subsídio para Juiz de Tribunal Regional no valor de R\$ 19.403,75, ao passo que o impetrante passou a receber proventos no valor de R\$ 18.433,56, definidos para Juiz Federal.

Logo, a recondução do impetrante, em termos remuneratórios, ao cargo de origem, além de ofensivo a situação jurídica já consolidada desde fevereiro de 1997, implicou, também, em redução de proventos, porquanto passou a ter por referencial para cálculo, cargo de remuneração inferior ao qual antes era remunerado.

A par destas razões, nas quais abrigo minha convicção quanto a ser procedente o pedido formulado neste mandado de segurança, destaco, por oportuno quanto relevante, decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, no Pedido de Providência 666, em 26/09/2006, tendo por Relator o Conselheiro Paulo Schmidt, ao responder consulta formulada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, assim, sintetizada:

O Conselho, por unanimidade, decidiu conhecer da consulta e, por maioria, decidiu responder no sentido de que remanesce o direito previsto no inciso I do art. 184 da Lei 1.711/1952, mas em relação aos magistrados de 2º e 3º graus que tiveram a vantagem remuneratória absorvida pelo novo valor do subsídio, sem causar qualquer redução nominal na remuneração, não há como ser mantida a vantagem do inciso III do art. 184 da Lei 1.711/1952, porquanto, segundo pacífica orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a regime jurídico, nos termos do voto médio proferido pelo Conselheiro Douglas Rodrigues. (...)

Do voto condutor da decisão, colhe-se a seguinte fundamentação:

Relativamente aos magistrados aposentados de primeiro grau — substitutos e titulares —, a decisão proferida pelo Conselheiro Douglas merece ser integralmente adotada, agregando-se fundamento ditado pelo texto expresso do inciso I da lei, uma vez que a aposentadoria se deu com provento correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior. Se aposentado

como juiz substituto, o provento é o correspondente ao do juiz titular; se aposentado como titular, o provento correspondente é o de juiz de segunda instância. Vale esclarecer, a bem de não gerar qualquer tipo de dúvida, que esses juízes fazem jus, após a adição da Lei 11.143/2005, a receber — como provento de aposentadoria — o valor do subsídio do cargo imediatamente superior.

(...)

Nestes termos, respondendo a consulta formulada e buscando disciplinar a matéria, além dela, voto no sentido de que aos juízes de primeiro grau que se aposentaram com a vantagem prevista nos incisos I dos arts. 184 da Lei 1.711/1952 e da Lei 8.112/1990, está assegurado o recebimento — como provento — do subsídio do cargo imediatamente superior.

São razões que também reafirmam estar a Administração autorizada a atender ao pleito formulado neste mandado de segurança, já que ilegalidade alguma haveria no pagamento dos proventos do Impetrante, com base nos subsídios de Juiz de Tribunal Regional Federal.

Ademais, a orientação externada pelo Conselho Nacional de Justiça no procedimento citado, a meu sentir, por si só já autorizava a Autoridade Impetrada a agir de forma diversa, efetivando solução administrativa para o pleito formulado. Porém, em informações solicitadas por este Relator, na data de 10/01/2007 (fls. 175), a causa determinante da impetração ainda persiste.

Por estes fundamentos, concedo a segurança para reconhecer ao Impetrante o direito de perceber, a partir de janeiro de 2005, data de vigência da Lei 11.143, de 27/07/2005, proventos calculados com base no subsídio de Juiz de Tribunal Regional Federal, ficando, porém, os efeitos financeiros decorrentes da concessão desta segurança, restrito à data da impetração, a partir de quando deverão ser pagas as prestações devidas, monetariamente corrigidas, acrescidas de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da notificação da autoridade impetrada. Sem prejuízo de o impetrante pleitear, por outra via, judicial ou administrativa, os efeitos financeiros precedentes ao ajuizamento desta ação.

Sem honorários de sucumbência (Súmula 512 do STF).

É como voto.

# Segunda Seção

---

## Mandado de Segurança

2006.01.00.043957-4/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Impetrantes: Willy Otto Jordan e outros  
Impetrante: Irani Castro  
Advogado: Dr. Ricardo Luiz de Albuquerque Meira  
Impetrado: Juízo Federal da 7ª Vara/BA  
Interessado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra  
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias  
Publicação: DJ 2 de 16/03/2007

---

## Ementa

*Processo Civil. Desapropriação. Indenização. Sentença transitada em julgado. Relativização da coisa julgada.*

I – A relativização da coisa julgada há de ser examinada *cum grano salis*, ou seja meticolosamente, com grande cautela e ponderação, a fim de não violentar a segurança jurídica, um dos pilares da Justiça, em prol do cidadão, da sociedade, e, portanto, de todos.

II – Não se pode esquecer que a lei suprema, a Constituição, é a salvação do povo (*Salus populi, suprema lex esto*).

III – O princípio constitucional do justo preço, em ação de desapropriação, não pode, *em regra*, se sobrepor ao princípio constitucional da coisa julgada, sob pena de, a qualquer tempo, voltar-se a discutir a questão do valor da indenização, seja em favor do expropriante seja em favor do expropriado, pois contra ela não se admitiria a exceção da coisa julgada. A ser assim, sempre seria possível modificar-se a sentença transitada em julgado que não fixou bem o valor do justo do preço. A segurança jurídica não mais existiria. Violado estaria o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, que trata a proteção da coisa julgada, ainda que, como dizia Augusto Teixeira de Freitas, seja “uma verdade provisória do mundo”.

IV – Não tendo a sentença violado a Constituição Federal, não sendo incompatível com as normas constitucionais ou de interpretação incompatível com a Constituição, não pode ser desconstituída mediante *querela nullitatis insanabilis*.

V – De que vale o asseguramento do direito de acesso à justiça se não se der ao indivíduo o *direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente*? Nada.

## Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, conceder a segurança impetrada por Willy Otto Jordan e Irani Castro Jordan, tendo em vista que a decisão atacada fere direito líquido e certo dos impetrantes; e julgar prejudicado o agravo regimental interposto pelo INCRA.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 21/02/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

---

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Willy Otto Jordan e Irani Castro Jordan, brasileiros, casados entre si, ele industrial, ela do lar, residentes na Rua Venezuela, 491, Bairro Jardim América, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, impetram mandado de segurança contra ato da MMa. Juíza Federal Substituta da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, Olívia Mérilin Silva, que, nos autos da ação de desapropriação 00.00.58923-3 da Fazenda Almas, situada no Município de Xique-Xique, Estado da Bahia, então de propriedade dos ora impetrantes, *com sentença já transitada em julgado*, recebeu petição do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, – rotulada de *revisão de coisa julgada inconstitucional* (fls. 162/178) – como incidente de execução, e, entendendo estarem “presentes indícios de ofensa ao princípio constitucional da justa indenização”, *determinou* “a realização de nova perícia com o fim de quantificar o valor da terra nua, incluindo aí o montante correspondente à cobertura florística”.

2. A liminar foi deferida (vol. 2, fls. 393/396). Não se conformando, o Incra interpôs agravo regimental sustentando que a decisão impugnada era passível de recurso, inclusive dotado de efeito suspensivo. No mérito, defendeu a tese da relativização da coisa julgada (fls. 441/464). Os impetrantes apresentaram contramemória (fls. 513/516).

3. O Incra contestou o pedido, alegando, preliminarmente, o não cabimento do mandado de segurança, conforme dispõe a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, entendendo que o recurso cabível seria o agravo de instrumento.

Sustenta, outrossim, que “a decisão que fixou a indenização, ainda que já tenha transitado em julgado, contém vícios de constitucionalidade que não se podem ter por sanados pelo tempo, nem acobertados pelos efeitos da imutabilidade da coisa julgada” (*sic*).

Afirma que “diante da arguição de formação de *coisa julgada inconstitucional* possível a revisão a qualquer tempo, tal como o são o ato administrativo e a lei inconstitucionais”.

Diz que, “sendo nula a sentença formada na fase de conhecimento, por insuperável vício de constitucionalidade, a coisa julgada decorrente é inexigível e está o Judiciário apto a declará-lo a qualquer tempo, através

“a) propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em outro processo, inclusive em peças defensivas” (*in* Cândido Rangel Dinamarco, *Coisa julgada inconstitucional*).

Alega que, “no caso em espécie, conquanto formalmente constituída em consonância com o regramento jurídico, e a despeito da indubitável longa duração do processo de desapropriação (não imputável ao Incra, diga-se), a coisa julgada nele formada, *data venia*, alcança as raias do absurdo, da flagrante imoralidade e injustiça”.

Conclui, dizendo:

Tal é exatamente a situação dos presentes autos em que, efetivamente, está-se diante de indenização desproporcional e desarrazoada em prejuízo do ente público e do erário. A MMa. Juíza de Primeiro Grau, em contato direto com a causa e a realidade do local de jurisdição, delineou, de modo exaustivo, as peculiaridades da lide e a relevância das argumentações da Autarquia ao deferir a realização de nova perícia.

4. A autoridade coatora prestou informações em fls. 474/480, dizendo que sua decisão não é teratológica, ilegal ou abusiva, encontrando amparo na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco e no acórdão proferido no REsp 602.636/MA, relatados pelo Ministro José Delgado, e que se baseou nos princípios da justa indenização e da moralidade pública.

5. O representante do Ministério Público, pelo Procurador Regional da República Elton Ghersel, opinou pelo cabimento do mandado de segurança, “considerando, principalmente, a excepcionalidade da decisão impugnada e a natureza altamente controversa da tese que sustenta a possibilidade de reabertura da discussão sobre o valor da indenização após o trânsito em julgado da sentença condenatória”, e, assim, entende “razoável que se dê seguimento ao *writ*, sob pena de ser necessário retomar a discussão no âmbito de agravo de instrumento, sem que isso nada venha a acrescentar ao resguardo do direito das partes”. No mérito, disse, “em resumo, não é o caso de realização de nova perícia”. Mas, afirmou que “isso não significa, entretanto, que determinadas parcelas da indenização não possam ser objeto de exame, sob o aspecto da constitucionalidade”, e que caberá ao juiz, “se entender inconstitucio-

nal uma ou mais parcelas que compõe a indenização — juízo que não se deve adiantar nesta sede, por não ser o objeto da discussão do mandado de segurança — determinar a exclusão do respectivo montante do valor da execução, o que pode ser feito por simples cálculo, prosseguindo, sem mais delongas, na obtenção da satisfação da pretensão executória”.

A final, foi pela concessão parcial da segurança “para que seja tornada sem efeito a decisão judicial que determinou a realização de nova perícia, devendo o juízo prosseguir na execução, sem prejuízo de eventual exclusão de parcelas tidas como inconstitucionais” (fls. 503/511).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1. A sentença que o Incra pretende anular é da lavra do Juiz Antônio Ezequiel da Silva, que, atualmente, compõe galhardamente este Tribunal, e foi proferida em 26/09/1988, referente à indenização de 8.050 (oito mil e cinquenta) hectares de terra, no Município de Xique-Xique (v. fls. 33/37).

Apelaram os expropriados. Em sessão de 04/10/1989, a egrégia Quarta Turma, tendo como relatora a Juíza Eliana Calmon, hoje honrando o Superior Tribunal de Justiça, e Juízes vogais Leite Soares e Murat Valadares, deu parcial provimento à apelação para fazer incluir na condenação o valor da cobertura florística (fls. 39/45).

Não conformado, o Incra aviou recurso especial, que foi inadmitido pelo Presidente deste Tribunal, na época o Juiz Hermenito Dourado (fls. 47/48). Mais uma vez não se conformando, o Incra ingressou com agravo de instrumento que foi negado provimento pelo Ministro Américo Luz, do Superior Tribunal de Justiça (fls. 49/50).

Transitada em julgado a decisão, baixaram os autos à Seção Judiciária do Estado da Bahia, em 04/04/1995 (v. fls. 52).

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes o Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado).

Elaborados os cálculos, o Incra os embargou. Foram os embargos julgados pela Juíza Federal Mônica Aguiar, em 31/10/1997 (fls. 65//69). O Incra apelou e, novamente, a Quarta Turma, atuando como relatora a Juíza Eliana Calmon, e como vogais os Juízes Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz, negou provimento ao agravo retido e deu provimento parcial ao recurso do Incra e à remessa oficial, “apenas para determinar que, em relação a janeiro/1989, seja aplicado o índice de 42,72%”, e julgou prejudicado o recurso adesivo dos embargados (fls. 70/75). Desse acórdão, houve embargos de declaração opostos pelo Incra, que foram acolhidos (fls. 76/77). Mais uma vez, o Incra opôs embargos de declaração aos embargos de declaração, agora julgado pela Juíza Kátia Balbino, que os rejeitou (fls. 79/82). Os expropriados ingressaram com recurso especial, que não foram admitidos (v. fls. 83).

Em 10/03/2005, o Juiz Federal, então Substituto, João Batista de Castro Júnior, homologou os cálculos *apresentados pelo INCRA*, assim especificados (fls. 150/151):

1. Indenização da terra nua	R\$ 5.489.523,19
2. Indenização das benfeitorias	R\$ 500.055,75
3. Indenização da cobertura florística	R\$ 4.667.055,87
4. Honorários advocatícios	R\$ 1.070.663,48
5. Honorários do assistente técnico	R\$ 567,00

Em 27/04/2005, foi encaminhado ofício pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária da Bahia ao Presidente do Incra requisitando o lançamento dos Títulos da Dívida Agrária suficientes para pagamento da indenização da terra nua mais cobertura florística (fls. 154). Requisição esta reiterada em 26/10/2005 (fls. 158).

O Incra não cumpriu a determinação judicial.

Ingressou, sim, com petição de *revisão de coisa julgada inconstitucional*, em 18/08/2006, *requerendo a suspensão do processo e a realização de uma nova avaliação do imóvel*, alegando o seguinte (fls. 162/178):

(...) independentemente da atualidade da avaliação administrativa, o fato incontestável é que, este processo, embora vintenário, confluiu para o estabelecimento de uma indenização inequivocadamente despropositada, atribuível (a) à superavaliação pericial da Fazenda Almas, (b) indenização da cobertura florística (c) cúmulo imponderado de juros compensatórios e moratórios. Assim, sem

receio de errar, o Incra afirma que a coisa julgada ora em execução desconsiderou o princípio constitucional da justa indenização.

Conclusos os autos, a MM. Juíza Olívia Merlin Silva determinou que os expropriados se manifestassem sobre o pedido do INCRA e que, em seguida, fosse ouvido o Ministério Público (fls. 251).

A ilustre Juíza recebeu a petição como *incidente à execução* e, entendendo “presentes *indícios* de ofensa ao princípio constitucional da justa indenização”, determinou a “realização de *nova perícia* técnica com o fim de *quantificar o valor da terra nua*, incluindo aí o montante correspondente à cobertura florística”, nomeando desde já perito — destaquei (fls. 382/391).

2. A relativização da coisa julgada é o desfazimento da coisa julgada inconstitucional *delinqüente*, que fere o senso médio das pessoas, ofendendo o senso ético, a moralidade, a dignidade da pessoa humana, uma vez que, muitas vezes, baseada em fraudes, ardis, embustes, trapaças, velhacarias, artimanhas, cambalachos.

Eduardo Couture, autor da locução coisa *julgada delinqüente*, em artigo intitulado *Revocación de los actos procesales fraudulentos*, esp. n. 1, in *Estúdios de derecho procesal civil, III*, Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 338, afirmava que “a consagração da fraude é o desprestígio máximo e a negação do direito” — e realmente o é, repugnando a todos os homens de bem — “fonte incessante de descontentamento do povo e burla à lei”. Perpetuando-se a fraude, proclamava o excelso jurista, estaremos outorgando uma “carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas do processo”. Nessas hipóteses, não é admissível que o princípio da segurança jurídica seja visto como um monstro, violador da Constituição Federal, causando injustiças.

Todavia, nenhum fato novo trouxe o autor, o Incra. Os documentos em que se baseou para propor a presente ação já existiam ao tempo da instrução da ação de desapropriação, cuja sentença quer, agora, anular. Não demonstrou nenhuma ilegalidade da sentença.

A decisão proferida na ação de desapropriação não está, *prima facie*, eivada de vícios graves que levem a uma alteração do estado natural das coisas, nem, na verdade, estipula obrigações, não baseadas no Direito, para o Estado.

O Incra pretende a anulação da sentença para, *depois de dezoito anos*, refazer o processo desapropriatório, com pedido de nova perícia, sob o fundamento de que houve ofensa ao princípio constitucional da justa indenização.

Cita o Incra, em abono de seu entendimento, lição de José Delgado. No entanto, no julgamento do REsp 734.531, o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, compondo a Primeira Turma, em sessão de 17/08/2006 (*DJ* de 18/09/2006), esclareceu que:

*A relativização da coisa julgada*, ante o princípio constitucional da justa indenização, só foi permitida, pelo STF, em função da excepcionalidade e da peculiaridade dos casos levados ao seu exame (destaquei).

No REsp 602.636/MA, citado na decisão impugnada como um dos seus fundamentos, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 06/05/2004 (*DJ* de 14/06/2004), relator o Ministro José Delgado, entendeu a Turma que, na hipótese, *havia peculiaridades* que levavam a realização de uma nova perícia, “não obstante em decisão anterior já transitada em julgado”. Nesse caso, a avaliação “partiu de um pressuposto fático equivocado, levando em consideração conta aritmética não condizente com a realidade”.

Também, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 04/05/1982 (*DJ* 04/06/1982), relator o Ministro Clóvis Ramalhete, relator para o acórdão Ministro Rafael Mayer, julgando o RE 93.412-0/SC, admitiu uma nova avaliação, depois da sentença ter transitada em julgado, por uma *excepcionalidade*, como se observa da ementa:

*Nova avaliação. Coisa julgada.* Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender a garantia constitucional da justa indenização, *procrastinada por culpa da expropriante*. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido. (destaquei)

Quase seis anos depois, em sessão de 09/02/1988 (*DJ* de 01/07/1988), esta mesma Turma do Supremo, relator Ministro Néri da Silveira, decidiu, também, que poderia, após o trânsito em julgado da sentença, proceder-se a uma nova avaliação, mas, igualmente, em caso excepcional. Veja-se a ementa:

Liquidação de sentença. Determinação de nova avaliação. Hipóteses em que o STF tem admitido nova avaliação, não obstante, em decisão anterior, já trântisa em julgado, se haja definido o valor da indenização. Diante das peculiaridades do caso concreto, não se pode acolher a alegação constante do recurso extraordinário de ofensa, pelo acórdão, ao art. 153, parágrafo 3, da constituição federal, em virtude do deferimento de nova avaliação dos terrenos.

Do exame dessas decisões, conclui-se que a determinação de uma nova avaliação, após o trânsito em julgado da sentença, deve ser procedida em casos *excepcionais*, com cautela, sob pena de atentar contra segurança jurídica dos provimentos judiciais protegidos pela coisa julgada.

Defende-se, com ar de inovação, a tese que a coisa julgada não pode discrepar da realidade. Certo, mas em termos. Explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*in Manual do processo de conhecimento*. 5. ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, pp. 673-674):

Aqui é necessário cuidado, pois o oportunismo daqueles que já tiveram seus direitos rejeitados pode servir de estímulo a pretensão que desejem reavivar a discussão de fatos já analisados, ou mesmo de provas já produzidas e valoradas. E isso, lamentavelmente, não tem sido incomum, pois têm surgido, na prática, casos em que, por exemplo, *a Fazenda Pública é condenada a pagar quantia que julga exorbitante*, mas que é resultado de *laudo pericial que foi devidamente discutido em contraditório*. Se a Fazenda Pública supõe, diante de certo caso concreto, que o valor a que foi condenada a pagar é indevido ou excessivo, *não é por isso que poderá pretender rever o laudo pericial que, discutido penalmente em contraditório, chegou a tal valor*. O problema do funcionamento indevido dos corpos jurídicos não pode ser resolvido mediante a simples tentativa de rediscussão de sentença acobertada pela coisa julgada material. (destaquei)

É verdade que a coisa julgada deve ser presumida como justa, mas, como salientava Alimena, essa presunção “não pode ser levada ao ponto de resistir a uma translúcida prova, que demonstre a evidência contrária, até então insuspeitada. Dessas simples considerações emergem, portanto, dois princípios: que a coisa julgada deve conter-se dentro dos limites razoáveis e que *não se deve admitir contra ela remédio ordinário, fundado em presunção de erro*” (destaquei) — *apud* Sér-

gio de Oliveira Médici, *Revisão criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 206.

No caso sob julgamento, *no entanto*, não há circunstâncias excepcionais, especialíssimas, de modo a determinar-se uma nova avaliação. A sentença não está fundamentada em norma inconstitucional ou em interpretação incompatível com a Constituição. Logo, não há razão para ser anulada.

Os indícios mencionados na decisão da eminente magistrada foram os seguintes (fls. 389/390):

Fixadas as balizas iniciais, torno ao caso concreto para reconhecer a excepcionalidade de que se reveste o presente feito, autorizando, por conseguinte, a realização de nova perícia técnica para definição do quantum indenizatório.

Ora, o valor da indenização fora fixado em 09/10/1989, pelo acórdão avistável às fls. 240/246, com fulcro em laudo pericial produzido nos idos de abril de 1988. Ocorre que apenas em 10/03/2005 restou assente os valores devidos. Portanto, passados aproximadamente 18 anos desde a propositura da ação de conhecimento expropriatória e 16 anos da decisão do egrégio TRF, alcançando, o montante indenizatório, a exorbitante cifra de mais de 11 (onze) milhões de reais, forçoso reconhecer a ofensa ao princípio constitucional da justa indenização.

Como se diz, a desapropriação deve configurar uma operação branca, sem enriquecer nem empobrecer o proprietário. Pois bem. A indenização fixada em mais de 11 (onze) milhões de reais (frise-se, mesmo com o *levantamento integral dos valores inicialmente depositados*), ainda que seja considerada a inadimplência do Incra, revela-se, a todas as luzes, uma fonte de ilícito enriquecimento do outrora expropriado em clara ofensa ao princípio da moralidade pública e em franco prejuízo ao erário que será obrigado a arcar com um valor que não corresponde à realidade do imóvel.

Após acurado exame dos valores acolhidos pela decisão de fls. 532/533, percebo que, além do elevado montante fixado para indenização da terra-nua (R\$5.489.523,19, também aquele correspondente à cobertura florística, em R\$4.667.055,87 — frise-se que traduz aproximadamente 85% do VTN — apresenta-se exorbitante e indubitavelmente dissociado da realidade dos preços praticados no mercado fiduciário.

Neste cenário, diante das peculiaridades identificadas no caso concreto, penso que a ponderação entre a imutabilidade da coisa julgada e os demais valores constitucionais que se colocam em rota de colisão, especialmente o da justa indenização e da moralidade administrativa, aponta para a

imprescindibilidade de realização de nova prova técnica.

José Augusto Delgado, em palestra proferida em Fortaleza, em 20/12/2000, no I Simpósio de Direito Público na Advocacia-Geral da União (v. Efeitos da coisa julgada e princípios da coisa julgada, *in Coisa julgada inconstitucional*. Cood. Carlos Valder do Nascimento, 5. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 63), bem observou que:

A carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, *quando eivada de vícios graves* e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não esteja amparadas pelo direito (destaquei).

Portanto, segundo entendimento do ilustre doutrinador, para a revisão da sentença transitada em julgado, a qualquer tempo, sem a utilização da ação rescisória, é preciso que os vícios da decisão sejam graves. Não é, pois, qualquer vício, mas o vício grave, que atente enormemente a moralidade administrativa, a realidade dos fatos, ou seja, um monstro de ilegalidade, imoralidade e injustiça.

Atente-se para o que frisam Humberto Tehodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (v. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, *in Coisa julgada inconstitucional*. Cood. Carlos Valder do Nascimento, 5. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 125):

Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável. O vício torna, assim, o título inexigível, nos exatos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

Na verdade, nenhum dado excepcional é revelado pela decisão. Nada é demonstrado acerca de valor exorbitante da indenização. Diz a ilustre magistrada que *percebe* que foi elevado o montante para a indenização da terra nua. Todavia, não dá os motivos. Quais as peculiaridades do caso concreto? Não diz. Nada há de concreto, na decisão, para determinar uma nova avaliação.

O Ministério Público, nesta instância, pelo eminente Procurador Regional da República Elton Gherse, também, não vislumbrou nada de extraordinário no

valor da indenização fixada na sentença. Não viu nada de exagerado, exorbitante, demasiado. Disse S. Exa. (fls. 510):

Comparando-se o valor atribuído à terra nua pelo Incra (R\$946.067,25) e o resultante da atualização do laudo pericial (R\$2.956.313,66), observa-se que a disparidade, embora existente, *não é da monta que pretende a autarquia destacar em sua manifestação. A divergência, ademais, parece justificável*, quando menos, pelos seguintes fatores: (i) o laudo pericial foi elaborado em 1988, e o preço de mercado dos imóveis rurais não acompanha necessariamente a inflação; (ii) nesse valor foi incluída a cobertura florestal (correspondente a 46% do total), não avaliada no laudo do Incra; e (iii) as *avaliações administrativas do Incra usualmente apontam valores inferiores àqueles determinados na perícia judicial*.

Excluindo-se — continua — do valor do laudo pericial a parte referente à cobertura florestal, chega-se a R\$1.596.409,38 (54% de 2.956.313,66), *o que, definitivamente, não indica uma disparidade tal com o suposto preço atual de mercado que justifique desconsiderar o trabalho pericial, e tampouco parece exagerado para um imóvel de mais de 8.000 hectares*. (destaquei)

E, igualmente, frisa (fls. 510):

É de se considerar, ainda, que o Incra não apontou, *especificamente*, nenhum defeito no laudo pericial, e que a indenização deve corresponder, tanto quanto possível, ao preço do imóvel na época da imissão na posse, de modo que apenas *excepcionalmente* se deve afastar a perícia contemporânea para substituí-la por outra realizada ou a ser realizada *cerca de duas décadas depois*. Em resumo, *não é o caso de realização de nova perícia*. (destaquei)

Quanto às avaliações administrativas do Incra, mencionadas pelo Procurador Regional da República acima, no voto condutor do acórdão no EDAC 1997.33.00002272-8/BA, em sessão de 06/03/2006 (DJ de 09/12/2005), julgado pela Terceira Turma deste Tribunal, ficou expresso:

É sabido que o Incra avalia os imóveis que pretende desapropriar por um preço baixo, aquém do preço de mercado, em valores irrealistas, não refletindo a justa indenização. Dai por que os laudos que apresenta quase nunca são aceitos pelo juiz.

O caso ora em julgamento não guarda nenhuma similitude, nenhuma parecença, com os precedentes trazidos pelo Incra e pela decisão impugnada.

A relativização da coisa julgada há de ser examinada *cum grano salis*, ou seja meticolosamente, com grande cautela e ponderação, a fim de evitar violentar a segurança jurídica, um dos pilares da Justiça, em prol do cidadão, da sociedade, e, portanto, de todos.

Não podemos esquecer que a lei suprema, a Constituição, é a salvação do povo (*Salus populi, suprema lex esto*).

Lembra Araken de Assis que “parece pouco provável as vantagens da Justiça do caso concreto se sobreponham às vantagens de insegurança geral”. (v. Eficácia da coisa julgada inconstitucional, *in Coisa julgada inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento, 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 261).

O princípio constitucional do justo preço, em ação de desapropriação, não pode, em regra, se sobrepor ao princípio constitucional da coisa julgada, sob pena de, a qualquer tempo, voltar-se a discutir a questão do valor da indenização, seja em favor do expropriante seja em favor do expropriado, pois contra ela não se admitiria a exceção da coisa julgada. A ser assim, sempre seria possível modificar-se a sentença transitada em julgado que não fixou bem o valor do justo do preço. A segurança jurídica não mais existiria. Violado estaria o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, que trata de proteção da coisa julgada, ainda que, como dizia Augusto Teixeira de Freitas, seja “uma verdade provisória do mundo”.

Não tendo a sentença violado a Constituição Federal, não sendo incompatível com as normas constitucionais ou de interpretação incompatível com a Constituição, não pode ser desconstituída mediante *querela nullitatis insanabilis*, que é uma ação autônoma, tendo como berço a Idade Média, para a impugnação de sentenças. A ação declaratória de nulidade da sentença por vício insanável.

Demonstra Radbruch, citando a seguinte passagem de Sócrates: “crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?” (Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Armado Editor, 1979, p. 184).

Tenha-se, como afirmou John Rawls (*in Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4), que:

A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade a justiça são indisponíveis.

Por isso se indaga: o que vale o asseguramento do direito de acesso à justiça se não se der ao indivíduo o *direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente?* Nada.

Haverá coisa julgada inconstitucional quando a decisão judicial trânta em julgado for contrária à aplicação de preceito, princípio ou norma constitucional.

A decisão em questão não viola, repita-se, nem normas nem princípios constitucionais — o descumprimento, por sinal, destes últimos é muito mais grave que a infração à norma, pois significa afrontar o ordenamento jurídico e não a uma simples norma.

Eduardo Talamini (*in Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 613) conclui o capítulo que trata da relativização da coisa julgada, com a seguinte síntese:

Na aferição da possibilidade de *quebra atípica* da coisa julgada, a adoção desses parâmetros implica: (a) a constatação prévia, *inequívoca* e objetiva da possibilidade de produção de uma solução mais correta; (b) a identificação dos valores envolvidos (inclusive a boa-fé), com a consideração de seu correspondente peso no caso concreto; (c) a comparação dos benefícios e sacrifícios concretos aos valores constitucionais envolvidos, em caso de manutenção ou de quebra da coisa julgada, considerando-se inclusive as possíveis soluções parciais. A consideração desses fatores conduz à *absoluta excepcionalidade da quebra atípica da coisa julgada*.

Tem-se, assim, que a decisão impugnada é *manifestamente* ilegal e abusiva, dando lugar a impetração de mandado de segurança para impedir a renovação do processo desapropriatório, com nova avaliação, ferindo, conseqüentemente, direito líquido e certo dos impetrantes.

### 3. Conclusão

Ante o exposto, concedo a segurança, tendo em vista que a decisão atacada, realmente, feriu direito líquido e certo dos impetrantes, e julgo prejudicado o agravo regimental interposto pelo Incra.

É o voto.

# Terceira Seção

## Embargos Infringentes em AC

1999.01.00.089520-6/DF

Relatora:	A Exma Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Relator:	O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado)
Embargantes:	Empresa Gontijo de Transportes Ltda. e outro
Advogado:	Dr. Paulo Villas Boas Teixeira de Carvalho
Embargada:	Viação Motta Ltda.
Advogados:	Dr. Anthony de Souza Soares e outros
Embargada:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Embargada:	Viação Presidente Ltda.
Advogado:	Dr. Vinícius Moreira Mitre
Assistente:	Unesul de Transportes Ltda.
Advogado:	Dr. Flávio Botelho Maldonado
Publicação	DJ 2 de 02/03/2007

## Ementa

*Processual Civil, Constitucional e Administrativo. Embargos infringentes. Transporte coletivo interestadual de passageiros. Revogação, sem o devido processo legal, de seção previamente autorizada. Controle, pelo Judiciário, de razoabilidade dos motivos invocados.*

I – A preliminar de declaração da carência do interesse de recorrer de três litisconsortes passivas em relação à linha Florianópolis (SC) – Campo Grande (MS), outorgada à assistente litisconsorcial, bem como o requerimento de certificação do trânsito em julgado da parte do acórdão que solucionou a questão, não merecem acolhimento, diante da impossibilidade de se cindir o julgado, que apreciou a matéria como um todo.

II – A falta prévia notificação da empresa de transporte rodoviário embargada acerca da revogação das autorizações impediu que fosse possível a ela defender seus direitos. Tal omissão acarretou-lhe prejuízo, porquanto os atos anteriores de autorização já haviam repercutido em sua esfera patrimonial.

III – Não pode a Administração, omitindo-se em indicar os vícios e nulidades que acometeriam o ato administrativo suspenso, e sem a prévia oitiva do administrado, agir em evidente desatenção ao princípio do devido processo legal e seus consectários — o contraditório e a ampla defesa — que têm assento tanto constitucional (art. 5º, LIV e LV) como legal (art. 3º, III, Lei 9.784/1999).

IV – Correto o voto vencedor, ao prestigiar a regra do devido processo legal e ao reconhecer ao Judiciário o controle de existência e razoabilidade da motivação invocada para a prática de ato administrativo.

V – Afigura-se possível ao Judiciário apreciar violações aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, firme no postulado constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, contido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Em tais circunstâncias, não se trata de substituir-se à Administração.

VI – Embargos infringentes a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 06/02/2007.

Juiz Federal *Ávio Mozar José Ferraz de Novaes*, Relator convocado.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes:* — Trata-se de embargos infringentes opostos em 21/09/2000 (antes da nova redação do art. 530 do CPC, dada pela Lei 10.352/2001) pelas empresas Gontijo de Transportes Ltda. e Viação Garcia Ltda. contra acórdão que, por maioria, negou provimento às apelações e à remessa oficial, mantendo a sentença proferida.

A Viação Motta Ltda. ajuizou a Ação de Rito Ordinário 97.000040-0 contra a União, objetivando a anulação de atos administrativos que tornaram sem efeito a implantação de seções em linhas interestaduais de sua titularidade, que anteriormente haviam sido autorizadas a ela.

A sentença de fls. 978/989 julgou procedente o pedido, por considerar que o ato de revogação não continha a motivação necessária à sua validade, uma vez que se baseou em estudos efetivados depois de sua edição e sem o respectivo estudo de mercado.

Foram interpostas apelações pelas empresas Gontijo de Transporte Ltda., Viação Garcia Ltda., Viação Presidente Ltda. e pela União. O acórdão proferido pela Primeira Turma (fls. 1.109/1.124), por maioria, negou provimento às apelações e à remessa oficial e manteve a sentença. Restou vencido o Desembargador Federal Antônio Ezequiel, que entendeu que o direito da permissionária está sujeito a revogação a qualquer momento, por ser precário.

Às fls. 1.215 foi deferido pedido de ingresso na lide formulado pela empresa Unesul de Transportes Ltda., na condição de assistente litisconsorcial da apelada Viação Motta Ltda.

Às fls. 1.128/1.130 foram opostos embargos de declaração pela Viação Presidente, desprovidos pelo acórdão de fls. 1.258/1.266.

Em seus embargos infringentes, a Empresa Gontijo de Transportes Ltda. (fls. 1.136/1.151) e a Viação Garcia Ltda. (fls. 1.166/1.181), sustentam, em síntese, que é impossível ao Poder Judiciário manifestar-se quanto ao mérito administrativo da conveniência e oportunidade, que ocorreu abuso de direito por parte da embargada em buscar estabelecer novas linhas a pretexto de implantar seções, e que a revogação das seções levou em conta o interesse público e o respeito à moralidade administrativa. Pedem o provimento dos presentes embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido.

Em suas contra-razões, a Viação Motta Ltda. aduz que, a partir do momento que foram apresentados os motivos para a revogação do ato administrativo, tais motivos passaram a ter o controle jurisdicional, que a pretensão das embargantes é manter o monopólio dos mercados, que a livre concorrência é princípio previsto pela Constituição, assim, como a legislação não garante o direito de exclusividade a nenhuma empresa de transporte, fls. 1.275/1.283.

A empresa Unesul de Transportes Ltda., por sua vez, em suas contra-razões, afirma que a presente demanda encerra, na verdade, onze causas de pedir, cada uma delas correspondendo a um ato administrativo específico, no âmbito de um contrato de permissão próprio. Sustenta, em preliminar, a ausência de legitimação para recorrer, por parte das embargantes, quanto aos atos administrativos que não incidem sobre suas esferas jurídicas ou não lhes causam nenhum gravame, entre eles, o ato relativo ao processo administrativo de seu interesse (trecho de Florianópolis – SC a Campo Grande – MS). Requer, quanto a esses, a declaração da carência de interesse de recorrer. No mérito, sustenta que ofende o princípio da razoabilidade a revogação de ato administrativo que gerou direito e obrigações ao particular sem proporcionar-lhe a oportunidade de se manifestar.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes*: — Trata-se de embargos infringentes visando à prevalência do voto vencido, em contraposição a acórdão da Primeira Turma, da lavra do então Juiz convocado João Batista Moreira, assim redigido:

*Administrativo. Serviços públicos. Transporte coletivo de passageiros. Autorização de seções de linhas. Posterior extinção do ato sob fundamento de que o respectivo requerimento não fora devidamente justificado. Ausência de devido processo legal. Mudança de critério administrativo. Irretroatividade. Irrazoabilidade de motivos.*

1 - Impõe-se à Administração obedecer à regra do devido processo legal para tornar sem efeito ato administrativo que já tenha repercutido na esfera patrimonial do destinatário.

2 - Permite-se ao Poder Judiciário controle da existência e razoabilidade de motivos invocados para a prática de ato administrativo.

3 - A expressão requerimento devidamente justificado, empregada pelo Decreto 952/1993, como conceito indeterminado, exigia interpretação, mas não outra norma (regulamento de regulamento) que lhe explicitasse o sentido.

4 - Interpretação por norma regulamentar não tem mais autoridade que qualquer outra; só o Poder Judiciário interpreta a lei inconstitucionalmente.

5 - É vedada, em nome da segurança jurídica, aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999).

6 - Não se exige licitação para autorização de seção de linha de transporte coletivo de passageiros, mas, apenas, para a permissão originária.

7 - O princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não pode implicar em exclusividade na exploração de linhas de transporte coletivo de passageiros, em detrimento do princípio da eficiência na prestação de serviços públicos. (Fl. 1.124.)

O voto vencido, proferido pelo eminente Des. Federal Antônio Ezequiel possui o seguinte teor:

Sr. Presidente, esse problema, também, de dizer que não houve uma razoável fundamentação

ou que o ato não teria sido razoavelmente fundamentado, parece-me que tem a ver com conveniência, que se estaria entrando na parte da conveniência do serviço, entrando no mérito, e que seria defeso ao Judiciário fazê-los.(...) Afirma-se que não houve uma coincidência total, mas coincidência de trecho parcial, que é o mesmo que superposição parcial. Parece-me que, segundo foi mencionado no parecer técnico, isso seria vetado ou deveria merecer outro tratamento. Na parte de notificação para a defesa, além de não ter sido, pelo que ouvi do relatório, da tribuna, também ter sido (sic) o motivo da sentença, da decisão a quo, verifica-se que a própria permissionária da linha tem um direito sujeito a uma revogação a qualquer momento, no dia seguinte, até se é precário (sic), pode, a qualquer momento, ser cassado, porque parece-me (sic) que esse fato de não ter sido ouvido formalmente, instaurado um processo formal para revogar esse ato, verificar-se e apurar-se as razões da permissionária ou subpermissionária, digamos assim, numa seção que não era nem uma permissão de uma linha completa, mas um trecho, não seria suficiente para invalidar o ato. (Fls.1.121/1.122.)

## Da Preliminar

A empresa Unesul de Transportes Ltda., em suas contra-razões e na petição de fls.1.307/1.310, requer a declaração da carência do interesse de recorrer das empresas Viação Garcia Ltda., Empresa Gontijo de Transportes Ltda. e Viação Presidente, já que nenhuma das litisconsortes passivas “sequer pretendeu demonstrar interesse em relação à linha Florianópolis (SC) – Campo Grande (MS), objeto do processo administrativo 50000.006154/96-16, agora outorgada a esta assistente litisconsorcial”. Requer ainda a certificação do trânsito em julgado da parte do acórdão que solucionou a questão.

Argumenta, para tanto, que a presente demanda encerra, na verdade, onze causas de pedir, cada uma delas correspondendo a um ato administrativo específico, no âmbito de um contrato de permissão próprio. Sustenta, portanto, a ausência de legitimação para recorrer, por parte das embargantes, quanto aos atos administrativos que não incidem sobre suas esferas jurídicas ou não lhes causam nenhum gravame, entre eles, o ato relativo ao processo administrativo de seu interesse.

Trata-se de hipótese de cumulação homogênea de pedidos, porque feita pela mesma parte, mas, em

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Carlos Olavo e os Exmos. Srs. Juizes Federais David Wilson de Abreu Pardo, Moacir Ferreira Ramos e César Augusto Barsi (convocados).

que pesem os argumentos expendidos pela requerente, observo que sua tese não merece prosperar, diante da forma como foi conduzido o processo.

De fato, embora a inicial mencione apenas dois processos administrativos (fls. 07), resta claro que há um total de onze, cujas cópias dos respectivos despachos de deferimento de implantação e posterior revogação foram devidamente acostadas à exordial.

A matéria — anulação de atos administrativos que tornaram sem efeito a implantação de seções em linhas interestaduais de titularidade da autora — foi apreciada como um todo pela sentença de fls. 978/989, assim como pelo acórdão embargado, fls. 1.109/1.124. Em nenhum momento dos autos foi efetivada a apreciação dos processos administrativos de per se. Tal apreciação, repita-se, sempre se direcionou à questão como um todo, consubstanciada na reiterada desatenção, por parte da Secretaria de Transportes Terrestres, à regra do devido processo legal.

Assim, diante da impossibilidade de se cindir o julgado, revela-se prematura a pretensão da Unesul no sentido de que seja certificado o trânsito em julgado de parte do acórdão.

Desacolho a referida preliminar.

## Mérito

No mérito, cumpre observar que os embargos infringentes são limitados pelo alcance da divergência, ou seja, o efeito devolutivo a eles inerente tem seu âmbito restrito à matéria objeto de divergência.

Assim, as questões suscitadas pelas embargantes relativas à ocorrência de abuso de direito por parte da embargada em buscar estabelecer novas linhas a pretexto de implantar seções e à alegação de que a revogação das seções levou em conta o interesse público e o respeito à moralidade administrativa não podem ser objeto de apreciação em sede de embargos infringentes.

Na hipótese do presente recurso, a divergência reside na necessidade ou não de ter sido obedecido o devido processo legal para a revogação dos atos administrativos de interesse das embargadas e na possibilidade do Poder Judiciário manifestar-se, na hipótese dos autos, sem adentrar no mérito administrativo.

Nesse aspecto, verifico que a autora obteve do Departamento de Transportes Rodoviários – DTR, au-

torizações de implantação de diversas seções em linha de transporte rodoviário interestadual, deferidas com o advento do Decreto 952/1993.

O referido decreto dispôs sobre a outorga de permissão e autorização para a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos seguintes termos:

Art. 3º Para os fins deste Decreto, considera-se:

(...)

XXI – seção: serviço realizado em trecho de itinerário ou de sua área de influência, com fracionamento do preço da passagem;

(...)

Art. 8º Os serviços de que trata este Decreto serão outorgados mediante:

I – permissão, nos casos de transporte rodoviário de passageiros;

a) interestadual;

(...)

Art. 9º As outorgas de que trata o inciso I do artigo anterior não terão caráter de exclusividade e serão formalizadas mediante contrato de adesão, que observará o disposto nas leis, neste Decreto, nas normas regulamentares pertinentes e, quando for o caso, nos tratados, convenções e acordos internacionais, enquanto vincularem a República Federativa do Brasil.

(...)

Art. 14. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a pessoa jurídica interessada na exploração do serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros, inclusive semi-urbano, poderá requerer ao Departamento de Transportes Rodoviários a abertura da respectiva licitação.

(...)

Art. 48. A transportadora poderá solicitar a modificação do regime de prestação do serviço, mediante requerimento, devidamente justificado, dirigido ao Departamento de Transportes Rodoviários.

Art. 49. Constituem casos de modificação do serviço:

I – implantação ou supressão de seções em linhas existentes;

(...)

§ 1º Poderão ser implantadas novas seções, desde que:

I – entre localidades situadas em unidades federadas diferentes, exceto nos casos de transpor-

te semi-urbano, sempre que houver interesse do poder público local;

II – a extensão do acesso não exceda a distância de dez quilômetros do eixo do itinerário da linha.

§ 2º A supressão da seção só poderá ocorrer se assegurado o atendimento aos usuários por outro serviço existente.

Em 14/11/1996, a Secretaria de Transportes Terrestres publicou, no *Diário Oficial da União*, inúmeros despachos tornando sem efeito as autorizações concedidas, fls. 55/59:

Tendo em vista os argumentos técnicos apresentados pela Assessoria desta Secretaria, torna sem efeito o ato administrativo baixado pelo Diretor do Departamento de Transportes Rodoviários ...

Não houve, todavia, a prévia notificação da empresa de transporte rodoviário autora acerca da revogação das autorizações, para que fosse possível a ela defender seus direitos. Tal omissão, por óbvio, acarretou-lhe prejuízo, porquanto os atos anteriores de autorização já haviam repercutido em sua esfera patrimonial.

Não pode a Administração, omitindo-se em indicar os vícios e nulidades que acometeriam o ato administrativo suspenso, e sem a prévia oitiva do administrado, agir em evidente desatenção ao princípio do devido processo legal e seus consectários — o contraditório e a ampla defesa — que têm assento tanto constitucional (art. 5º, LIV e LV) como legal (art. 3º, III, Lei 9.784/1999).

Na hipótese dos autos, tendo o particular agido em conformidade com prévio ato administrativo autorizativo, presumivelmente praticado pela Administração em consonância com o direito legislado, esta sua ação, que implicou no dispêndio de esforço e recursos financeiros do particular, não pode ser sumariamente vedada, nem ter seus reflexos tolhidos, sob pena de ofensa ao princípio do Estado de Direito e à segurança jurídica.

Correto o voto vencedor, ao ressaltar que, seja por revogação ou anulação, a extinção do ato dependeria de notificação prévia e oportunidade para manifestação, pois nenhuma excepcionalidade houve que justificasse postergação da regra do devido processo legal.

Transcrevo trecho relevante do referido voto:

Agü ainda de forma desarrazoada a Secretaria de Transportes Terrestres ao tornar sem efeito os atos anteriores com o fim de reestudo da situação. O correto seria o contrário, ou seja, o reestudo da situação (que não estava impedido na vigência das autorizações de seção) para só depois serem tomadas medidas com vistas a melhor atender ao interesse público. Por esse ângulo, o motivo é desproporcional (desnecessário) ao fim pretendido. (Fls. 1.117.)

A jurisprudência desta Corte a respeito do tema não diverge:

*Administrativo. Permissão. Transporte coletivo. Anulação de ato administrativo.*

1. A administração deverá obedecer ao devido processo legal quando torna sem efeito um ato administrativo.

2. Ao Poder Judiciário é permitido o controle de existência e razoabilidade de motivos invocados para a prática de ato administrativo.

3. Não é exigido licitação para autorização de seção de linha de transporte coletivo de passageiros, mas, apenas, para a permissão originária.

4. Apelo provido. (AMS 2001.34.00.003820-2/DF, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, Sétima Turma, DJ de 12/11/2004, p.153.)

*Constitucional e Administrativo. Transporte coletivo interestadual de passageiros. Implantação de seção. Autorização deferida pelo poder concedente. Revogação posterior. Ilegalidade do ato. Inobservância do devido processo legal.*

1. O princípio do devido processo legal deve ser observado pela Administração ao tornar sem efeito ato administrativo que já tenha repercutido na esfera patrimonial do destinatário.

2. A alegação de que o art. 48 do Decreto 952/1993 não era auto-aplicável não se reveste de plausibilidade jurídica, uma vez que, tendo o Departamento de Transportes Rodoviários expressamente aceito as justificativas apresentadas pela empresa para a implantação das seções, não poderia, posteriormente, a autoridade competente tornar sem efeito o ato, ao fundamento de que aquela mesma justificativa passou a ser insuficiente, sob pena de ferir o princípio da segurança jurídica.

3. Não se exige licitação para autorização de seção de linha de transporte coletivo de passageiros, mas, apenas, para a permissão originária (Decreto 952/1993, art. 3º, inciso III).

4. A exclusividade na exploração de linhas de transporte coletivo de passageiros era vedada, expressamente, pelo Decreto 952/1993 (art. 9º). A exclusividade na exploração de serviço público é inteiramente contrária ao próprio interesse público, uma vez que desprestigia a salutar prática da livre concorrência entre as empresas, deixando de propiciar um serviço mais ágil e de qualidade ao usuário do transporte coletivo de passageiros.

5. É lícita a atuação do Poder Judiciário no sentido de intervir nos atos da Administração que venham, de forma desproporcional, restringir o princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos.

6. Precedente do Tribunal (AC 1999.01.00.089520-6/DF, Primeira Turma, Rel. Des. Federal João Batista Gomes Moreira, DJ de 28/08/2000, p. 35).

7. Não merece, contudo, ser mantido o ato administrativo que autorizou a implantação de seções na linha Erechim/RS a Ji-Paraná/RO (processo 50000.006822/96-33), porquanto as cidades de Seara/SC e Chapecó/SC não são alcançadas por aquela linha regular.

8. Apelações da União, Empresa Gontijo de Transportes Ltda. e Viação Garcia Ltda, bem como a remessa oficial, improvidas.

9. Apelação da Unesul de Transportes Ltda. provida. (AC 2001.01.00.020121-0/DF, Rel. Juiz Federal Antonio Cláudio Macedo da Silva (conv.), Quinta Turma, DJ de 23/08/2004, p.75.)

No que tange ao alcance do controle dos atos administrativos, se por um lado não cabe ao Poder Judiciário adentrar no juízo de conveniência, oportunidade ou eficiência da Administração, nem na valoração dos motivos ou na escolha do objeto, que caracterizam o mérito administrativo, por outro, deve o Judiciário apreciá-lo sob o prisma da legalidade, sem deixar de ter presente o princípio da razoabilidade da motivação invocada.

Incensuráveis as ponderações do voto vencedor ao discorrer a respeito. Transcrevo novamente:

(...) O objeto e os motivos constituem o mérito do ato, com exceção de uma restrita faixa relativa à existência e adequação dos motivos. A avaliação da existência e adequação dos motivos, em relação ao objeto, é transportada para o campo da legalidade.

Não há necessidade desse exercício se for admitida uma zona fronteira (de penumbra) entre o mérito e a legalidade, em que o controle judicial do ato seja aceito com fundamento nos princípios

de razoabilidade e proporcionalidade. A discricionariedade é dada ao administrador não para que possa livremente escolher o resultado a alcançar, mas para que busque a melhor solução, que de antemão não poderia ser prevista em lei. Deve o administrador perseguir o melhor resultado porque está sujeito a outros controles, além do controle judicial, inclusive a controle político. Para o controle judicial basta, todavia, a razoabilidade.

Nesse sentido, pode ser citada a jurisprudência acima transcrita, da lavra do Des. Federal Tourinho Neto, nos autos da AMS 2001.34.00.003820-2/DF, na qual destaco “Ao Poder Judiciário é permitido o controle de existência e razoabilidade de motivos invocados para a prática de ato administrativo”.

Além disso, entendo que se afigura possível ao Judiciário apreciar violações aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, firme no postulado constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, contido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Em tais circunstâncias, não se trata de substituir-se à Administração.

Com efeito, atualmente, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que as normas jurídicas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade também no tocante à razoabilidade de suas disposições. Expressivo, a propósito, o voto proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento (de mérito) da ADI 958 (Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento: 11/05/1994, Tribunal Pleno, DJ 25/08/1995, P. 26.021): *“A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal. A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV — e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas — estabelece que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’.* Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte

americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.” *Ora, se as normas jurídicas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade no que concerne à razoabilidade de suas disposições, com tanto mais razão, sujeitam-se a esse controle os atos administrativos, vinculados ou não.* Assim, os atos administrativos estão sujeitos ao controle judicial de mérito quanto ao aspecto da razoabilidade. Neste sentido, decidiu a Primeira Turma desta Corte ao julgar a AMS 1998.01.00.065057-5/MG, relator o então Juiz, hoje eminente Des. Federal João Batista Moreira (Primeira Turma, Julgamento: 16/06/2000, DJ de 24/07/2000, p. 11): “3 – *Em se tratando de ato administrativo predominantemente discricionário, o controle judicial de mérito está limitado à razoabilidade.*” Do voto respectivo extraio as seguintes e relevantes passagens: “*Quanto à existência e adequação de motivos para a prática de atos discricionários, cabe ao Poder Judiciário, em sua missão de controle, avaliar tão só a razoabilidade. De acordo com a doutrina, haverá uma zona de certeza positiva (o ato é razoável), uma zona de certeza negativa (o ato é irrazoável) e uma zona de penumbra. Neste caso (zona intermediária ou de dúvida), participo da opinião segundo a qual a conclusão deve ser pela confirmação do ato (o Judiciário terá que respeitar o ato que implique opção entre duas ou mais soluções possíveis de serem adotadas segundo critérios puramente administrativos, de conveniência e oportunidade’ — Mello, Celso Antônio B. de, apud Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Discricionariada de administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 151).*”

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

## Quarta Seção

### Embargos Infringentes em AC

2007.01.00.003251-7/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral  
Embargante: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo  
Embargada: Fundação Brasil Central – Funbras  
Advogados: Dra. Marília de Almeida Maciel e outros  
Publicação: DJ 2 de 30/03/2007

### Ementa

*Tributário e Processual Civi. Importação de equipamentos com isenção (II e IPI). Locação para uso por terceiro (não-isento): desvio de finalidade = perda do benefício (art. 11 do DI 37/1966).*

I – Se a autora, entidade de utilidade pública federal (prestadora de serviços de assistência educacional e social, sem fins lucrativos), que importara, com isenção (interpretável restrita e literalmente [art. 111 do CTN]), equipamentos eletrônicos (para, em princípio, divulgação gratuita de fitas cassete e de vídeo para fins educacionais), resolve, todavia, aluga-los a empresa outra (com quadro social parcialmente coincidente e sediada no mesmo endereço seu, por força de alteração contratual havida às vésperas da fiscalização), caracteriza-se a hipótese legal de perda do direito de isenção (art. 11 do DI 37/1966) por indevida “transferência de uso” (desvio de finalidade do benefício fiscal), tanto mais se o contrato de locação estipula que os bens foram entregues à locatária em perfeito estado de uso (com plena potencialidade de utilização) e se não há prova plena da data em que havido o suposto distrato do contrato locatício.

II – A sentença sempre obstará o eventual objetivo ilegal pela parte perseguido (art. 129 do CPC).

III – A definição, o conteúdo e o alcance dos institutos e conceitos de direito privado são inalteráveis pela legislação tributária (art. 110 do CTN).

IV – Consoante o CTN (art. 116), há fato gerador quando (I), “*tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios*” e (II) “*tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável*”, sendo que (art. 118) “*a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se (...) da validade jurídica dos atos (...), bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos*”.

V – Não depende de pesquisa da intenção do agente a responsabilidade por infrações da legislação tributária (art. 136 do CTN).

VI – Embargos infringentes providos: prevalência do voto-vencido (apelação da autora não provida).

VII – Peças liberadas pelo Relator, em 28/02/2007, para publicação do acórdão.

### Acórdão

Decide a 4ª Seção, dar provimento aos embargos infringentes, por maioria.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 28/02/2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por embargos infringentes opostos em 16/11/2006 (f. 548/557), a embargante-ré (FN) pede a reforma do acórdão majoritário da 8ª Turma do TRF 1ª, que, em julgamento de 08/08/2006 (f. 534/544), nos termos do voto do Rel. Des. Federal Carlos Mathias, vencida a Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, deu provimento à apelação da autora (Fundação Brasil Central – Funbras), *reformando*, assim, a sentença (f. 461/489) da MM. Juíza Federal Selene Maria de Almeida, da 4ª Vara/DF, datada de 06/02/1996, que, na AO 94.10329-8, em que a autora, entidade de utilidade pública federal, pedira a anulação do termo de constatação e do AI (IPI e II) porque, no seu dizer, importara (com esteio no DI 2.434/1988), “*com isenção, equipamentos eletrônicos dos EUIA, para fins de divulgação gratuita de fitas cassete e vídeo às instituições educacionais no país*”, não tendo ocorrido o alegado desvio de finalidade (transferência de uso [via locação] para terceiro não alcançado pelo benefício fiscal), já que o contrato de locação fora rescindido antes do início do uso dos ventilados equipamentos pela locatária (D.V.C Digital Vídeo Center Ltda.) e, ainda, da autuação fiscal, julgara improcedente o pedido.

O acórdão (f. 544) assim foi ementado:

*(...)* Imposto de Importação. IPI. Entidade de utilidade pública. Isenção de tributos. Art. 11 do Decreto-Lei 37/1966. Mercadoria locada para empresa privada. Distrato. inexistência de uso. Inaplicação de tributação.

I. Inexistindo a prova de que a alteração de seu endereço ou o distrato de locação de equipamentos se deu dolosamente, como forma de se curvar à imposição legal, bem como de que houve a utilização ou manuseio dessas mercadorias importadas, é inaplicável o disposto no art. 11 do Decreto-Lei 37/1966.

*(...)*

A embargante-ré (FN) pugna pela prevalência do voto-vencido (f. 538/541) [grifei]:

*(...)* em [25/10/1990], ocorreu a fiscalização pela Receita Federal, em que foi lavrado o Termo de Constatação, em razão de os equipamentos importados estarem em poder da empresa D.V.C. – Digital Vídeo Center Ltda, restando caracterizada a transferência de uso, o qual culminou com o Auto de Infração pela perda do direito de isenção quanto [ao IPI] *(...)*, que teve por base o contrato de locação *(...)* entre a Funbras e a D.V.C.

Alega a Fundação que os equipamentos estavam na sua posse e não houve transferência de uso, uma vez que o contrato de locação, firmado em [10/08/1990], fora distratado em [22/10/1990], ou seja, antes do início do uso dos equipamentos pela locatária e antes da ação fiscal. Aduz que os equipamentos foram encontrados pela fiscalização ainda na embalagem e não haviam sido instalados, até porque a CEB ainda não havia realizado as adaptações no sistema elétrico necessárias ao uso *(...)*.

Sustenta que não houve a entrega da posse dos equipamentos pela apelante a terceiros, porque a locação jamais se aperfeiçoou *(...)*, razão pela qual não pode incidir a obrigação tributária.

*(...)*

O Termo de Constatação, realizado no endereço SHIS QI 15, cj 5, casa 2/4 *(...)*, certifica que os responsáveis pelo equipamento declararam que os mesmos estavam em poder da empresa D.V.C. (fl. 367), conforme estipulava o contrato de locação por eles apresentado.

Esse Contrato de Locação *(...)* (fls. 371/372), registrado no Cartório do 2º Ofício de Registro de Títulos *(...)* local, sob o nº 133.881, celebrado entre a Funbras e a DVC, em [10/08/1990], estipula em Cláusula [1ª] que a locadora alugará à locatária os equipamentos completos para produções de vídeos de sua propriedade para instalação no endereço da locatária, na SHIS QI 15, cj 5, casa 2/4 *(...)*.

O Instrumento Particular de Distrato de *(...)* Locação *(...)*, realizado em [22/10/1990], indica que a sede da *(...)* Funbras mudou para o mesmo endereço da D.V.C., qual seja, SHIS QI 15, conjunto 5, casa 2/4 *(...)*.

*(...)* a simples transferência a terceiros do equipamento importado com isenção é motivo para o recolhimento dos impostos que não foram pagos anteriormente.

Ainda que o Contrato de Locação tenha sido desfeito antes da fiscalização, os equipamentos restaram locados pelo período entre [10/08 a 22/10/1990], cuja transferência restou caracterizada, uma vez que os equipamentos, estavam sob a responsabilidade da D.V.C., cujo endereço, é o mesmo da Funbras *(...)*.

*(...)* causa estranheza o fato de o contrato ter sido desfeito, bem como tenha ocorrido a mudança de endereço da Funbras, apenas três dias antes da fiscalização. *(...)*.

No item primeiro do referido distrato, resta claramente expresso que a primeira outorgante locou à segunda os equipamentos completos para produção de vídeos de sua propriedade, pelo preço, condições e prazo ali ajustados (fl. 404). Ou seja, o contrato, enquanto em vigor, foi cumprido *(...)*.

Relembro que as pessoas responsáveis pelo equipamento asseveraram ao fiscal que eles se encontravam na posse da empresa D.V. C.

*No caso, entendo que apenas o distrato pela inadimplência da locadora (Funbras) em razão da não-entrega do equipamento poderia caracterizar a não-transferência a terceiros do equipamento, o que, como verificado acima, não ocorreu.*

O fato de os equipamentos não terem sido utilizados pela D.V.C. não descaracteriza a transferência a terceiros realizada, nem a transferência da posse, ainda que por apenas dois meses e 12 dias.

Uma vez ocorrida a transferência, deveria ter a apelante recolhido os impostos, nos termos do art. 11, do Decreto-Lei 37/1966, *in verbis*:

“Art.11 Quando a isenção ou redução for vinculada à qualidade do importador, a transferência de propriedade ou uso, a qualquer título, dos bens obriga, na forma do regulamento, ao prévio recolhimento dos tributos e gravames cambiais, inclusive quando tenham sido dispensados apenas estes gravames.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica (...)aos bens transferidos a qualquer título:

I - a pessoa ou entidades que gozem de igual tratamento fiscal, mediante prévia decisão da autoridade aduaneira;

II - após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos da data da outorga da isenção ou redução”.

Logo, após a transferência a terceiros dos equipamentos para produção de vídeo, deveria ter a empresa apelante recolhido os impostos que não pagou em razão de sua isenção.

Por todo o exposto (...) nego provimento à apelação (...)

Impugnação às f. 559/562.

Admitidos os EIAC, em 29/01/2007 (f. 565), os autos me foram distribuídos em 02/02/2007 e recebidos em gabinete em 02/02/2007. Trago-os nesta assentada (28/02/2007).

É o relatório.

### Voto-mérito\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — I – Introdução: Em sede de embargos infrin-

gentes, a matéria a ser reapreciada se restringe tão-somente à que foi objeto da divergência, mesmo em se tratando de desacordo parcial, consoante o art. 297, “in fine”, do RI/TRF 1ª Região.

No caso, a questão é saber se resta ou não caracterizada a hipótese prevista no art. 11 do DI 37/1966 (exigibilidade de tributos, antes dispensados, por superveniente prova da “transferência de *propriedade ou uso*, a qualquer título, dos bens” importados para quem não goze de idêntica isenção fiscal).

A empresa autora importara, no início de 1990, diversos equipamentos eletrônicos, fato que, por sua condição de entidade isenta, não ensejara o usual recolhimento de tributos (II e IPI).

Em 31/10/1990, todavia, teve contra si lavrado AI (f. 366/366-v) ao fundamento de que os equipamentos em tela haviam sido objeto de locação entre a autora (Funbras) e a empresa D.V.C. – Digital Video Center Ltda. Termo de Constatação (f. 367/367-v) atesta que os bens em questão estavam em poder da locatária (na SHIS QI 15, cj 05, cs 2/4, Lago Sul, Brasília/DF).

O contrato de locação (f. 371/2) fora firmado em 10/08/1990, registrado em 16/08/1990 (Cartório local de Registro de Títulos e Documentos).

A autora alega que os bens, embora na posse da empresa “D.V.C.” sequer foram montados, tanto que permaneciam embalados (e pendentes as necessárias instalações elétricas pela Concessionária de Energia Elétrica), não havendo falar, a seu ver, em “uso”, e que o contrato de locação fora desfeito antes da ação fiscal e, como dito, da utilização dos equipamentos.

O instrumento *particular* de distrato (f. 404), ao que consta (já que não há data de *registro cartorário* do documento na cópia anexada aos autos, o que compromete sua validade), foi celebrado (supostamente) em 22/10/1990, alguns dias, portanto, do início da ação fiscal, soando bastante “curioso” (para dizer o menos), que tanto a locadora como a locatária apontem possuir sede no mesmo local (SHIS QI 15, cj 05, cs 2/4, Lago Sul, Brasília/DF [o endereço da autora sempre fora outro; esse, atual, fora alterado às vésperas da fiscalização), não bastasse o fato de (f. 479: trecho da sentença) “*que dois instituidores da fundação autora (Srs. Ozéas Monteiro de Almeida Filho e sua esposa Maria Tereza Braga de Almeida) são sócios quotistas da DVC, sendo*

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Carlos Fernando Mathias, Antônio Ezequiel da Silva, Maria do Carmo Cardoso e Leomar Amorim.

que o primeiro deles é, ao mesmo tempo, Presidente da Fundação e Diretor da empresa”.

No ponto, curial citar “*mutatis mutandis*” o CPC (art. 129): “*Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes*”.

## II – Enquadramento legal dos fatos:

Evoque-se, de primeiro, este precedente:

(...) – IOF – Isenção – (...) Mútuo com instituição financeira.

– A interpretação de regra isencional de tributo deve ser restrita e literal (Art. 111, incisos I e II, do CTN). (...) (STJ, REsp 173.075/RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, T1, DJ de 21/06/1999.)

Diga-se, de pronto, que de “transferência de propriedade” não se trata, resumindo-se a questão a ter havido ou não “transferência de uso” (via contrato de locação). Essencial, pois, examinar o conceito jurídico-tributário de “uso” e “locação”.

O CTN preceitua que (art. 110): “*A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado (...)*”.

O CC/1916, vigente ao tempo dos fatos (idos de 1990), assim estipulava (*grifei*):

Da locação

(...)

Art. 1.188 Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Art. 1.189 O locador é obrigado:

I – a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina (...), *salvo cláusula expressa em contrário*;

(...)

Art. 1.192 O locatário é obrigado:

I – a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados, ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como a tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse;

(...)

IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.

Art. 1.193 Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.

Parágrafo único. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando o aluguer pelo tempo que faltar.

(...)

O “contrato de locação de equipamentos” (f. 371/2) em comento assim estabelecia (Cláusula 6ª): “*A locatária reconhece e declara ter recebido os equipamentos alugados em perfeito estado de conservação e uso (...)*”. Tal fato, ao que consta, afasta a alegação (não comprovada satisfatoriamente) de que os equipamentos não estariam ainda montados (aptos à utilização). Como o mencionado instrumento de distrato não foi (ou assim não consta nos autos) registrado em cartório, o exame da data em que “efetivamente” formalizado resta prejudicado.

Por fim, no que tange ao fato gerador, este, o regramento aplicável (*grifei*):

Art. 114 Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

(...)

Art. 116 Salvo disposição de lei em contrário, *considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos*:

I – tratando-se de *situação de fato*, desde o momento em que se verifiquem as *circunstâncias materiais necessárias* a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de *situação jurídica*, desde o momento em que esteja *definitivamente constituída*, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

(...)

Art. 118 *A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se*:

I – da *validade jurídica dos atos* efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou

terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Vale dizer, em conclusão (lembrando-se que se fala de isenção, que reclama interpretação restrita e literal), que a mera celebração do contrato de locação seguida da entrega dos equipamentos, confessadamente aptos, em tese, ao uso (assim dito no contrato de locação), denota, sim, caracterizada a situação jurídico-tributária da “transferência de uso”, independentemente de os equipamentos terem, de fato, sido utilizados ou não pela locatária (interessa é a “potencialidade” da utilização e o signo da evasão fiscal).

O que a legislação veda, compreenda-se, é a “transferência de uso” — potencial, pois — e não o “uso por transferência” (hipótese, aí sim, para perquirições ou tergiversações acerca de ter ocorrido ou não, no concreto, o aludido uso).

Por derradeiro, ao contrário do que afirma o acórdão embargado, no sentido de que não provado o “dolo” (quanto à mudança de endereço ou ao distrato), é ler-se “*mutatis mutandis*”; grifei:

Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato (art. 136 do CTN)

ICMS. Saida de café inexistência. Empresa fictícia. Infração tributária.

– Suposta venda de café a empresa fictícia, através de documentação falsa, e prática de fraude para acobertar a entrada do produto, não recolher o imposto e beneficiar-se de créditos.

– A responsabilidade por infração tributária não depende da intenção do agente.

(...) (STJ, REsp 51.267/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, T1, DJ 24/10/1994, p. 28.709.)

Era caso, portanto, de manutenção da sentença de improcedência.

III – *Dispositivo*:

Pelo exposto, dou provimento aos embargos infringentes para, fazendo prevalecer o voto-vencido, *negar provimento* à apelação da autora para confirmar a sentença de improcedência.

É como voto.

## Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, acompanho o Relator.

## Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Senhor Presidente, mantenho o meu voto.

Dirijo do Relator, negando provimento aos embargos.

## Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Leio o meu voto: “assiste razão ao apelo da Fundação Brasil Central (...) [lê] (...) dou provimento ao apelo.”

Quero dizer que não ficou faltando nada a ser examinado. Tendo o maior respeito, e nem quero imprimir nada ao meu voto. É só para mostrar todas as cautelas, como sempre faço. E quero dizer que sempre olho com o senso crítico, até porque não aceito essa coisa teratológica que está no Código tributário Nacional, de que se interpreta a norma tributária restritivamente. Isso vá lá, mas, literalmente, isso é uma barbaridade, nenhum jurista pode aceitar. Não preciso invocar São Paulo, dizendo que a letra mata e o espírito vivifica. É que a interpretação literal é a pior interpretação que se pode ter, até porque, caso contrário, poderíamos dizer o seguinte: declaração dos direitos do homem — coitadinha das mulheres!, estariam todas fora por força da interpretação literal. É um perigo a interpretação literal. Conta-se a história de um menino que era infeliz na sua vida profissional e desse que era vítima da interpretação literal. O pai desse menino estava morrendo, pegou a sua mão e disse a ele que fizesse tudo o que quisesse, mas faça direito. Ele fez direito e nunca foi um bom profissional. Então, isso é só para mostrar que não é de uma forma caprichosa, como essas questões, com toda a segurança, pelos interesses, não terminam aqui, elas vão para um outro tribunal em outra praça, é que respeitadamente, mantenho o meu voto. E se encontrasse outras provas nos autos, não teria dúvida de que, como sempre o faço, teria alterado.

Assim, como nunca aceito o que diz o contribuinte, sem a postura crítica, também não aceito a postura de aceitar o que diz a Fazenda, porque diz muitas coisas certas, mas também diz coisas que mais *intelligenti satis* — para quem for inteligente, é o bastante.

Então, com essas considerações, mantenho o meu voto, não por capricho, mas por coerência.

# Primeira Turma

## Apelação Cível

2005.01.99.028845-8/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira  
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Maria das Dores Garcia de Oliveira  
Apelado: Nivaldo Martins Moreira  
Advogado: Dr. Ronaldo Carrilho da Silva  
Remetente: Juízo de Direito da Comarca de Itapagipe/MG  
Publicação: DJ 2 de 05/03/2007

## Ementa

*Previdenciário. Benefício assistencial. Art. 203, V, da Constituição Federal. Art. 20 da Lei 8.742, de 1993 (Loas). Decreto 1.744, de 1993. Requisitos legais. Pessoa portadora de deficiência ou idosa. Comprovação da impossibilidade de prover a sua própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Princípio da dignidade da pessoa humana. Hipossuficiência financeira. Conceito de família. Renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo. Presunção legal. Condição de miserabilidade. Portador de miocardiopatia chagásica. Benefício a partir da citação. Correção monetária. Juros de mora.*

I – “O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família” (Art. 20, caput, da Lei 8.742/1993).

II – A característica da deficiência, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei 8.742/1993, é a impossibilidade para a vida independente. Tal circunstância vai além da simples limitação física, mormente quando se considera a dura realidade da vida brasileira, que já apresenta inúmeras dificuldades para obtenção de emprego.

III – Em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que o indivíduo não possua extrema dificuldade para a vida diária, ele pode ser considerado não apto para o mercado de trabalho, por não conseguir se sustentar, se a deficiência, mesmo que parcial, o impossibilita de garantir a sua subsistência. Precedentes (TRF 1ª Região – AC 1999.43.00.001755-9/TO, Primeira Turma, Rel. convocado Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, DJ II de 21/11/2005, p. 16; AC 2004.01.99.013506-8/GO, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Moreira Alves, DJ II de 16/03/2006, p. 52; STJ – REsp 360202/AL, Rel. Min. Gilson Dipp, RSTJ 168/508).

IV – Para fazer jus ao benefício, o portador de deficiência ou o idoso deve demonstrar a hipossuficiência financeira não apenas sua, mas também de sua família (art. 203, V, da CF/1988 e art. 20, § 3º, já cit.).

V – A hipossuficiência financeira exigida pela Loas tem como parâmetro o valor da renda mensal *per capita* de ¼ do salário mínimo dentro da unidade familiar. Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 1.232/DF (Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJI de 01/06/2001, p. 75), declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Loas, que impõe tal limite, à consideração de que se trata de critério legal objetivo, independente de prova da condição de miserabilidade.

VI – “A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial. (...)” (AgRg/REsp 529928/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJI de 03/04/2006, p. 389).

VII – O autor está incapacitado para o trabalho, pois é portador de miocardiopatia chagásica (laudo médico – fls. 20 e 22).

VIII – O autor vive sozinho e não tem renda própria, dependendo de terceiros para prover sua subsistência (laudo oficial de assistente social – fls. 63).

IX – Este Tribunal tem decidido em reiterados pronunciamentos que, não havendo requerimento administrativo, o benefício deve ser contado a partir da citação.

X – As verbas em atraso devem ser corrigidas monetariamente a partir do vencimento de cada parcela, observando-se, contudo, os índices legais de correção.

XI – Juros devidos à razão de 1,0 % ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida.

XII – Os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas na data da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do STJ.

XIII – Apelação e Remessa Oficial desprovidas.

## Acórdão

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Federal Relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 08/11/2006.

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*, Relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira:* — Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo INSS contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Itapagipe, que julgou procedente o pedido de concessão de benefício assistencial, condenando o INSS a pagar 1 salário mínimo de prestação continuada ao requerente Nivaldo Martins Moreira, nos termos do art. 203 da CF/1988 e da Lei 1.744/1995.

Sustenta o apelante que o autor não se enquadra no art. 20, § 2º, da Lei 8.742/1993.

Anota, também, que “os benefícios assistenciais são concedidos sem que haja contraprestação por parte do favorecido. Ele não desenvolve o custeio da assistência. Por esta razão, não pode pretender benefícios dos quais não tem direito e que, se concedidos em oposição à lei, virão a colocar em risco o equilíbrio das contas custeadas pelos segurados da previdência social..” (fl. 87).

Impugna, ainda, os honorários advocatícios como fixados na sentença.

Apresentadas as contra-razões às fls. 94/102.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira:* — Prescreve o art. 203, *caput* e inciso V, da Constituição Federal, que:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...) V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, *conforme dispuser a lei*.

Vê-se que tal benefício tem caráter assistencial, natureza não-contributiva e dirige-se à proteção da

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa e os Exmos. Srs. Juizes Federais Manoel José Ferreira Nunes e Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Desembargador Federal José Amílcar Machado.

pessoa portadora de deficiência ou do idoso, mediante o pagamento de um salário mínimo, desde que preenchidos os requisitos do referido art. 203, inciso V, regulamentado pela Lei 8.742, de 07/12/1993, e pelo Decreto 1.744, de 08/12/1995.

Não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha consagrado tal benefício no valor de um salário mínimo, sua origem remonta à Lei 6.179, de 1974, instituído originalmente sob a denominação de Renda Mensal Vitalícia, a qual restou assegurada até 31/12/1995 pela Lei 8.742/1993 (art. 40, § 2º) e pelo Decreto 1.744/1995 (art. 40).

Trata-se de benefício de prestação continuada e mensal, destinado a pessoas portadoras de deficiência, ou ao idoso, que não tenham condições de prover a sua própria subsistência ou tê-la provida por sua família. Assim estabelece o art. 20 da Lei 8.742/1993:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213, de 24/06/1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei 9.720, de 30/11/1998)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.

§ 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. (Redação dada pela Lei 9.720, de 30/11/1998)

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu

encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (Redação dada pela Lei 9.720, de 30/11/1998).

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Redação dada pela Lei 9.720, de 30/11/1998).

*Percebe-se que não basta a simples alegação de que o indivíduo não pode exercer atividade laborativa. A característica da deficiência, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei 8.742/1993, é a impossibilidade para a vida independente. Tal circunstância vai além da simples limitação física, mormente quando se considera a dura realidade da vida brasileira, que já apresenta inúmeras dificuldades para obtenção de emprego.*

*Ressalte-se que, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que o indivíduo não possua extrema dificuldade para a vida diária, ele pode ser considerado não apto para o mercado de trabalho, por não conseguir se sustentar, se a deficiência, mesmo que parcial, o impossibilita de garantir a sua subsistência.*

Confira-se a jurisprudência:

*Constitucional. Previdenciário. Assistência Social. CF/1988, Art. 203, caput e inciso IV. Lei 8.742/1993. Comprovada a incapacidade parcial para a atividade laborativa e para os atos da vida independente. Comprometimento de atividades que exijam apenas dotes físicos. Lesões decorrentes de picada de cobra venenosa. Interpretação em consonância com a dignidade humana e os fins sociais da lei. Análise sob a perspectiva do contexto social da recorrida. Inaptidão para atividades que garantam a subsistência própria e da prole numerosa. Sentença confirmada. Manutenção do benefício. Recurso desprovido. Honorários advocatícios.*

1. Garantido pela Constituição Federal um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (CF, art. 203, caput e inciso IV).

2. Definida pela Lei 8.742, de 07/12/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS –, a pessoa portadora de deficiência como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20, § 2º) e a família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência e ao ido-

so como aquela cuja renda mensal per capita seja inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo (§ 3º).

3. *A interpretação dos requisitos legais para concessão do benefício assistencial deve estar em consonância com a dignidade da pessoa humana e os fins sociais da lei, devendo-se atribuir à incapacidade para o trabalho e para os atos da vida independente sentido mais amplo do que a total incapacidade para os atos da vida cotidiana.*

4. *Constatada pela perícia judicial a incapacidade parcial da autora-requerida para o trabalho e para atividades que garantam a subsistência a si e aos seis filhos que vivem em sua companhia, em consequência de lesões permanentes que provocaram artrose (travamento) da flexão e extensão do tornozelo, dificultando as atividades laborais e habituais.*

5. *Evidenciada a impossibilidade da recorrida de garantir sua subsistência e de sua prole, em face de sua incapacidade física, ainda que parcial, somada às suas condições sociais, sem marido ou companheiro, com seis filhos menores sob sua dependência, sem formação ou aptidão técnica para atividades que não demandem apenas dotes físicos.*

6. Confirmada a sentença concessiva do benefício.

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

8. Condenação do apelante em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a prolação da sentença (Súmula 111/STJ) (AC 1999.43.00.001755-9/TO, Primeira Turma, Rel. convocado Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, DJ II de 21/11/2005, p. 16).

*Constitucional. Assistência social. Art. 203, inciso V, da Constituição Federal. Lei 8.742/1993, art. 20.*

1. Reconhecendo a própria autarquia previdenciária que a autora se encontra incapaz, total e permanentemente, para o exercício de atividades laborais que lhe assegurem os meios necessários à subsistência, não lhe é lícito opor, como obstáculo à concessão de benefício de natureza assistencial, aptidão para os atos necessários à vida diária independente.

2. *A expressão “incapacitada para a vida independente e para o trabalho”, inscrita no § 2º do art. 20 da Lei 8.742, de 07/12/1993, há de ser interpretada com os olhos voltados à independência econômica, sob pena de se torná-la incompatível com a ordem constitucional, expressa em reconhecer devido o benefício, conforme dispuser a lei, “à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.*

3. Precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça a propósito.

4. Nas ações previdenciárias, conforme orientação jurisprudencial do eg. Superior Tribunal de Justiça, prestações vincendas, para fins honorários sucumbenciais, são aquelas posteriores à prolação do ato decisório da lide junto ao primeiro grau da jurisdição, quando acolha o pleito deduzido pelo autor.

5. Recursos de apelação, adesivo e remessa oficial, tida por interposta, não providos (AC 2004.01.99.013506-8/GO, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Moreira Alves, DJ II de 16/03/2006, p. 52).

*Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Art. 20, § 2º, da Lei 8.742/1993. Portador do vírus HIV. Incapacidade para o trabalho e para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido pela família. Laudo pericial que atesta a capacidade para a vida independente baseado apenas nas atividades rotineiras do ser humano. Impropriedade do óbice à percepção do benefício. Recurso desprovido.*

I – A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família — tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/1993, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.

II – *O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo — o que não parece ser o intuito do legislador.*

III – Recurso desprovido (REsp 360202/AL, Rel. Min. Gilson Dipp, STJ, DJ I de 01/07/2002, p. 377, RSTJ 168/508).

Segundo a legislação acima transcrita, o benefício também é devido ao idoso, aquele que tem idade igual ou superior a 70 anos, *ex vi* do art. 20, *caput*, da Lei 8.742/1993. Esta idade, nos termos da própria Lei 8.742/1993 (art. 38), restou reduzida, a partir de 1º/01/1998, para 67 anos.

Com o advento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01/10/2003), com vigência para 90 dias após a sua pu-

blicação (art. 118), a idade foi reduzida ainda mais, para 65 anos, consoante se pode ver do seu art. 34, *verbis*:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Ocorre que os requisitos da deficiência e da idade são alternativos, devendo ser cumulados com outros requisitos constantes do já mencionado art. 20 da Lei 8.742/1993.

Primeiramente, trata-se de benefício não cumulativo com qualquer outro benefício já percebido no âmbito da seguridade social ou de outro regime, ressalvada a assistência médica (cf. art. 20, § 4º, da Loas, e REsp 753.414/SP, STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ I de 10/10/2005, p. 426).

Além disso, para fazer jus ao benefício, o portador de deficiência ou o idoso deve demonstrar a hipossuficiência financeira não apenas sua, mas também de sua família (art. 203, V, da CF/1988 e art. 20, § 3º, *in cit.*).

O conceito de família, para a Lei 8.742/1993, abrange o conjunto de pessoas que vivam sob o mesmo teto, nos termos do art. 16, *caput* e § 2º, da Lei 8.213/1991, compreendendo, objetivamente: o cônjuge, a companheira, o companheiro; o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

No entanto, vale destacar que, não obstante outras pessoas não estejam legalmente enumeradas como integrantes da família, o conjunto daqueles que efetivamente compõem o núcleo familiar deve ser analisado em cada caso concreto, em face do que dispõem os arts. 229 e 230 da Constituição Federal.

A hipossuficiência financeira exigida pela Loas tem como parâmetro o valor da renda mensal *per capita* de ¼ do salário mínimo dentro da unidade familiar. Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 1.232/DF (Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ I de 01/06/2001, p.

75), declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Loas, que impõe tal limite, à consideração de que trata-se de critério legal objetivo, independente de prova da condição de miserabilidade.

Ocorre que o julgador não pode olvidar o caso concreto quando restar comprovada, por outros meios, a condição de miserabilidade do postulante ao benefício.

Esta orientação tem sido adotada por este Tribunal e já restou pacificado no Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

*Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Agravo regimental. Art. 203, V, da CF/1988. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. Incidência dos Verbetes Sumulares 7 e 83/STJ. Precedentes.*

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.

2. (...) Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 529928/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ I de 03/04/2006, p. 389).

\*\*\*

*Recurso especial. Previdenciário. Assistência social. Benefício de prestação continuada. Tutela antecipada. Cabimento. Impossibilidade de exame dos seus pressupostos. Súmula 7/STJ. Comprovação de renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo. Desnecessidade. Incidência do Enunciado 83 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.*

1. (...)

3. “A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas.” (REsp 464.774/SC, da minha Relatoria, in DJ 04/08/2003).

4. Recurso especial improvido (STJ, REsp 539621/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ I de 02/08/2004, p. 592).

\*\*\*

*Constitucional. Previdenciário. Benefício de assistência continuada. Inciso V do art. 203 da*

CF/1988. Lei 8.742/1993. Decreto 1.744/1995. *Exigência de renda per capita inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. Avaliação da prova de miserabilidade. Termo a quo.*

1. Presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício de prestação continuada denominado amparo social ao deficiente físico (art. 203 da CF/1988 e art. 2º, V, Lei 8.742/1993), pois comprovado que o requerente é portador de deficiência física e que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. *“A jurisprudência desta Corte entende que para fins de obtenção do benefício de prestação continuada, é de caráter meramente objetivo a renda familiar de ¼ do salário mínimo, podendo o julgador, mediante a aferição de outros meios de prova, avaliar a impossibilidade financeira ou a condição de miserabilidade da família do necessitado (...)”* (AC 2001.34.00.020159-4/DF, Relator convocado Juiz Velasco Nascimento, Primeira Turma, DJ/II de 15/09/2003).

3. (...) Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas (TRF 1ª Região, AC 2005.01.99.065535-3/MG, Relatora Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, DJ/II de 20/04/2006, p. 26).

\*\*\*

*Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Art. 203 da CF. Lei 8.742/1993, art. 20. Comprovação dos requisitos. Direito ao benefício.*

1. A apelada preenche os requisitos previstos no art. 20 da Lei 8.742/1993, uma vez que é portadora de deficiência — anquilose das articulações, hipodermostamento óssea e muscular e alienação mental —, e presente condição de miserabilidade, correta a sentença que deferiu o benefício.

2. *“A jurisprudência desta Corte entende que, para fins de obtenção do benefício de prestação continuada, é de caráter meramente objetivo a renda familiar de ¼ do salário mínimo, podendo o julgador, mediante a aferição de outros meios de prova, avaliar a impossibilidade financeira ou a condição de miserabilidade da família do necessitado (...)”* (AC 2001.34.00.020159-4/DF, Relator convocado Juiz Velasco Nascimento, Primeira Turma, DJ 15/09/2003).

3. Termo inicial fixado na data do requerimento administrativo se àquela época já estava a autora interdita em virtude do mesmo mal que embasou a concessão da benesse.

4. Remessa oficial desprovida (TRF 1ª Região, REO 2000.36.00.002816-4/MT, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, DJ/II de 14/11/2005, p. 18).

No caso em exame, trata-se de pessoa portadora de miocardiopatia chagásica incapacitada para as atividades da vida laboral, suficientemente comprovadas pelo perito-médico (fl. 59) e pelo relatório social (fls. 62/63).

Apesar de o laudo médico pericial concluir que o autor está incapacitado para atividades profissionais que exerçam grandes esforços físicos, constata-se que o autor não tem outra qualificação profissional senão a de lavrador (fls. 20 e 22).

Relata o parecer social que o autor:

(...) não tem trabalho por motivo de saúde (problema do coração), desde então passou a viver com a ajuda da Igreja e da comunidade, em casa não tem o que cozinhar, faz duas refeições diárias (almoço e jantar), uma na casa de uma amiga que sempre o ajudou e a outra na casa da sopa. (...) que seus pais e dois irmãos são falecidos, todos com problemas de coração. Estudou até a 4ª série, não tem qualificação profissional, diz que no momento a única atividade laborativa que tem conseguido realizar é recolher algumas embalagens de refrigerante e cerveja, que são vendidas em média de R\$ 3,00 o quilo, o que não lhe proporciona uma renda suficiente a sua manutenção, declara que sua atividade anterior era de trabalhador braçal porém agora não tem mais conseguido desempenhar em consequência de seu problema de saúde. Diante da situação exposta pelo requerente e com base na análise técnica, entende-se que ele não possui renda para prover sua manutenção e nem apresenta meios para prover sua manutenção e nem apresenta no momento meios que possam mudar esta realidade”. (fl. 63)

Além do mais, o autor vive sozinho e não tem renda própria, dependendo de terceiros para prover sua subsistência.

O termo inicial para pagamento do benefício é a data da citação, eis que não há nos autos cópia de requerimento administrativo, nos termos da sentença monocrática.

As verbas em atraso devem ser corrigidas monetariamente a partir do vencimento de cada parcela, nos termos da Lei 6.899/1981 e das Súmulas 43 e 148 do eg. STJ, aplicando-se os índices legais de correção.

Os juros são devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida.

Os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas na data

da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do STJ).

Isto posto, *nego* provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a sentença monocrática.

É como voto.

# Segunda Turma

---

## Apelação Cível

**94.01.14769-8/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima  
Relatora convocada: A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva  
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Geraldo Henriques Cordeiro Soares  
Apelados: Vadson Márcio Valentim Costa e outro  
Advogados: Dr. José Osvaldo de Araújo e outro  
Publicação: DJ 2 de 19/03/2007

---

## Ementa

*Civil e Previdenciário. Prescrição. Inocorrência. Prazo que não corre contra incapaz. Pecúlio. Retorno de segurado aposentado à atividade abrangida pelo Decreto 83.080/1979. Cabimento. Filho. Dependente único. Critério do cálculo. Pagamento com atraso. Incidência de juros de mora e correção monetária.*

I – Não corre a prescrição contra incapazes. Art. 169,I, do Código Civil de 1916 e art.198,I, do atual.

II – É devido pecúlio ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se afastar, nos termos da redação do Decreto 83.080/1979, vigente à época. Precedentes da Corte.

III – Comprovação, por prova documental, do retorno do segurado aposentado ao exercício de atividade abrangida pelo RGPS, bem como do seu ulterior afastamento, a ensejar a percepção do pecúlio previsto em lei.

IV – A fluência da correção monetária e dos juros de mora impõe-se até o efetivo pagamento do pecúlio, para que não haja enriquecimento sem causa da previdência social, em detrimento do segurado.

V – Sentença mantida. Apelação não provida. Inexistente, na época, hipótese de remessa oficial.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 28/02/2007.

Juíza Federal *Mônica Neves Aguiar da Silva*, Relatora convocada.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva:* — 1. Cuida-se de apelação pela qual o INSS pretende a reforma da sentença que, ao julgar procedente o pedido, condenou a autarquia a pagar o pecúlio previsto no art. 55 do Decreto 89.312/1984 referente ao somatório das contribuições realizadas pelo seu pai, ex-segurado, na condição de aposentado por tempo de

serviço que voltou a exercer atividade sujeita ao regime da Previdência.

2. Ao recorrer, a autarquia alega inexistência de prova do direito reclamado, à mingua de comprovação do exercício de atividade pelo ex-segurado vinculada à Previdência Social no período de novembro de 1979 a março de 1983. Sustenta, ainda, que em se tratando de pecúlio não recebido em vida deve a prestação pecuniária ser dividida em frações iguais ao número de de-

pendentes ou sucessores do segurado. Assim, o autor somente poderia exigir sua quota-parte.

3. Houve contra razões.

4. O MPF opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva:* — 1. Julgo não assistir razão ao INSS. O pedido se destina ao pagamento de pecúlio que deveria ter sido feito ao ex-segurado em razão de recolhimentos efetuados à Previdência Social nas hipóteses em que já houvesse aposentadoria por tempo de serviço. Nesse sentido, a autorização legal concedida pelo Decreto 89.312/1984 vigente na data do óbito:

art. 55. O pecúlio a que tem direito os segurados de que tratam os §§5º e 7º do art. 6º é constituído pela soma das importâncias correspondentes às suas próprias contribuições referentes ao novo período de atividade, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 4% (quatro por cento) ao ano.

Art.56. O pecúlio não recebido em vida pelo segurado é devido aos seus dependentes ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento.

Por outro lado, o art.6º, §§5º e 7º referia-se à seguinte hipótese:

6º - É obrigatoriamente segurado, ressalvado o disposto no art. 4º:

§ 5º - Quem se filia à previdência, social urbana após completar 60 (sessenta) anos de idade tem direito somente ao pecúlio de que tratam os arts. 55 a 57, ao salário-família, à renda mensal vitalícia e aos serviços, sendo devido também o auxílio funeral;

§ 7º - O aposentado por tempo de serviço ou velhice pela previdência social urbana que continua ou volta a exercer atividade sujeita a esse regime tem direito, quando dela se afasta, somente ao pecúlio de que tratam os arts. 55 a 57, não fazendo jus, a outras prestações, salvo as decorrentes de, sua condição de aposentado, observado, em caso de acidente do trabalho, o disposto no art. 100.

Esse exatamente o caso dos autos.

Gervário Florentino Costa, na condição de aposentado por tempo de serviço desde 09/05/1973, com Benefício 42/15814422 retornou a atividade vinculada ao sistema previdenciário e, por imposição legal, passou a contribuir para o sistema, no período de 01/1980 a março de 1983 e, não tendo requerido, em vida o pagamento do pecúlio a que fazia jus, tal direito foi transferido, *ex lege*, para seus dependentes.

O indeferimento administrativo ocorrido em razão de reconhecimento da prescrição, por ter decorrido mais de cinco anos do afastamento do segurado, não pode prosperar, haja vista que não corre prescrição contra incapazes, hipótese legal que se adequa ao autor, o qual, nascido em 07/10/1972 e que, portanto, na data do óbito de seu pai — 03/03/1988 — tinha 15 anos de idade.

2. Também não assiste razão ao INSS em defender seja deferida apenas quota parte do benefício ao apelado, uma vez que não comprovou a existência de outros dependentes, certo que os sucessores somente adquirem direito ao recebimento do pecúlio quando não haja dependentes do falecido, o que não é a hipótese dos autos. No mesmo sentido,

*Previdenciário. Pecúlio. Decreto 89.312/1984.*

I – O pecúlio não recebido em vida pelo agravado, é devido aos seus dependentes ou, na falta deles, aos seus sucessores, na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento.

II – Negado provimento ao apelo, para confirmar *in totum o decisum* de primeiro grau de jurisdição. (AC 1997.01.00.019030-8/MG, rel. Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias)

*Processo Civil. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Previdenciário. Pecúlio. Dependente de ex-segurado. Restituição das contribuições iniciadas quando da vigência do Decreto 89.312/1984. Óbito do aposentado posterior à vigência da Lei 8.213/1991. Direito adquirido. Pagamento. Possibilidade.*

1. Não há que se falar em ilegitimidade ativa da viúva para pleitear o pagamento de pecúlio não recebido em vida pelo segurado, uma vez que ela é considerada dependente do falecido. Só há legitimidade dos sucessores na falta de dependentes. Precedentes desta Corte.

2. Restando comprovado nos autos que o falecido segurado, depois de aposentado exerceu nova atividade laboral e contribuiu, por força de

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Neuza Alves. Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima.

lei, por mais 13 anos para a Previdência Social, faz jus a viúva à restituição das contribuições, a título de pecúlio, nos termos dos arts. 55 e 56 do Decreto 89.312/1984, então em vigor quando da data em que se iniciaram as referidas contribuições, mesmo que o óbito daquele tenha ocorrido na vigência da Lei 8.213/1991. Tal entendimento visa evitar o enriquecimento ilícito do INSS e o empobrecimento sem causa dos dependentes do ex-segurado.

3. O termo *ad quem*, contudo, para o pagamento do pecúlio deve ser a data da promulgação da Lei 8.213/1991. Isto porque, sendo tal valor incorporado mensalmente ao patrimônio do falecido aposentado, este ou seus dependentes somente adquiriram o direito ao seu recebimento até o advento da legislação nova, que estabeleceu outras regras para o pagamento da referida verba.

4. Apelação parcialmente provida. Remessa necessária parcialmente provida para isentar o apelante do pagamento das custas processuais. Honorários advocatícios, nos termos da sentença, uma vez que a apelada decaiu de parte mínima do pedido (art. 21, parágrafo único, do CPC). (AC 1999.01.00.117221-7/MG, Rel. Juiz Federal Flávio Dino de Castro e Costa (conv.), Segunda Turma Suplementar, DJ de 03/02/2005, p. 109)

No mesmo sentido, julgados desta Turma:

*Previdenciário. Constitucional. Revisão de benefício concedido na vigência da Lei 8.213/1991. Renda mensal inicial. Equivalência entre salário de contribuição e salário de benefício. Inexistência de amparo legal. Preservação do valor real. Critério de reajuste definido em lei. Vinculação ao salário mínimo para qualquer fim. Impossibilidade.*

1. Em face dos limites em que deduzida a lide em juízo, revela-se despcienda a produção de prova pericial para o seu deslinde, pois cinge-se o objeto litigioso unicamente a questão de direito. Agravo retido não provido. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

2. Resta prejudicado pedido de deferimento de assistência judiciária quando já deferido no curso da instrução processual, pois suspensa fica a condenação nas verbas de sucumbência, *ex vi* do art. 12 da Lei 1.060/1950.

3. O cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário segue as normas vigentes ao tempo da sua concessão, é dizer, de quando adquirido o direito à prestação previdenciária.

4. Em se tratando de benefícios concedidos após a promulgação da Carta de 1988 e sob a égide da Lei 8.213/1991, o salário de benefício é calculado de acordo com os parâmetros estabelecidos no art. 202 da Lei Fundamental, em sua primitiva redação,

é dizer, equivale à média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição.

*5. Inexistente amparo legal à pretensão de que o salário de benefício seja igual ao número de salários mínimos em que consistia o salário de contribuição, ou ao número de salários mínimos da renda mensal inicial, sob pena de vincular-se o benefício previdenciário ao salário mínimo, ao arripio do art. 7º da Carta da República, conferindo-se ultratividade ao art. 58 do ADCT/1988 e aplicando-se-o, em descompasso com a vontade constituinte, a benefício posterior à Constituição.*

*6. A preservação do valor real do benefício previdenciário, a teor do regime constitucional vazio do art. 201, § 2º, em sua original redação, atual § 4º, na redação da EC 20/1998, dar-se-á conforme critérios definidos em lei.*

7. Preliminar rejeitada. Agravo retido não provido. Apelação não provida. (AC 1998.01.00.057880-5/BA, Rel. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (conv.), Segunda Turma, DJ de 24/11/2005, p. 35)

*Previdenciário. Revisão de proventos mediante aplicação de índices de reajuste idênticos aos adotados para reajustamento do salário de contribuição, para preservação de equivalência percentual em relação ao limite máximo deste quando da concessão do benefício.*

1. O reajustamento do valor dos benefícios de prestação continuada pagos pela Previdência Social se faz, por força do ordenamento constitucional em vigor, segundo critérios e índices definidos em lei, inexistindo direito à perene vinculação entre os proventos de aposentadoria e o percentual que a renda inicial da mesma equivalia em relação ao limite máximo do salário de contribuição então vigente.

2. Recurso de apelação a que se nega provimento. (AC 1998.38.00.042006-1/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Segunda Turma, DJ de 15/04/2003, p. 118.)

3. Cumpre salientar, ademais, que o benefício foi concedido em 18/05/1995 — fl. 9 — já na vigência, pois, dos critérios legais impostos pela Lei 8.213/1991 e seguintes. Posto isto, por estar a sentença combatida harmônica com o entendimento esposado e à míngua de regra legal que imponha a vinculação pretendida, voto pelo não provimento da apelação, prejudicado o exame do pedido de assistência judiciária porque já concedido. É o voto.

# Terceira Turma

## *Habeas Corpus*

**2007.01.00.001710-0/MA**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Impetrante: Jefferson Wallace G. M. Franca  
Impetrado: Procurador da República no Município de Imperatriz/MA  
Paciente: José Gomes da Fonseca  
Paciente: Luís Pereira Dias  
Publicação: DJ 2 de 19/03/2007

## **Ementa**

*Processual Penal. Habeas corpus. Sigilo bancário. Quebra. Crime de desobediência. Instauração de inquérito. Autoridade coatora: procurador da República. Pedido de arquivamento. Não cessação do constrangimento.*

I – A Constituição Federal não dotou o Ministério Público do poder de requisitar diretamente informações e dados bancários.

II – O art. 129, VIII, da Constituição de 1988 não autoriza o Ministério Público quebrar, diretamente, o sigilo bancário das pessoas, físicas ou jurídicas.

III – Não comete o crime de desobediência o gerente de instituição bancária que se recusa a fornecer ao Ministério Público dados bancários tidos por sigilosos.

IV – O fato de o Ministério Público, após ter requisitado a abertura de inquérito contra o gerente de instituição bancária que se lhe nega a fornecer dados bancários sigilosos, ter requerido o arquivamento, não faz cessar o constrangimento ilegal, uma vez que o inquérito pode não vir a ser arquivado.

V – *Habeas corpus* concedido para trancar o inquérito policial por falta de justa causa.

## **Acórdão**

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de José Gomes da Fonseca e de Luís Pereira Dias, para *trancar* o inquérito policial contra eles instaurado.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 26/02/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

## **Relatório**

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. Jefferson Wallace Gomes Martins Franca, advogado, inscrito na OAB/MA, sob número 6.677, com escritório na Av. Pedro II, 140, Centro, Cidade de São Luís, Maranhão, impetra ordem de *habeas corpus* em favor de José Gomes da Fonseca, brasileiro, casado, bancário,

residente na Rua Bandeirante 2, 1.156, Bairro Bandeirantes, Cidade de Estreito/MA; e de Luís Pereira Dias, brasileiro, casado, bancário, residente na Rua 10, 922, também na Cidade de Estreito/MA, contra ato do Procurador da República no Município de Imperatriz, Estado do Maranhão, Ricardo Magalhães de Mendonça.

Alega que o Procurador da República determinou instauração de inquérito policial contra os pacientes

por crime de desobediência por não terem, na qualidade de Gerente Geral (José Gomes da Fonseca) e Supervisor Administrativo da Agência de Estreito do Banco da Amazônia S/A, fornecido dados bancários tidos por sigilosos — “o nome dos titulares das contas bancárias e dos eventuais sacadores dos cheques emitidos no período compreendido entre os dias 01/01/2004 e 31/02/2005”.

Afirma que: “Não havendo obrigação de prestar as informações bancárias sem determinação judicial, e nem havendo ilicitude nos atos dos funcionários, fica evidente que não existe justa causa para a continuidade do inquérito policial, que, aliás, nem houve justa causa para a sua abertura”.

2. Liminar concedida para suspender o andamento do inquérito (fls. 24/26).

3. Foram prestadas informações pelo Procurador da República Pedro Henrique Oliveira Castelo Branco, que esclareceu que pediu arquivamento do inquérito instaurado contra os pacientes (fls. 31).

4. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Guilherme Zanina Schelb, entende que o presente *habeas corpus* restou prejudicado, tendo em vista a perda de seu objeto (fls. 46/50).

5. É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Concedi a liminar nestes termos (fls. 24/26):

O interesse do Ministério Público em poder requisitar diretamente das Instituições Bancárias os dados e informações necessários à instrução do procedimento investigatório instaurado é grande.

Observe-se, no entanto, que o art. 3º da Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, não prevê a requisição de dados e informações bancárias, de forma direta, pelo Ministério Público e sim por intermédio do Poder Judiciário. Dispõe o artigo:

*Serão prestadas pelo Banco Central do Bra-*

*sil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.(destaquei).*

A Constituição Federal não dotou o Ministério Público do poder de requisitar diretamente informações e dados bancários. Melissa Folmann (*in* Sigilo Bancário e Fiscal à Luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá. 2001, p. 86-87):

Outra questão que suscitava discrepância referia-se à interpretação dos arts. 8.º, inciso IV, da Lei Complementar 75/1993, e 26, inciso II, da Lei 8.625/1993, ambos os dispositivos dizem de a capacidade de o Ministério Público obter informações.

Presos a uma literalidade um tanto quanto falha da lei, havia quem dissesse que o órgão supra poderia quebrar o sigilo bancário sem recorrer ao Judiciário, face aos artigos retro mencionados combinados com o §2º do art. 8º da Lei 75/1993. Contudo, numa brevíssima consideração sobre o tema, podia-se dizer que tanto com uma interpretação literal, quanto sistemática, ou outra que se prefira, *chega-se à inexorável conclusão de que o Ministério Público não foi laureado com tal poder.*

Primeiramente, as leis retro citadas estão num patamar hierarquicamente inferior à Constituição; logo, não podem permitir o que esta veda. Pois, ao que consta, o art. 5º, incisos X e XII, resguarda o sigilo; e ainda, na letra do que dispõe o art. 129, do mesmo diploma legal, não há dentre as funções do Ministério Público tal prerrogativa (destaquei).

O Supremo Tribunal Federal entende que o Ministério Público não pode pedir a quebra do sigilo bancário *diretamente* às instituições bancárias e sim apenas por intermédio do Poder Judiciário, sob o fundamento que a Lei 8.625/1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, é ordinária e que a Constituição Federal não atribuiu expressamente a essa instituição o poder de diretamente requisitar a quebra de sigilo.

Tranqüilamente, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a quebra do sigilo bancário não pode ser diretamente determinada pelo Ministério Público. No RE 215.301-0/CE, a 2ª Turma, por unanimidade,

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Saulo José Casali Bahia e Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocados).

em sessão de 13/04/1999 (*DJ* 28/05/1999), Relator Ministro Carlos Velloso, entendeu que:

A norma inscrita no inciso VIII do art. 129 da CF não autoriza o Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade que a Constituição Federal consagra, art. 5.º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa (destaquei).

O eminente Relator assim conclui seu voto:

Em suma, o art. 129, VIII, [da Constituição de 1988], não autoriza ao Ministério Público quebrar, diretamente, o sigilo bancário das pessoas.

Na quebra de sigilo — que “possui extração constitucional, reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em conseqüência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado”, no dizer do Ministro Celso de Mello (*in voto* vogal no MS 21.729-4/DF, p. 100) —, o juiz deve ter, inexoravelmente, o monopólio da primeira palavra. Explica José Joaquim Gomes Canotilho (*in* Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5. ed., Lisboa: Almedina, 2002, p. 662):

Diz-se que um *monopólio da primeira palavra*, *monopólio do juiz* ou *reserva absoluta de jurisdição* quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas.

Afinal, seria a própria parte determinando a quebra de sigilo no seu próprio interesse. Na hipótese, no interesse da acusação.

No RE 215.301-0/CE, fls. 1.309/1.310, disse o eminente Relator, Ministro Carlos Velloso:

(...) deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729/DF, por se tratar de um direito que tem *status* constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. *O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte — advogado da sociedade — a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição?* Lembro-me de que, no antigo Tribunal Federal de Recursos, um dos seus

mais eminentes membros costumava afirmar que “o erro do juiz o tribunal pode corrigir, mas quem corrigirá o erro do Ministério Público?” Há órgãos e órgãos do Ministério Público, que agem individualmente, alguns, até, comprometidos com o poder político. O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esses Brasis, se o direito das pessoas ao sigilo bancário pudesse ser quebrado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária, por representantes do Ministério Público, que agem individualmente, fora do devido processo legal e que não têm os seus atos controlados mediante recursos? (destaquei).

2. Tenho que o presente *habeas corpus* não perdeu seu objeto em razão de a autoridade ter requerido o arquivamento do inquérito que requereu que fosse instaurado, tendo em vista que não houve fundamento para sua instauração, pois o pedido de arquivamento depende de apreciação do juiz.

3. Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de José Gomes da Fonseca e de Luís Pereira Dias, para *trancar* o inquérito policial instaurado contra eles.

4. É o voto.

# Quarta Turma

## Apelação Criminal

2002.30.00.002267-0/AC

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Ney Bello – auxiliar  
Apelante: José Edmar Santiago de Melo Júnior  
Procuradores: Dr. Paulo Alves da Silva, Dr. Francisco Silvano R. Santiago e outros  
Apelada: Justiça Pública  
Procurador: Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo  
Publicação: DJ 2 de 02/03/2007

## Ementa

*Penal. Processo Penal. Crime contra a administração da justiça. Coação de testemunhas. Art. 344 c/c art. 71, ambos do Código Penal. Autoria e materialidade comprovadas. Suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995). Impossibilidade. Sentença mantida.*

I – O conjunto probatório produzido nos autos, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, demonstra com clareza a prática do delito imputado ao acusado, qual seja, a grave ameaça às testemunhas arroladas em processo eleitoral, em trâmite no Tribunal Regional Eleitoral no Estado do Acre.

II – Não procede o pedido do apelante de retorno dos autos à Vara de origem para fins de aplicação da suspensão condicional do processo previsto na Lei 9.099/1995, face à preclusão

III – O Juiz *a quo*, ao fixar a pena, obedeceu o sistema trifásico adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Individualizou e motivou minuciosamente a pena do acusado, devendo, pois, ser mantida.

IV – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, à medida que a concessão desse benefício legal dependeria da inocorrência da “grave ameaça”, o que não é o caso.

V – A pena de multa também deve ser mantida na forma arbitrada na sentença recorrida

VI – Apelo improvido.

## Acórdão

Decide a Turma negar provimento ao apelo, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 29/01/2007.

Juiz Federal *Ney Bello*, Relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Ney Bello:* — Cuida-se de apelação interposta por José Edmar Santiago de Melo Junior, já devidamente qualificado nos presentes autos, em face da sentença (fls. 233/239) que em sede de embargos declaratórios (fl. 345) acolheu a pretensão punitiva do Estado deduzida na denúncia para condenar

o ora apelante como incurso no delito previsto no art. 344 c/c o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão no regime aberto e multa de 150 dias-multa, à razão de 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente à época dos fatos para cada dia-multa.

Inconformado o apelante argüi, preliminarmente, em suas razões de apelo (fls. 285/306), que seja re-

conhecido o erro na sentença recorrida, para que a fixação de eventual pena não ultrapasse o mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano e 2 (dois) meses, reduzindo-se ainda pela metade a multa fixada. No mérito, requer seja dado provimento ao presente recurso para que seja reformada a sentença, absolvendo o apelante por absoluta falta de provas, ou ainda por não ter o mesmo cometido o crime. Se assim não entender, requer seja determinado o retorno dos autos à origem para fins de aplicação dos benefícios da Lei 9.099/1995, bem assim na hipótese de permanecer a condenação, que seja a mesma substituída por prestação de serviços à comunidade.

As contra-razões foram apresentadas (fls. 334/341).

O Ministério Público Federal, nesta instância, opinou pelo improvimento do recurso de apelação.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Ney Bello:* — Esse o teor do requerimento ministerial iniciando o feito:

*O Ministério Público* vem à presença de Vossa Excelência oferecer a presente denúncia contra:

José Edmar Santiago de Melo Júnior, alcunha Júnior, brasileiro, casado, estudante, portador da cédula de identidade de número 0258124 SSP/AC e CPF (MF) sob o número 585604322-72, residente na Rua Caramuru, 34, Estação Experimental em Rio Branco, AC, pela prática dos seguintes

Fatos Delituosos:

1 – Narra o presente caderno indiciário que no dia 03/10/2002, na sede da Procuradoria Eleitoral foram colhidos pela autoridade policial competente, Delegado de Polícia Federal Dr. Vitor Arantes da Silva Júnior, os depoimentos de José da Silva de Oliveira, Gelsicleide Costa Cavalcanti, Simone Costa Sales e Alda de Lima Cássio, todos uníssonos no sentido de que encontrava-se em curso esquema de captação ilícita de votos por parte do pai do denunciado, José Edmar Ronivon Santiago de Melo, conforme documentos que junto.

2 – Com base nestes depoimentos, o Ministério Público Federal requereu mandado de busca e apreensão na residência do cadastrador, Sr. Advil-

son Nascimento de Lima, e, posteriormente, com base nos dados fornecidos por este, foi requerida busca e apreensão na casa de Geralda Costa da Silva, salientando que em ambos os casos a Polícia Federal logrou êxito em encontrar farto material utilizado em cadastramento de eleitores.

3 – Todavia, para surpresa do órgão ministerial eleitoral, que inclusive havia assistido os depoimentos de Gelsicleide Costa Cavalcanti, Simone Costa Sales na qualidade de curador, em assentada levada a efeito no dia 18/11/2002 — fls. 4, perante o i. Sr. Corregedor Regional Eleitoral, as versões foram modificadas de forma radical, exceto a de José da Silva Oliveira, tendo, inclusive, o último depoimento atestado a existência de conluio entre depoentes para sustentarem uma versão pré-fabricada perante a autoridade policial.

4 – Como Vossa Excelência pode constatar, houve no dia 18/11/2002 uma tentativa de livrar José Edmar Ronivon Santiago de Melo de qualquer responsabilidade pelos ilícitos eleitorais cometidos, hoje sabemos mediante coação, o que levou o Ministério Público Eleitoral a requisitar abertura de inquérito policial, com a devida urgência, pois o processo eleitoral é célere e a perda da prova pode ter efeitos fatais.

5 – Chamada a depor em sede policial, a testemunha Rosete Costa de Moraes, fls. 39/40, afirmou:

“Que gostaria de esclarecer que seu primeiro depoimento, prestado na polícia, é o verdadeiro; que mudou o segundo depoimento, prestado em Juízo, em razão da enorme pressão que sofreu dos parentes de Ronivon Santiago, em especial do seu filho chamado Junior; que, na ocasião, Júnior afirmou que se a depoente e seu marido “ferrassem” Ronivon Santiago, os mesmos iriam também se “ferrar”, pois, o candidato se livraria das acusações em Brasília, enquanto Advilson iria ser condenado em Rio Branco;... que a coação consistiu em um “terrorismo psicológico”, ...”

6 – O depoimento de Alda de Lima Acácio, fls. 41/42, confirma o ilícito eleitoral, dizendo que não havia entendido a pergunta perante o Juiz Corregedor, o que não condiz com a realidade, pois o termo de folha 8 está redigido em termos claros: “sendo certo que o mesmo não ofereceu R\$ 100,00 (cem reais) para que as pessoas votassem nele.”, tal contradição é melhor explicada pela assertiva de que teria recebido um telefonema intimidatório — fls. 42 quarta e quinta linhas.

7 – Lucilo Jorge Filho, em depoimento de folhas 44/46, afirmou ter estado presente no TRE/AC no dia 18/11/2002, pois esperava sua vez para depor como testemunha, tendo visto que familiares

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes e o Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

de Ronivon Santiago estivessem presente, em especial Júnior, que havia se dirigido às testemunhas da acusação no processo contra seu pai, Geralda, Advilson, Alda, Rosete, Gelsicleide e Simone, afastando-as de todos, conversando por longo período, tendo fornecido alimentação ao meio-dia.

8 - Preso preventivamente, José Edimar Santiago de Melo Júnior declarou que esteve presente no TRE/AC durante a audiência (grafado erroneamente como dia 19), tendo sido procurado por Advilson antes da audiência, afirmando que este lhe disse estar com medo de dizer a verdade, pois havia sido pressionado por policiais federais para testemunhar contra Ronivon. Confirmou a compra de alimentos, mas disse que foi por pedido de Advilson. Posteriormente afirmou que Advilson teria efetuado chantagem senão mudaria o depoimento do dia 18.

9 – José da Silva Oliveira, fls. 57/58, confirma que observou Advilson, Rosete, Gelsicleide e Simone, no dia 18/11/2002, estarem sempre em companhia de Júnior, tendo sido inclusive procurado pelo denunciado neste dia, tendo o mesmo procurado tomar satisfações com o mesmo.

10 – Advilson Nascimento de Lima, fls. 60/63, no dia 22/11/2002, perante a Polícia Federal, confirmou ter sido pressionado por Júnior, filho de Ronivon Santiago, revela que não pediu o almoço, sendo este oferecido por Júnior, ainda, afirmou que segundo Júnior ele, Advilson, iria se “ferrar”, enquanto seu pai sairia livre, sendo que na oportunidade Júnior afirmou que... “tinha vontade de juntar um pessoal para “dar um pau” em um tal de Francisco, que havia sido preso e algemado no Comitê;” que, devido a essa coação psicológica, o declarante e sua esposa resolveram, por puro temor, não falar toda a verdade no dia da audiência,” ...

11 – As condutas lesivas do denunciado ficam evidenciadas no termo de reinquirição prestado por Advilson Nascimento de Lima, perante o Excelentíssimo Sr. Corregedor Eleitoral e sob o crivo do contraditório, quando, inclusive, a defesa de Ronivon Santiago resolveu contraditar a testemunha, em que pese em seu primeiro depoimento não tê-lo feito, alegando que a testemunha não estava obrigada a depor por fatos que responde criminalmente.

Nesta oportunidade, Advilson Nascimento de Lima esclareceu que havia mentido em Juízo no dia 18/11/2002 porque teria sido abordado no corredor do prédio do TRE/AC por Júnior, o qual é filho do investigado, confirmando que Júnior teria dito-lhe várias vezes que quem iria se ferrar seria ele Advilson. Reafirmou que atuava como cadastrador para Ronivon Santiago tendo, inclusive, cadastrado

Gelsicleide, Simone e Alda para votarem neste candidato por R\$ 100,00. Mais adiante, respondendo a perguntas da defesa de Ronivon disse que Júnior ameaçou dizendo que: “se acusasse Ronivon Santiago quem pagaria o pato era o depoente”, bem como Júnior o instruiu a “segurar a mentira”, ou seja “não acusar o pai dele” (fls. 69, quarta linha e seguintes).

12 – Em acareação entre o denunciado, Rosete Costa de Moraes e Advilson Nascimento de Lima, fls. 74/75, Rosete e Advilson reafirmaram seus primeiros depoimentos e acrescentaram que em nenhum momento fora pressionada por agentes federais para mudar a verdade dos fatos, que Advilson não solicitou dinheiro a Júnior.

13 – Perante o Juízo Eleitoral da 1ª Zona deste Estado, as testemunhas confirmaram a presença de Junior no TRE/AC no dia 18/11/2002, que ele providenciou alimentação, bem como a testemunha Gelsicleide afirmou que possuía advogado na pessoa de Paulo Alves da Silva, ou Paulo Goiás, que casualmente é o advogado de Ronivon Santiago, advogado que tem banca em Brasília, sendo ela e Simone as únicas testemunhas que mantiveram a alegação que Ronivon estava cadastrando pessoas para trabalhar.

14 - Como se depreende, Junior, ou José Edimar Santiago de Melo Junior, efetivamente esteve no TRE/AC no dia 18/11/2002, buscando incessantemente coagir as testemunhas de acusação Advilson Nascimento de Lima, Rosete Costa de Moraes, José da Silva de Oliveira, Gelsicleide Costa Cavalcanti, Simone Costa Sales e Alda de Lima Cássio no processo AIJE 16/2002, mediante ameaças de que iriam se “ferrar”, que pretendia “dar um pau” em outra pessoa que estava envolvida em processo semelhante —Francisco Garcia da Costa Representação Eleitoral 140/2002, por captação de sufrágio, igualmente contra seu pai Ronivon Santiago, através do contato ininterrupto com as testemunhas da acusação, fornecendo inclusive alimentação, salientando que em momento algum esteve presente na sala da audiência.

Assim agindo, José Edimar Santiago de Melo Junior incidiu por seis vezes nas penas do art. 344, pelo que o Ministério Público Federal oferece a presente denúncia, requerendo o recebimento, seguindo-se a citação do denunciado para interrogatório e demais atos processuais, sob pena de revelia, preenchidas as demais formalidades legais, até final julgamento e conseqüente condenação.” (fls. 2/6).

O ilustre juiz *a quo*, analisando os fatos narrados na denúncia, assim decidiu:

(...)

12. Para a perfeita caracterização do tipo penal inserido no art. 344 do Código Penal, avulta como imprescindível que o agente tenha procedido com violência ou grave ameaça, esclarecendo, a propósito, Damásio Evangelista de Jesus:

“Não basta o emprego de ameaça. É necessário que seja grave, i. e., capaz de incutir temor a um homem normal. Esse, o mal prenunciado, pode ser justo ou injusto.”

13. Do exame dos elementos probantes carreados nesta ação criminal, verifico a existência de quadro demonstrador de que as declarações e atos do réu se afiguraram, efetivamente, como suficientes para acarretar temor e justificável receio, hábil a impedir fosse efetivada a livre contribuição, pelas testemunhas, para a persecução criminal encetada em sede eleitoral. Aliás, o receio foi de tal ordem que as testemunhas modificaram suas declarações, *mentindo* em Juízo.

14. E aqui um esclarecimento prévio é necessário para melhor contextualizar os fatos. O *pai* do acusado, José Edmar Santiago, respondia a procedimento eleitoral para perda do cargo porque teria aliciado eleitores mediante promessa e pagamento de dinheiro a quem nele votasse, em conduta deplorável e aviltante. Durante a instrução daquele procedimento eleitoral, o réu adentrou nas dependências do Tribunal Regional Eleitoral e ali ameaçou as testemunhas, violando um espaço no qual as testemunhas têm que se sentir livres para depor, sem receio de serem prejudicadas por colaborar com a Justiça. A ameaça foi de tal ordem que as testemunhas efetivamente modificaram seus depoimentos, *mentindo* em Juízo.

15. Em que pese o acusado José Edmar Santiago de Melo Júnior ter negado a autoria do crime, tem-se que suas declarações carecem de amparo, restando nada crível a versão por ele apresentada, quando cotejada às assertivas expostas pelas testemunhas coagidas:

Advilson Nascimento de Lima -- fls. 190/191

“Enquanto aguardava para ser ouvido foi abordado pelo réu Ronivon Santiago Júnior, o qual lhe disse entre outras coisas ‘estava chateado com o rapaz que prestou depoimento contra seu pai na polícia e que estava com vontade de dar um pau nele’, (...) ‘que sobraria processo apenas para quem acusasse seu pai, Ronivon Santiago’. Disse também ao declarante que quem acusasse Ronivon ‘estava ferrado’. Quando foi abordado pelo réu Júnior, ainda não havia prestado depoimento. (...) Posteriormente, a sua esposa lhe liga e se diz preocupada, sentindo-se nervosa com aquela situação na delegacia. Quando sua esposa retorna da Polícia Federal, o

depoente reflete juntamente com ela de que deveriam falar a verdade, pois haviam mentido ao depor no TRE. Mentiram porque sentiam medo de Júnior e da promessa de que quem depusesse contra seu pai não só estaria ferrado como seria processado e levaria pau. Resolveram ir junto procurar o Juiz Eleitoral, o que foi feito esclarecendo que haviam mentido e que de fato havia recebido a proposta de Ronivon Santiago para que votasse mediante o pagamento de R\$ 100,00 (cem reais) na sua candidatura”. (...) Quando Júnior disse que quem depusesse contra seu pai estava ferrado e tinha vontade de ‘dar um pau’, se sentiu como destinatário daquelas palavras, ameaçado.”

Rosete Costa de Moraes — fls. 192/193

“Estava no corredor do TRE para depor quando ali chegou uma pessoa perguntando se a depoente era testemunha e caso positivo se seria acusação ou defesa. A depoente respondeu que era testemunha de acusação e perguntou àquela pessoa se era parente de Ronivon Santiago. Aquela pessoa se identificou como sendo filho de Ronivon Santiago, dizendo chamar-se Júnior. Em seguida, Júnior começou a dizer que as pessoas que denunciaram seu pai iriam se ferrar, que o processo contra o seu pai não daria em nada, que o problema seria resolvido em Brasília e que resultaria em pizza. Sentiu-se coagida e quando foi depor, mentiu em Juízo, mudando seu depoimento anterior. (...) A depoente foi abordada por Júnior mais de uma vez, sempre com o mesmo assunto e ameaça. (...) Mudou seu depoimento em razão do medo que sentiu de Júnior e das ameaças por ele proferidas.”

16. Enfatize-se que as testemunhas, num primeiro depoimento perante a Polícia Federal, afirmaram que haviam recebido de Ronivon Santiago, então candidato a Deputado Federal. Posteriormente, perante o Juiz Corregedor Eleitoral, as testemunhas, coagidas, modificaram seus depoimentos, *negando* — em razão da coação recebida — tivessem recebido dinheiro para votar no pai do réu. Posteriormente, comparecem perante o Juiz Corregedor e prestam novo depoimento, retratando-se das declarações anteriores.

17. O relato das testemunhas é confirmado pelo depoimento da testemunha Lucilo, Policial Federal que estava aguardando para ser ouvido e percebeu que as testemunhas estavam nervosas, inquietas, além de constatar a presença — indevida — do réu nas mesmas dependências onde as testemunhas estavam:

“Foi intimado para depor no TRE no dia 18 de novembro e percebeu grande inquietação entre as testemunhas, como se não estivessem à vontade naquele recinto. Percebeu que o réu Júnior Santiago

conversava com as testemunhas. (...) Das testemunhas a que lhe pareceu mais amedrontada era Rose-te. (...) No TRE nenhuma das testemunhas disseram ao depoente que estavam se sentindo coagidas, mas no dia seguinte, Rosete e Advilson confirmaram que estavam se sentindo coagidos.” (fls. 196/197).

18. Acresce a estes elementos de convicção a ausência de justificativa do réu para se fazer presente ao TRE e conversar com testemunhas que ali estavam para depor explicitamente contra seu pai, fazendo prova contra si — mais do que absolvendo — sua declaração (fl. 165) de que comprou comida para as testemunhas, cooptando simpatias de pessoas paupérrimas às custas de sua miséria, em idêntico procedimento ao processo usado para cooptar votos e consciências.

#### Da Dosimetria da Pena

18. Afirmado o delito, passo a dosar-lhe a pena com observância das diretrizes emanadas dos arts. 59 e 68 do Código Penal.

19. O réu é primário e não há notícia de antecedentes penais. Ênfase que a coação deu-se nas dependências do Tribunal Regional Eleitoral, com proximidade de policiais federais e do aparato judicial, afrontando o réu, com sua ousadia e intenso desrespeito, a própria Justiça, que tinha e tem a função de oferecer aos réus e testemunhas segurança e tranquilidade, razão por que fixo a pena-base no mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão, e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, arbitrados em 1/4 do salário mínimo vigente à época do fato.

20. Ausentes agravantes ou atenuantes, assim como causas de aumento ou diminuição da reprimenda, aplico-lhe, com lastro no art. 71 do Código Penal, o aumento de 1/6 (um sexto) da sanção, perfazendo o total de 3 anos de reclusão.

21. Estabeleço o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Diante da ausência de casa de albergado o réu deverá se recolher todo dia, a partir das 18 horas e até às 6 horas, ao presídio local.

22. Sinalo, por oportuno, que não se afigura viável a *substituição* da pena privativa de liberdade aplicada, com lastro no inciso I do art. 44 do Código Penal, ante o fato de ser inerente ao tipo averiguado nesta ação o elemento da “grave ameaça”, que se mostra impeditivo à concessão do comentado benefício.

23. Considerando que a instrução dos processos foi encerrada sem outros incidentes, permito ao réu apelar sem prévio recolhimento à prisão.

Dispositivo

24. Ante o exposto, acolho a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra José Edmar Santiago de Melo Junior, como incurso no delito estampado no art. 344, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, impondo-lhe pena de 3 (três) anos de reclusão no regime aberto e multa de 150 dias-multa à razão de 1/4 do salário mínimo vigente à época dos fatos para cada dia-multa.

25. Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do apenado no rol dos culpados, bem como se oficie ao TRE/AC, para os fins do art. 15, inciso III, da Constituição Federal, dando-se início ao cumprimento da pena.

26. Custas pelo condenado. Deduzidas as custas e a multa ora imposta, *restitua-se* eventual saldo da fiança ao réu.

P.R.I. (fls. 235/239).

O réu interpôs, nas fls. 242/243, onde se lê:

“José Edmar Santiago de Melo Júnior, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, pelo advogado abaixo suscrito, escritório profissional em Rio Branco, Rua Independência, 257 — Baixa da Colina, com fundamento no art. 619 e CPP, tempestivamente, apresentar embargo de declaração, com o fim de ver corrigido contradição da r. sentença, pelo seguinte motivo:

A r. sentença quando da dosimetria da pena, às fls. 238, primeiro parágrafo, estampou:

“... razão por que fixo a pena-base no mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão, e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, arbitrados em 1/4 do salário mínimo vigente à época do fato”.

“Ausentes agravantes ou atenuantes, assim como causas de aumento ou diminuição da reprimenda, aplico-lhe, com lastro no art. 71 do Código Penal, o aumento de 1/6 (um sexto) da sanção, perfazendo o total de 3 anos de reclusão”.

Aqui está a contradição, pois se a pena-base foi de 02 anos, ou seja, 24 meses, incidindo sobre esta pena o aumento de 1/6, teremos um aumento de 4 meses e não de 12 como foi constante da sentença, sendo certo que o total da pena deveria ser de 2 anos e 4 meses e não de três anos, como está ali fixado.

Sendo assim, para fins de suprir a falha, requer-se a este juízo, seja acolhido o presente embargo, para que suprida a falha, seja publicada a sentença de forma correta, segundo a dosimetria, realmente adotada por este juízo. (fls. 242/243).

Acolhidos o foram, na forma da sentença integratória do seguinte teor:

José Edmar Santiago de Melo Júnior ofereceu embargos de declaração à sentença proferida às folhas 233/239, alegando que a mesma encerra contradição, tendo em vista que o aumento da pena está em desacordo com o índice fixado, ou seja, a pena-base foi de dois anos de reclusão e sobre ela incidiu aumento de 1/6 (um sexto), que corresponde a quatro meses, sendo fixada, entretanto, a pena definitiva de três anos, quando deveria ser de dois anos e quatro meses.

2. Conheço e acolho os embargos (art. 382, do CPP), visto que a pena definitiva aplicada está em contradição com o índice de aumento nela fixado, motivo pelo qual declaro a sentença de folhas 233/239, passando os itens 20 (vinte) e 24 (vinte e quatro) a ter a seguinte redação:

“20. Ausentes agravantes ou atenuantes, assim como causas de aumento ou diminuição da reprimenda, aplico-lhe, com lastro no art. 71 do Código Penal, o aumento de 1/6 (um sexto) da sanção, perfazendo o total de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

José Edmar Santiago de Melo Júnior

24. Ante o exposto, acolho a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra José Edmar Santiago de Melo Júnior, como incurso no delito estampado no art. 344, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, impondo-lhe a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão no regime aberto e multa de 150 dias-multa à razão de 1/4 do salário mínimo vigente à época dos fatos para cada dia-multa.”

3. Na parte que não foi objeto de correção, permanece a sentença como lançada nos autos.

4. Publique-se, anote-se a retificação por certidão na última página da própria sentença destes autos (fl. 239), no seu registro e intemem-se.” (fl. 245).

O apelante argüi, em preliminar, que a fixação da pena-base acima do mínimo legal e que serviu de cálculo para a causa de aumento (1/6), deu-se de forma equivocada.

Entretanto esta preliminar confunde-se com o mérito do recurso e com este será apreciada.

## Mérito

Não merece censura a sentença proferida em primeiro grau.

Com efeito, ao contrário do que alega o apelante, que argumenta não ter cometido o delito que lhe está sendo imputado e que deve ser absolvido por absoluta

falta de provas, o conjunto probatório produzido nos autos, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial demonstra com clareza a conduta do acusado, qual seja, a grave ameaça às testemunhas que foram depor em processo eleitoral em trâmite no Tribunal Regional Eleitoral/Acre.

A ameaça é também constatada pelos depoimentos prestados em Juízo nos presentes autos pelas testemunhas, em especial aquele prestado por Rosete Costa de Moraes às fls 194/195 nesses termos:

(...)

Estava no corredor do TRE para depor quando ali chegou uma pessoa perguntando se a depoente era testemunha e caso positivo se seria acusação ou defesa. A depoente respondeu que era testemunha de acusação e perguntou àquela pessoa se era parente de Ronivon Santiago. Aquela pessoa se identificou como sendo filho de Ronivon Santiago, dizendo chamar-se Júnior. Em seguida, Júnior começou a dizer que as pessoas que denunciaram seu pai iriam se ferrar, que os processos contra o seu pai não dariam em nada, que o problema seria resolvido em Brasília e que resultaria em pizza. Sentiu-se coagida e quando foi depor mentiu em Juízo, mudando seu depoimento anterior. Posteriormente, procurou o Juiz Eleitoral e retificou seu depoimento falando a verdade. O acusado Júnior esteve no TRE durante todo o dia e abordava as testemunhas, embora a depoente não ouviu o que ele disse para as outras. A declarante foi abordada por Júnior mais de uma vez, sempre com o mesmo assunto e ameaça. (fl. 194).

Não há que se falar, portanto, em inexistência de provas, vez que a materialidade e a autoria do delito restaram por demais demonstradas pelas provas trazidas aos autos.

Quanto ao pedido do apelante, consubstanciado no retorno dos autos à Vara de origem para fins de apreciação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/1995, entendo ser inoportuno, em face da preclusão.

Nesse sentido, eis o entendimento consolidado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

Acórdão

RESP 444932/SP; Recurso Especial 2002/0077208-6

Fonte DJ, data:07/04/2003, p.: 00355

Relator Min. Fernando Gonçalves (1107)

Data da decisão 20/03/2003

Orgão julgador T6 – Sexta Turma

## Ementa

*Processual Penal. Suspensão condicional do processo recusa do Parquet. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Conversão. Julgamento. Apelação. Diligência. Incidência. Lei 9.099/1995. Impossibilidade.*

1. A Terceira Seção desta Corte tem pacificado entendimento no sentido de que, à falta de proposta de suspensão condicional do processo, por parte do Ministério Público, deve o magistrado aplicar, de forma analógica, o art. 28 do CPP, não podendo, de ofício, deferir a medida (EREsp 185.187/SP, DJU de 22/11/1999)

2. *Afigura-se inviável, em sede de apelação criminal, após proferida sentença condenatória, a conversão do julgamento em diligência para a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/1995, em face da preclusão da questão, porquanto já ultrapassado o momento processual próprio. Precedentes.*

3. Recurso conhecido e provido. (grifo nosso).

No que tange à fixação da pena, entendo que o Juiz monocrático obedeceu ao sistema trifásico adotado pelo nosso ordenamento jurídico, quando de sua aplicação, ou seja, individualizou e motivou minuciosamente a pena do acusado. Logo, uma vez demonstrado o acerto do magistrado na dosimetria do decreto condenatório, entendo por bem manter a pena definitiva de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime aberto, ficando ainda mantida a multa de 150 dias-multa, à razão de 1/4 (um quarto) do salário-mínimo vigente à época dos fatos para cada dia-multa.

Com relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade, melhor sorte não socorre o apelante, à medida que a concessão do referido benefício legal dependeria da incorrência da “grave ameaça”, ou seja, no presente caso não é possível tal substituição porque esse requisito constitui elemento objetivo do tipo.

Com essas considerações e por inexistirem nos autos provas capazes de contrapor e afastar a conduta típica e anti-jurídica do acusado, entendo por bem manter a condenação de José Edmar Santiago de Melo Junior pela prática do crime descrito no art. 344 c/c o art. 71, ambos do Código Penal, na forma definida na sentença de primeira instância.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É o voto.

## Voto Revisor

*O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes:* — Feita a revisão no presente feito, acrescento ao relatório de fl. 349, a circunstância de que o presente feito está sendo rejuizado em face do decidido por esta 4ª Turma, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração de fl. 381, cuja ementa assim dispõe:

*Processual Penal. Embargos de declaração. Nulidade. Efeito infringente. Possibilidade.*

1. Em havendo requerimento expresso no sentido de que as intimações sejam feitas em nome de determinado advogado, sua inobservância configura nulidade da intimação, nos termos do art. 370, §1º, do Código de Processo Penal.

2. Embargos acolhidos. (fl. 381).

Cuida-se de recurso de apelação interposto por José Edmar Santiago de Melo Junior contra v. sentença que, julgando procedente a pretensão contida na denúncia, condenou-o pela prática do delito previsto no art. 344 c/c o art. 71, ambos do Código Penal.

*Data venia* de eventual entendimento em contrário, verifica-se não merecer provimento a apelação ora em análise, devendo, portanto, ser mantida a v. sentença recorrida.

Com efeito, da análise dos autos, constata-se que tanto a materialidade quanto a autoria do delito em comento restaram demonstradas, não havendo que se falar em insuficiência de provas a ensejar a condenação.

Chega-se a esse ponto de vista, quando se atenta para os testemunhos de acusação de fls. 187/197, que atestam, *data venia*, em consonância com os demais elementos de provas contidos nos autos, que o ora acusado usou de coação no curso de processo eleitoral em trâmite no Tribunal Regional Eleitoral/AC, conforme testemunho de Rosete Costa de Moraes, *in verbis*:

(...) Estava no corredor do TRE para depor quando ali chegou uma pessoa perguntando se a depoente era testemunha e caso positivo se seria acusação ou defesa. A depoente respondeu que era testemunha de acusação e perguntou àquela pessoa se era parente de Ronivon Santiago. Aquela pessoa se identificou como sendo filho de Ronivon Santiago, dizendo chamar-se Júnior. Em seguida, Júnior começou a dizer que as pessoas que denunciaram seu pai iriam se ferrar, que os processos contra o seu pai não dariam em nada, que o problema seria resolvido em Brasília e que resultaria em pizza. Sen-

tiu-se coagida e quando foi depor mentiu em Juízo, mudando seu depoimento anterior. Posteriormente, procurou o Juiz Eleitoral e retificou seu depoimento falando a verdade. O acusado Júnior esteve no TRE durante todo o dia e abordava as testemunhas, embora a depoente não ouviu o que ele disse para as outras. A declarante foi abordada por Júnior mais de uma vez, sempre com o mesmo assunto e ameaça. (...) (fl. 194).

Quanto ao pedido de apreciação da suspensão condicional do processo prevista na Lei 9.099/1995, verifica-se estar preclusa essa questão, pois já proferida sentença em primeiro grau de jurisdição, razão pela qual não merece amparo a pretensão do acusado, ora apelante.

No que se refere à dosimetria da pena, tem-se que o MM. Juízo Federal *a quo* observou os parâmetros estabelecidos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, não merecendo acolhida, assim, a irresignação do apelante.

Por fim, em relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade, constata-se não encontrar amparo a pretensão do acusado, considerando o disposto no art. 44, I, do Código Penal e o elemento objetivo do tipo penal inscrito no art. 344 do Código Penal. Essa circunstância afasta, *data venia*, a possibilidade da substituição requerida.

Diante disso, nego provimento à presente apelação criminal.

É o voto.

# Quinta Turma

---

## Apelação em Mandado de Segurança

**2001.35.00.003061-0/GO**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira  
Apelante: Manoel Alves de Souza  
Advogado: Dr. Antônio Leite Pereira  
Apelada: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab  
Advogados: Dr. Adolfo Graciano da Silva e outro  
Publicação: DJ 2 de 08/03/2007

---

### Ementa

*Direito Administrativo. Conab. Subvenção econômica. Entrada da mercadoria na empresa de destino. Obrigação de resultado. Roubo da carga no trajeto. Direito ao recebimento do prêmio. Inexistência.*

I – O impetrante, para poder receber prêmio (subvenção econômica), de R\$ 66.420,00 (sessenta e seis mil, quatrocentos e vinte reais), relativo ao comércio de algodão, deveria apresentar à Conab, entre outros documentos, “cópia autenticada do Livro de Registro de Entradas/Saídas de Mercadorias da Indústria de Fiação, para confronto com as Notas Fiscais”.

II – Alega que não pôde cumprir essa exigência porque a mercadoria fora roubada no trajeto para a Indústria de Fiação, conforme termo de ocorrência policial juntado, tendo a Conab, por isso, se negado a efetuar o pagamento do referido prêmio.

III – A Conab destina-se a promover o abastecimento de mercadorias, podendo fazê-lo diretamente ou mediante estímulo a outras pessoas. Neste caso, não adquire mercadoria para depois distribuí-la; opta por pagar um prêmio para que o produtor ou revendedor a coloque no mercado dentro de determinadas condições e prazos, por sua conta e risco.

IV – A Conab não tem interesse na simples compra e venda de mercadorias. Seu interesse é no resultado final: o adequado abastecimento do mercado.

V – Por essas e outras características da operação, é fácil concluir que o recebimento da subvenção depende de um resultado: a efetiva colocação do produto nesse mercado, diretamente, pelo produtor ou revendedor, cumprindo-se, assim, a finalidade institucional daquela empresa pública. A apresentação do documento de entrada da mercadoria no destino não era uma simples exigência burocrática, mas constituía a prova de que fora atingido o resultado indispensável para o recebimento do prêmio.

VI – A obrigação do impetrante era, pois, uma obrigação de resultado, não obrigação de meio, na tradicional classificação do Direito Civil. Nesse tipo de obrigação, é irrelevante que o resultado não tenha sido alcançado por motivo de força maior ou caso fortuito. Não alcançado o resultado, não há direito à contraprestação.

VII – Negado provimento à apelação.

### Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 21/02/2007.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:*  
— Na sentença, de fls. 138-143, foi indeferido o pedido sob o fundamento de que, “não tendo cumprido satisfatoriamente as exigências contidas no Aviso Específico de Leilão 347/2000, o impetrante não faz jus ao recebimento do prêmio retendido, faltando-lhe, portanto, o requisito da certeza de seu direito”.

Apela o impetrante, argumentando que: a) “exime-se o devedor de cumprir a obrigação ou de responder pelos prejuízos, uma vez demonstrado que a inexecução se deveu à verificação de caso fortuito ou força maior”; “apurada a ocorrência do acontecimento necessário inevitável, à vista das circunstâncias particulares à espécie, desaparece, para o credor, o direito a qualquer indenização” (Caio Mário da Silva Pereira); b) “na sentença de primeiro grau houve inversão de valores na interpretação dada à luz dos ensinamentos retro colados, uma vez que, quem deveria ser desobrigado é o Apelante”; c) “no que tange à entrega de algodão à indústria de fiação, ficou resolvido por perecimento (roubo) da carga, sem qualquer discussão”; “quanto à outra obrigação do Apelante que era entregar os aludidos documentos à Conab, esta (obrigação do apelante) também deve ser extinta pela mesma razão”; d) “deve ser extinta a obrigação, mas não o direito”; “aquela obrigação de entregar o restante de documentos, era apenas acessória da obrigação principal, das quais o Apelante cumpriu todas que foram possíveis”; e) “dizer que o roubo não supre a ausência de tais documentos acessórios é *data venia* um grande equívoco da ilustre magistrada, e mostra-se contraditório com os próprios fundamentos da sentença”; f) “a obrigação principal não pode ser atingida pelo acessório que se perdeu sem culpa, até mesmo pela sua insignificância, pois nada mais era do que um excesso de burocracia”; f) “a força maior que impossibilitou o cumprimento da obrigação foi dissecada nos autos durante a discussão do tema e não deixou dúvidas que era impossível ao apelante fornecer aquela parte acessória dos documentos exigidos”; g) “com o pagamento ao Apelante a Conab não estará absorvendo nenhum prejuízo, pois o prêmio devido ao Apelante está previsto no programa do Governo Federal, que visa tão somente desincumbir-se da compra direta do algodão (que certamente seria mais onerosa à União Federal) como de fato desincumbido ficou”.

A Conab, em contra-razões, responde que: a) “a subvenção econômica concedida pelo Governo tem como único objetivo a venda e entrega do produto ao seu destinatário final (indústria ou exportação), possibilitando a política de equalização de preços”; b) “uma das exigências é a apresentação da documentação relativa à entrada do produto no destinatário final, ou seja, na indústria de fiação ou exportação, conforme expressamente consta” do Aviso Específico de Leilão 347/2000; c) o impetrante “não cumpriu todas as exigências para ter direito aos respectivos prêmios, nos termos do regulamento de recompra, sabendo que a medida prevista no Regulamento 001/1997 e Aviso Específico de Leilão 347/2000 visa equalizar os preços de exercícios das opções de venda lançadas pelo Governo e os preços praticados no mercado, cuja meta ainda constitui-se no acompanhamento e comprovação da efetiva entrega do produto no destinatário final (indústria de fiação) ou exportação”; d) “de acordo com o art. 1092 do CCB, o contraente não pode exigir o cumprimento do outro antes de cumprida sua obrigação”.

O Ministério Público Federal opina pela confirmação da sentença, por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:*  
— O impetrante, para poder receber prêmio (subvenção econômica), de R\$ 66.420,00 (sessenta e seis mil, quatrocentos e vinte reais), relativo ao comércio de algodão, deveria apresentar à Conab, entre outros documentos, “cópia autenticada do Livro de Registro de Entradas/Saídas de Mercadorias da Indústria de Fiação, para confronto com as Notas Fiscais”.

Alega que não pôde cumprir essa exigência porque a mercadoria fora roubada no trajeto para a Indústria de Fiação, conforme termo de ocorrência policial juntado, tendo a Conab, por isso, se negado a efetuar o pagamento do referido prêmio.

A Conab destina-se a promover o abastecimento de mercadorias, podendo fazê-lo diretamente ou mediante estímulo a outras pessoas. Neste caso, não

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e Selene de Almeida.

adquire mercadoria para depois distribuí-la; opta por pagar um prêmio para que o produtor ou revendedor a coloque no mercado dentro de determinadas condições e prazos.

A Conab não tem interesse na simples compra e venda de mercadorias. Seu interesse é no resultado final: o adequado abastecimento do mercado.

Por essas e outras características da operação, é fácil concluir que o recebimento da subvenção depende de um resultado, que não é a simples desoneração da Conab quanto à compra do produto para depois colocá-lo no mercado, mas a efetiva colocação do produto nesse mercado, diretamente, pelo produtor ou revendedor, cumprindo-se, assim, a finalidade institucional daquela empresa pública. A apresentação do documento de entrada da mercadoria no destino não era uma simples exigência burocrática, mas constituía a prova de que fora atingido o resultado indispensável para o recebimento do prêmio.

A obrigação do impetrante era, pois, uma obrigação de resultado, não obrigação de meio, na tradicional classificação do Direito Civil. Nesse tipo de obrigação, é irrelevante que o resultado não tenha sido alcançado por culpa do obrigado ou por motivo de força maior ou caso fortuito. Não alcançado o resultado, não há direito à contraprestação. Aliás, se devesse ser considerado o fato — o noticiado roubo das mercadorias —, a necessidade de dilação probatória (uma vez que não parece suficiente para comprová-lo de plano um simples termo de ocorrência policial) tornaria impróprio o mandado de segurança.

Nego, pois, provimento à apelação.

É o voto.

# Sexta Turma

## Apelação Cível

**2002.33.00.021465-0/BA**

Relatora:	A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Relator:	O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)
Relator para acórdão:	O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante:	Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados:	Dr. Geraldo Rezende de Almeida e outros
Apelante:	Caixa Seguradora S/A
Advogados	Dra. Bianca Ferreira Santana e outros
Apelado:	Everaldo Pinho Santiago – Espólio
Advogado:	Dr. Marcus Vinicius de Carvalho Oliveira
Publicação:	DJ 2 de 19/03/2007

## Ementa

*Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Seguro obrigatório. Falecimento do mutuário. Quitação do contrato, na proporção do comprometimento de renda do mutuário falecido.*

I – A cláusula contratual que exclui da cobertura securitária os casos de óbito resultante de doença pré-existente pressupõe que o mutuário, ao celebrar o contrato, tivesse conhecimento da doença, o que não ficou evidenciado, no caso, em que há declaração do médico de que o mutuário desconhecia a gravidade da doença que o acometia.

II – Direito à quitação parcial do saldo devedor, na proporção do comprometimento de renda do mutuário falecido.

III – Sentença confirmada.

IV – Apelações desprovidas.

## Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Relator, negar provimento à apelação da Caixa Seguradora e, ainda, por maioria, vencidos, em parte, o Exmo. Sr. Relator e o Exmo. Sr. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos, dar parcial provimento à apelação da CEF, nos termos do voto do Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 29 /01/2007.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator para acórdão.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo*: — Trata-se de apelações cíveis interpostas pela Caixa Econômica Federal e Caixa Seguradora S/A

contra sentença que, em ação revisional de contrato de financiamento obtido pela Carteira Hipotecária, acolheu o pedido de quitação parcial do saldo devedor em face do óbito do mutuário Everaldo Pinho Santiago, ocorrido posteriormente à assinatura do contrato, e o

pedido para que se promova a atualização monetária do saldo devedor somente após o abatimento do valor correspondente a cada prestação mensal, rejeitando os demais pedidos relacionados ao reajuste das prestações, especialmente por considerar inaplicável ao caso as regras pertinentes ao SFH.

Alega a CEF, nas razões de apelação (fls. 208-214), que a sentença deve ser reformada tendo em vista que há cláusula expressa no contrato de não cobertura do seguro em face de doença preexistente, sustentando que o óbito do segurado, ocorrido em 04/02/2000, teve como causa comprovada o diagnóstico de câncer, atestado em 18/03/1999, ou seja, em data anterior à assinatura do contrato, que foi celebrado em 17/11/1999.

Alega, também, que a única forma de se preservar o equilíbrio da operação é fazer com que, na forma contratada e legal, em primeiro lugar se corrija o saldo devedor para calcular os juros e correção monetária do período e, para então, deduzir a quota de amortização.

A Caixa Seguradora S/A alega, em seu recurso, que deve ser reconhecida sua ilegitimidade parcial no tocante aos pedidos que envolvem o recálculo das prestações imobiliárias e, inclusive, os relacionados ao estabelecimento do prêmio de seguro, que são de competência da CEF e determinações da Susep, concluindo, então, que responde somente pelo pedido de quitação parcial do saldo devedor, em decorrência do sinistro.

Sustenta, quanto ao mérito, que os documentos existentes nos autos comprovam que o segurado Sr. Everaldo Pinho Santiago já era portador de doença que o levou a óbito em pouquíssimo tempo depois da contratação do financiamento, ou seja, há dois meses e alguns dias depois, pois o contrato foi celebrado em 17/11/1999 e o seu falecimento ocorreu em 04/02/2000.

Afirma que no documento de fl. 95, que contém informações prestadas pelo médico assistente do *de cujus*, o Dr. Walmirando Guimarães Santos ficou esclarecido que o segurado já estava acometido de moléstia (neoplasia maligna) há 8 (oito) meses anteriores à celebração do contrato, eis que foi realizada em 18/03/1999 intervenção cirúrgica que diagnosticou tal doença.

Argumenta que o Juiz partiu de premissa equivocada de que o segurado não tinha doença, por se pautar na declaração do médico de que o falecido não sabia sobre o seu real estado de saúde, prosseguindo com o

raciocínio de que a situação era no mínimo duvidosa, pois competia à esposa do segurado, a Sra. Zenaide Santiago, a qual contratou igualmente o seguro, fazer declarações verídicas, tanto sobre o seu próprio estado de saúde como o de seu esposo.

Argumenta, ainda, que devem prevalecer as cláusulas contratuais que excluem a cobertura do sinistro de doença preexistente, porquanto estas, na qualidade de cláusulas restritivas, foram bem destacadas no contrato, de modo a atender as disposições do Código de Defesa do Consumidor, em especial, o seu art. 54, parágrafo quarto (fls. 217-229).

Contra-razões apresentadas às fls. 232-235.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo:* — Inicialmente, analiso a preliminar levantada pela Caixa Seguradora.

Defende a Seguradora que só está legitimada a responder pelo pedido de cobertura parcial do financiamento, em decorrência do sinistro, sendo que não tem qualquer responsabilidade acerca do pedido revisional das prestações e dos valores cobrados como prêmio de seguro, o qual é de exclusiva responsabilidade da CEF que age na qualidade de estipulante e segue orientações da Susep e do SFH.

A preliminar merece acolhimento, pois a Seguradora, de fato, não tem qualquer relação com as disposições contratuais que envolvem os valores cobrados a título de prestações. Da mesma forma ocorre em relação à discussão do valor de prêmio de seguro, pois a jurisprudência deste Tribunal já se posicionou no sentido de que as seguradoras não estão legitimadas para tais causas.

Nesse sentido:

*Agravo de instrumento. Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Ilegitimidade passiva da sasse – Companhia de Seguros Gerais.*

1. Tratando-se de causa que versa sobre questões relativas ao cumprimento do contrato de

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Moacir Ferreira Ramos e David Wilson de Abreu Pardo (convocados). Ausentes, por motivo de férias, os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação (SFH), bem como sobre a imposição da seguradora (SASSE – Companhia de Seguros Gerais) e o valor do prêmio do seguro, não tem esta legitimidade passiva em litisconsórcio necessário, uma vez que encontra-se representada pela CEF no contrato respectivo. Precedentes desta Corte.

2. Agravo de instrumento provido. (AG 2000.01.00.127254-2/MT, Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves – convocado, Sexta Turma, DJ de 03/04/2006, p. 56.)

*Processual Civil e Sistema Financeiro da Habitação. Ação ordinária. Pretendida suspensão do pagamento das prestações apoiada em laudo técnico elaborado unilateralmente pelo mutuário. Seguradora. Ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação.*

1. Antecipação de tutela. Indeferimento, à míngua de prova inequívoca, que convença da verossimilhança da alegação da autora de que o contrato de mútuo se encontra quitado, não se podendo aceitar, como tal, laudo contábil produzido unilateralmente e não submetido ao crivo do contraditório.

2. Legitimidade da CEF, para a revisão do percentual de seguro contratado, preposta que foi da seguradora, funcionando como intermediária obrigatória do processamento da apólice de seguro e do recebimento de eventual indenização.

3. Agravo desprovido. (AG 2003.01.00.024486-1/MG, Relator Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ de 16/05/2005, p. 102.)

Assim, reconheço a ilegitimidade da Caixa Seguradora quanto aos referidos pedidos.

A questão de mérito inicial é saber se é devida ou não a cobertura parcial do saldo devedor de imóvel (mútuo adquirido pela Carteira Hipotecária), pelo seguro, pleiteada pelo espólio de Everaldo Pinho Santiago, em decorrência da morte do segurado, ocorrida após a celebração do contrato, cabendo destacar que não houve recurso do Autor quanto ao indeferimento dos demais pedidos de revisão contratual.

Transcrevo parte da sentença, nos pontos que são necessários ao julgamento da lide (fls. 202/204):

No caso em comento, os mutuários firmaram com o agente financeiro um contrato de financiamento habitacional com cobertura securitária plena, em 17/11/1999, havendo previsão expressa de quitação do saldo devedor nos casos de *invalides permantente* ou *morte*, nos termos da Apólice

Compreensiva Habitacional, onde a CEF atua na condição de estipulante e mandatária dos devedores (cláusula 10ª, fl. 31, verso).

Em fevereiro de 2000, veio a ocorrer o óbito do co-mutuário Everaldo Pinho Santiago (certidão de fl. 28), sendo requerida administrativamente a quitação proporcional do saldo devedor do financiamento habitacional, pleito que restou negado pela Seguradora, conforme Termo de Negativa de Cobertura de fl. 93, ante o argumento de que a doença que levou o segurado à morte era preexistente ao contrato.

Tal posicionamento, entretanto, não faz sentido.

Primeiro, porque o documento que a parte ré apresenta como sendo hábil a comprovar, de forma irrefutável, a preexistência da doença que acometeu o antigo mutuário não detém essa qualidade, na medida em que aponta a data de 17/03/1999 como marco sugestivo do diagnóstico do carcinoma, do qual, frise-se, nem teve conhecimento o de cujus, conforme resposta do médico submetido ao questionário de fls. 94/95, que, no item 13, ao ser perguntado se o ex-segurado fora informado sobre seu real estado de saúde, respondeu negativamente, justificando, logo após, que “o ex-segurado não tinha estrutura emocional para ser informado”.

Esta realidade afasta a asserção subliminar de existência de má fé ou dolo por parte do antigo segurado no momento da contratação, demonstrando que as cláusulas dispostas no contrato de seguro estão em consonância com o princípio da boa fé contratual, que tem sua aplicabilidade consagrada em todo Ordenamento Jurídico, em especial no que tange aos contratos de seguro, com natureza eminentemente aleatória.

Ademais, ainda que a tese das rés estivesse plenamente configurada, mesmo assim o fato da seguradora não ter promovido uma persecução mais detalhada do estado de saúde do segurado, no momento da contratação, não permitiria viesse agora, em momento posterior ao seu óbito, alegar doença preexistente e negar a cobertura securitária, uma vez que tal desídia revelaria a assunção do risco de celebração da avença naquelas condições obscuras, posicionamento que o Superior Tribunal de Justiça albergou em julgamento de causa similar à presente, conforme o seguinte aresto, verbis:

“Seguro. Banco. Legitimidade passiva. Doença preexistente. É parte legítima para responder à ação em que é cobrado o cumprimento de contrato de seguro de vida, o estabelecimento bancário que propõe o seguro quando da assinatura de contrato de financiamento, celebrado na mesma agência,

mediante a interferência do pessoal do banco e de entidade securitária ligada ao mesmo grupo.

*Celebrado o contrato de seguro nestas condições, sem nenhuma exigência quanto ao conhecimento do real estado de saúde do segurado, não pode o responsável, depois do recebimento do prêmio, recusar-se ao pagamento do seguro. Precedentes.*

Recurso não conhecido, (grifos não originais)

(STJ – Superior Tribunal de Justiça; resp – Recurso especial – 332787; DJ data: 15/04/2002 p. 225; Quarta Turma; Min. Ruy Rosado de Aguiar)

Ocioso dizer, ao final, que na composição da renda familiar para a obtenção do financiamento, figurou o de cujus com 35,25% (trinta e cinco, vírgula vinte e cinco por cento) de seu salário, circunstância que o tornou, desde o início, segurado meeiro na operação ora discutida, devendo acarretar a quitação parcial do saldo devedor, na exata proporção do percentual de comprometimento de sua renda, para efeito de obtenção do empréstimo.

Com a devida vênia do entendimento da sentença apelada, não concordo com a tese de que a situação de enfermidade preexistente ao contrato não ficou confirmada. Também não concordo que a questão de cobertura de seguro obrigatório em financiamento de imóvel possa ser resolvida preponderantemente pela prevalência do princípio da boa-fé contratual, motivado pelo alegado desconhecimento do segurado quanto ao seu real estado de saúde.

Apesar de serem concisos os documentos que instruem o pedido de cobertura do sinistro (fls.93-95), entendo que neles há informações precisas para a solução da lide.

Observo que no Comunicado de Sinistro por Morte (fl. 95), na parte que contém informações do médico assistente do *de cujus*, o Dr. Waldomiro Guimarães Santos – CRM 4220, foi por ele respondido que o segurado, Sr. Everaldo Pinho Santiago, submeteu-se à cirurgia – laparotomia exploradora em 18/03/1999 (item 11) e que foram aventadas hipóteses de diagnóstico da causa da morte em 17/03/1999, constando, ainda, nesse formulário, que a causa da morte foi uma lesão invasiva do aparelho digestivo, mesma causa constante do atestado de óbito, de fls.28, que indica o falecimento em 04/02/2000.

Não obstante a informação, no item 7.1 do formulário, de que o diagnóstico foi fechado no dia da morte (04/02/2000), o que denota contradição nas

informações prestadas pelo médico assistente, pergunta-se porque respondeu no item 13, acerca da cientificação do segurado sobre o seu estado de saúde, que “o ex-segurado não tinha estrutura emocional para ser informado”.

Tal afirmação afasta qualquer dúvida de que realmente a doença já existia desde que foi submetido à laparotomia exploradora – destinada ao diagnóstico de câncer. É até possível que o segurado tenha sido poupado de saber sobre a gravidade da doença pela qual estava acometido, já que é prática costumeira no âmbito da medicina de evitar informações ao paciente que possam abalar ainda mais o seu estado emocional.

De todo modo, soam pertinentes as seguintes observações da apelante Caixa Seguradora:

Ora, eminentes julgadores, ainda que o médico assistente do segurado tenha declarado não lhe ter informado o seu real estado de saúde, ponto que será analisado adiante, como poderia o ex-segurado ter-se submetido a cirurgia sem saber sua causa? Teria sido enganado pelo médico e, inclusive por seus familiares? Teria sido conduzido a força? Teria sido dopado durante todo o iter cirúrgico e, inclusive, no seu pós-operatório, de modo a nunca ter respaldo para questionar a realização da cirurgia?

Resta claro que tais hipóteses ilustrativas são simplesmente inaceitáveis. A cirurgia para constatar o diagnóstico do segurado falecido, de onde resultou ser ele portador de câncer, foi efetivamente realizada em 18/03/1999. Este é fato incontestado, em nenhum momento questionado.

Ora, não se acredita que o diagnóstico conclusivo tenha sido omitido do Sr. Everaldo, nem muito menos de seus familiares, sobretudo da sua esposa a Sra. Zenaide Santiago, a qual igualmente contratou o seguro, acessório do financiamento, de forma que do mesmo modo lhe cabia fazer declarações verídicas acerca do seu estado de saúde e do seu esposo, co-mutuário, na remotíssima hipótese deste ser desconhecedor do seu estado patológico.

Aceitar tais absurdos fáticos e entender pelo desconhecimento do ex-segurado da patologia de que era portador e que lhe levou ao óbito apenas 2 (dois) meses após a contratação do seguro, seria o mesmo que entender que o médico assistente lhe tolheu a chance de se curar ou melhorar o seu estado de saúde por meio dos meios terapêuticos existentes.

Mas, mesmo sendo verdade o fato de não saber da doença e ter celebrado contrato nessas condições de saúde, tanto é que o falecimento ocorreu a pouco

mais de dois meses da celebração do contrato, não faz com que a seguradora tenha que arcar com o ônus do sinistro.

A situação dos autos é diferente da hipótese em que a pessoa contrata seguro de vida pessoal ou em grupo, onde as prováveis coberturas são inerentes ao próprio risco do negócio. Nesses casos, de fato, o entendimento jurisprudencial do STJ é de que a seguradora deve pagar o prêmio de seguro independentemente de o segurado ser portador de doença preexistente.

Os seguros obrigatórios nos contratos de financiamento decorrem de imposição legal – Lei 4.380/1964, com regulamentação posterior pela Medida Provisória 2.197-43, de 24/08/2001, instrumentos estes que remetem às normas específicas que regem os financiamentos imobiliários.

Com efeito, os mutuários, no momento de assinatura do contrato de financiamento, concordaram com a contratação de seguradora escolhida pela CEF, bem como com os termos e abrangência da cobertura obrigatória, nos quais continham a restrição ora em discussão.

Transcrevo a cláusula pertinente ao seguro (fl. 31-verso):

*Cláusula décima – seguro* – Durante a vigência deste contrato e até a amortização definitiva da dívida, os devedores concordam, e assim se obrigam, a manter o seguro contra morte, invalidez permanente e danos físicos do imóvel, através da Apólice habitacional Carta de Crédito – CEF, a qual figurará como Estipulante e mandatária dos devedores

*Parágrafo primeiro* – a cobertura do seguro se dará a partir da assinatura deste instrumento, regendo-se pelas cláusulas e condições constantes da Apólice, as quais são neste ato entregues aos devedores.

*Parágrafo segundo* – Em conformidade com a Apólice de Seguro os devedores ajustam que a indenização que vier a ser devida, na hipótese de morte ou invalidez permanente, será apurada proporcionalmente à participação de cada devedor na composição de renda, da seguinte forma: composição da renda – devedora – Zenaide Juliana Neri de Souza Santiago – percentual – 64,75% – devedor – Everaldo Pinho Santiago – percentual – 35,25%.

*Parágrafo terceiro* – Os devedores declaram estar cientes de que não contarão com as coberturas do seguro por morte ou invalidez permanente quando tais sinistros resultarem de acidente ocor-

rado ou doença adquirida comprovadamente em data anterior à assinatura deste Instrumento.

Da mesma forma, na Apólice de Seguro, está reproduzida a restrição de cobertura, conforme Cláusula 5ª que trata dos riscos excluídos (item 5.1.1).

Assim, as cláusulas que excluem da cobertura do seguro doença anterior à assinatura do contrato (lei da época do contrato), devem ser respeitadas, não sendo possível, no caso, prestigiar, apenas, a boa-fé do contratante, por ele pretensamente não ter tido conhecimento do seu real estado de saúde.

O fato de a seguradora não exigir exame de saúde na ocasião da contratação não a obriga, também, a arcar com o pagamento do seguro, cuja cobertura decorre de legislação específica sobre o assunto, como já foi mencionado.

Ilustra bem a questão, o seguinte julgado do STJ, *in verbis*:

*Seguro habitacional. Sistema Financeiro da Habitação. Moléstia preexistente.*

Se, ao tempo da contratação, o mutuário encontrava-se no gozo de auxílio-doença, decorrendo a aposentadoria do agravamento da moléstia, não há como arrear a cláusula de exclusão do risco. A circunstância de a seguradora ter ciência do estado de saúde do segurado é irrelevante, pois a modalidade de seguro de que se cuida decorre de imposição legal. Recurso conhecido e provido. (REsp 34210/SC, Relator Min. Costa Leite, Terceira Turma, DJ de 05/08/1996, p. 26342.)

Merece reforma, também, a sentença apelada, no ponto em que determina que a amortização do saldo devedor deve ser feita antes de sua atualização.

Cumpra notar, que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Representação de Interpretação 1.288, julgou, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que “não mais prevalecem, a partir do Decreto-Lei 19/1966, e com relação ao SFH, as normas dos parágrafos do art. 5º da Lei 4.380/1964, com ele incompatíveis”. Assim sendo, a alínea *c* do art. 6º da mesma lei, por referir-se aos contratos previstos no art. 5º, não pode prevalecer sobre os preceitos referentes à correção monetária estabelecidos pelo Decreto-Lei 19/1966.

O sistema de correção do saldo devedor passou a ser, desde a edição do Decreto-Lei 19/1966, disciplinado pelo extinto Banco Nacional da Habitação, dado que tal diploma legal atribuía ao BNH a competência

para a edição de instruções que definissem o método de aplicação da correção monetária às operações do SFH.

Com a extinção do BNH, o Conselho Monetário Nacional passou a editar as normas de regência do SFH, adotando, para a correção do saldo devedor, o método previsto na Circular 1.278/1988, e explicitado no art. 20 da Resolução 1.980/1993, que assim dispõe:

*Art. 20. A amortização decorrente do pagamento de prestações deve ser subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data.*

Mesmo que se entendesse, contudo, que a alínea c do art. 6º da Lei 4.380/1964 deva prevalecer sobre o comando do Decreto-Lei 19/1966, apesar da decisão vinculante do STF na Representação de Interpretação 1288, considero que o texto da referida alínea não comporta, *data maxima venia*, a interpretação dada pela sentença.

Com efeito, ao referir-se à amortização de ao menos parte do valor do financiamento ou do preço “em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros” a lei não determinou que a amortização fosse feita levando-se em consideração o saldo devedor defasado de um mês. Isto não está escrito na lei e esta interpretação afasta-se da lógica matemática e, por isso, conduziria ao enriquecimento ilícito do mutuário em detrimento do mutuante.

O que a lei determinou foi que o contrato deveria estabelecer o pagamento de pelo menos parte do preço por meio de prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, ou seja, apenas por ocasião do reajustamento anual previsto no art. 5º da mesma lei, haveria alteração do valor das prestações mensais. Determinou, ainda, a lei que as prestações mensais deveriam incluir parcelas de amortização e juros. Mas em momento algum ordenou que a amortização ocorresse em relação a um valor desatualizado do saldo devedor.

A correção do saldo devedor (TR mais juros), antes da subtração da mensalidade paga, é imperativo da lógica matemática, visto que o período aquisitivo da remuneração já transcorreu. É óbvio o motivo de tal procedimento, que é idêntico ao adotado nas operações passivas do sistema (FGTS e poupança). Para quem deposita em poupança e faz resgate um mês depois, pri-

meiro são creditados os rendimentos (TR mais 0,5% de juros a.m.) para depois ser abatido o valor resgatado.

Verifica-se, portanto, que a atualização do saldo devedor antes de que seja dele debitado o valor da prestação paga é imperativo da lógica e da matemática e decorre não apenas dos atos normativos do BNH e do Conselho Monetário Nacional, mas também do sistema de correção monetária previsto no art. 1º do Decreto-Lei 19/1966 e no art. 15 da Lei 8.692/1993.

A correção monetária plena das obrigações tem sido reconhecida como imperativo de Direito e de Justiça mesmo nas hipóteses em que não há previsão legal, como forma de evitar-se o enriquecimento ilícito de uma das partes em detrimento da outra. É notório o exemplo dos expurgos inflacionários julgados devidos pela pacífica jurisprudência do STJ, por construção jurisprudencial, não apenas sem respaldo na literalidade da lei, mas, ao contrário, *a despeito* da literalidade das leis que ordenaram os expurgos.

Somente teria sentido lógico e matemático a pretensão de debitar-se primeiro a prestação do saldo devedor e, em seguida, atualizá-lo, se o pagamento da prestação se desse no primeiro dia do mês considerado, ou seja, trinta dias antes do vencimento da prestação mensal.

Mas o que ocorre é que o saldo devedor permanece defasado por um mês e, no dia do pagamento da prestação mensal, o valor do saldo devedor calculado há um mês não mais reflete o valor atualizado da dívida. Cumpre, portanto, atualizar o valor da dívida, na data do pagamento da prestação, e só então deduzir o valor da prestação do saldo devedor atualizado. Não seria necessário ato normativo algum do Conselho Monetário para estabelecer tal procedimento. Sequer seria necessária previsão legal para tanto, embora esta exista, consubstanciada no art. 1º do Decreto-Lei 19/1966 e no art. 15 da Lei 8.692/1993. Bastaria a aplicação da jurisprudência uníssona do Egrégio STJ que prestigia a correção monetária plena das obrigações, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes da relação contratual, no caso o agente financeiro e, indiretamente, o Sistema Financeiro da Habitação.

Ressalto que esse entendimento foi recentemente prestigiado pela 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 479.034-SC, rel. Min. Nancy Andrighi, conforme consta do Informativo STJ 191.

Em face do exposto, acolho a preliminar suscitada pela Caixa Seguradora, decretando sua ilegitimidade passiva quanto aos pedidos de revisão contratual e dos valores de prêmio de seguro.

Dou provimento às apelações da CEF e da Caixa Seguradora para reformar a sentença e indeferir os pedidos de cobertura parcial do seguro e de amortização das prestações em momento anterior à atualização do saldo devedor. Em face da sucumbência total do Autor, condeno-o no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa, divididos *pro rata* entre as requeridas, ressalvando que a execução de tais verbas fica suspensa, pelo prazo de cinco anos, em decorrência do deferimento da assistência judiciária (art. 12 da Lei 1.060/1950).

É como voto.

### **Voto (Esclarecimentos)**

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson de Abreu Pardo:* — Estou dando provimento às apelações da CEF e da Caixa Seguradora para reformar a sentença e indeferir os pedidos de cobertura parcial do seguro e de amortização das prestações em momento anterior à atualização do saldo devedor.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Quando Vossa Excelência diz, no final do item 2 da ementa: “nos seguros obrigatórios há previsão legal de exclusão de cobertura de doenças preexistentes”, qual o dispositivo legal em que Vossa Excelência se fundamenta? Sabemos que em todos os contratos é colocada uma cláusula nesses termos, mas Vossa Excelência, aqui, diz que há previsão legal, não somente contratual.

*O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo:* — O sentido está assim, reconheço, mas a idéia a passar é de que há a obrigatoriedade da assinatura do seguro de contrato. Vou retificar isso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — A questão da exclusão é prevista no contrato.

### **Retificação de Ementa**

*O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo:* — Isso. Perfeito. Nos seguros obrigatórios de contratos habitacionais há previsão legal de que haja

contrato de seguro nos contratos habitacionais. É assim que vou estabelecer no final, depois da vírgula de “sinistro”. Há previsão legal de contrato de seguros nos contratos habitacionais. Na quarta linha. Resulta no dever de pagamento de sinistro. Isso seria uma decorrência da obrigatoriedade de seguro nos contratos habitacionais, senão vai ficar confuso realmente, reconheço. E, no voto, de fato, não faço essa manifestação, faço manifestação da obrigatoriedade dos seguros. É só uma questão do final do item estar errado mesmo.

### **Voto Vogal Vencedor**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Mais uma vez peço vênias ao eminente Relator para divergir do seu voto, por considerar que essa cláusula contratual de exclusão de cobertura securitária no caso de doença preexistente pressupõe, no meu entender, que a doença seja do conhecimento do segurado mutuário, circunstância que, no caso, não ficou demonstrada, havendo, pelo contrário, segundo informado pelo eminente Relator, declaração do médico que assistia o mutuário de que não foi ele informado da doença de que era portador, razão que me leva a concluir não ter ele agido com má-fé. Tivesse ele assumido integralmente a prestação do mútuo, contribuindo com 100% de seus rendimentos, ainda poderia ser admitido que, em face de seu estado de saúde — que era do seu conhecimento, não a gravidade da enfermidade, mas de estar doente era, evidentemente, do seu conhecimento, já que, inclusive, sofrera intervenção cirúrgica.

Observo que, no caso, o mútuo foi contratado com a participação de apenas 35% do valor da prestação pelo mutuário Everaldo Pinho Santiago e de 65% pela mutuária esposa do *de cujus* — e, ainda, a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido de acatar a cobertura securitária nessas hipóteses, independentemente do questionamento a respeito de culpa do mutuário. Com essas considerações e mais os fundamentos da sentença, confirmo-a, negando provimento às apelações.

### **Aditamento ao Voto**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Esclarecido pelo eminente Relator, faço aditamento ao meu voto para dizer, no que se refere à atualização do

saldo devedor do contrato, que entendo correta a forma de amortização utilizada pela Caixa Econômica Federal e, portanto, nesse ponto, dou parcial provimento à sua apelação.

## **Voto Vogal**

### **Vencido quanto à apelação da CEF**

*O Exmo. Sr. Juiz. Federal Moacir Ferreira Ramos:*

— Senhor Presidente, também o meu entendimento converge para o da divergência, com pequenas diferenças; porém, no essencial, está de acordo com o entendimento de Vossa Excelência. Poder-se-ia, também, alegar, em prol da tese do mutuário, a questão relativa ao recebimento do valor do seguro pelo agente financeiro. Outra hipótese: de não ter o agente financeiro submetido o mutuário a exame médico para assinatura do contrato, apenas permitiu-se a assinatura de um acordo ou de um contrato em que haja a estipulação de que ele não está enfermo ou não está com uma doença capaz de levar ao óbito, quer dizer, são essas considerações que me levam à conclusão de que é legítima a postulação visando à cobertura securitária. Portanto, peço vênua ao eminente Relator para acompanhar a divergência, negando provimento às apelações.

## **Aditamento ao Voto**

*O Exmo. Sr. Juiz. Federal Moacir Ferreira Ramos:*

— Senhor Presidente, concludo que a sentença está de acordo com o entendimento que manifesto sobre a matéria aqui nesta Corte. Assim, mantenho o critério de amortização fixado na sentença e, portanto, acompanhando a divergência no que já mencionei e, com relação ao critério de amortização, mantendo o critério fixado pela sentença, nego provimento *in totum* às apelações da Caixa Econômica Federal e da Caixa Seguradora.

# Sétima Turma

## Apelação Cível

**2003.34.00.041071-9/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves  
Apelante: Willibald Rozycki  
Advogada: Dra. Adriana Barros  
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim  
Publicação: DJ 2 de 09/03/2007

## Ementa

*Tributário. Contribuição previdenciária incidente sobre remuneração de segurado aposentado pelo regime geral de Previdência Social que retorna ao trabalho. Leis 8.212/1991 e 8.213/1991. Violação dos arts. 194 e 201, I, da Constituição Federal e dos princípios do direito adquirido e da vedação ao confisco. Inexistência.*

I – A Constituição Federal prevê em seu art. 195 que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, consagrando, assim, o princípio da solidariedade social ou da universalidade, razão pela qual *todos os trabalhadores* são compelidos a contribuir para o custeio da Previdência.

II – A contribuição previdenciária instituída com esquite nos arts. 12, § 4º, da Lei 8.212/1991, e 11, § 3º, da Lei 8.213/1991, com a redação dada pelos arts. 2º e 3º da Lei 9.032/1995, não resulta de violação aos arts. 194 e 201, I, ambos da Constituição Federal, sendo devida pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que volta a exercer atividade profissional remunerada.

III – O vínculo empregatício contraído pelo segurado aposentado que volta a exercer atividade profissional remunerada constitui nova relação jurídica, distinta da decorrente da sua aposentação, não ofendendo o princípio do direito adquirido a cobrança da contribuição incidente sobre a nova renda auferida pelo inativo.

IV - O princípio da proibição do confisco pressupõe a observância da proporcionalidade entre a incidência tributária e a capacidade contributiva. (Constituição Federal, art. 150, IV.)

V - Apelação denegada.

VI – Sentença confirmada.

## Acórdão

Decide a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 07/11/2006.

Desembargador Federal *Catão Alves*, Relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Catão Alves*: — 1 —  
*Willibald Rozycki*, qualificado nos autos, moveu ação

*ordinária declaratória cumulada com ação de repetição de indébito ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS*, pretendendo compeli-lo a abster-se de exigir-lhe o pagamento da contribuição previdenciária incidente

sobre remuneração oriunda de novo vínculo empregatício por ter retornado ao trabalho após aposentação, nos termos dos arts. 12, § 4º, da Lei 8.212/1991, e 11, § 3º, da Lei 8.213/1991, à asserção de que a cobrança da referida exação violaria os arts. 194 e 201, I, da Constituição Federal, bem como os princípios do direito adquirido e da vedação ao confisco.

2 – Feita a citação, contestado e julgado improcedente o pedido, o autor, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3 – É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1 – Prescrevem os arts. 12, § 4º, da Lei 8.212/1991, e 11, § 3º, da Lei 8.213/1991, ambos com a redação dada pela Lei 9.032, de 28/04/1995:

Art.12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor-empregado;

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social". (Grifei.)

Art.11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

§ 3 O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei

8.212, de 24/07/1991, para fins de custeio da Seguridade Social. (Grifei.)

2 - Verifica-se, pela análise dos dispositivos legais transcritos no item anterior, que o aposentado que retorna ao exercício de atividades laborais deverá, por força de lei, recolher contribuição para a Previdência Social por ser *trabalhador*.

3 - De outro lado, a Constituição Federal prevê em seu art. 195 que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, consagrando, assim, o princípio da solidariedade social ou da universalidade, razão pela qual *todos os trabalhadores* são compelidos a contribuir para o custeio da Previdência.

4 - Não fora isso, o princípio da universalidade ganhou relevo no art. 2º, I, da Lei 8.213/1991:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

I - universalidade de participação nos planos previdenciários.

5 - Assim, o aposentado que retorna ao exercício de atividade laboral, enquadrando-se no conceito de *trabalhador*, está obrigado ao recolhimento da contribuição previdenciária explicitada no art. 195, II, da Constituição Federal, uma vez que auferir renda decorrente do exercício de atividade econômica.

6 - Outro não é o entendimento desta egrégia Corte:

*Constitucional. Administrativo. Tributário. Contribuição Previdenciária. Servidor aposentado que retorna à atividade. Sujeição à contribuição.*

1. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim como a dos Tribunais Superiores já se posicionou no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

2. As contribuições para a seguridade social não possuem apenas a finalidade de garantir a aposentadoria dos segurados, destinando-se também ao custeio da saúde, previdência e assistência social, justificando plenamente sua cobrança, ainda que o beneficiário não possa usufruir de uma segunda aposentadoria.

3. Apelação não provida. (AC 2000.38.01.002827-7/MG – Rel. Juiz Federal Tourinho Neto – 7ª Turma – Unânime – DJ 25/06/2004.)

7 - E mais, fundando-se a contribuição em comentário no princípio da solidariedade social, a relação

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

que deste decorre, entre o segurado e a Previdência Social, não é sinalagmática, em que ambas as partes têm direitos e obrigações recíprocos e proporcionais, mas a um sistema no qual todos, destinatários ou não dos planos de benefícios, contribuem para um fundo comum, como ocorre com a contribuição a que está sujeito, por determinação constitucional, o empregador, que dela não auferir qualquer benefício.

8 - Idêntico é o ensinamento da doutrina:

A Previdência Social, especialmente, comporta duas modalidades básicas de financiamento, a da captação e a da repartição.

Pela primeira, adotada em geral pelas entidades de previdência privada, o indivíduo é o responsável pessoal pelos aportes de recursos para a criação de um fundo próprio de aposentadoria, que, gerenciado por uma instituição mediante a cobrança de uma taxa de administração, resultará no implemento de uma renda futura em substituição ao seu salário.

Trata-se de modalidade de custo mais elevado e de responsabilidade individualizada, que creio impróprio para a Previdência Social, de caráter, como o próprio nome já informa, social, e que deve ser aberta aos mais e aos menos afortunados.

*Para a Previdência Social somente se atenderá ao princípio superior da solidariedade se observada a modalidade de repartição, pela qual todos contribuem para um fundo comum com base em cálculos atuariais, e repartem, dessa forma, a responsabilidade por essa questão que não pode ser encarada como pessoal, mas sim como social, e no universo de contribuintes estarão os destinatários os não-destinatários dos planos de benefícios.*

O Estado e a sociedade civil como um todo, mas especialmente os trabalhadores e as empresas, serão os contribuintes sendo, ademais, forma inteligente de redistribuição de riquezas, porque aqueles que usam a força vital do homem para a geração de riquezas devolvem parte deste produto aos mesmos trabalhadores ou aos seus dependentes na sua inatividade ou falecimento. (*In Direito Previdenciário, aspectos materiais, processuais e penais*, Coordenação de Vladimir Passos de Freitas, p. 33.) (Grifei.)

9 - Não é só; a alegação de que a exigência da contribuição altercada implica violação ao princípio da vedação ao confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, não merece guarida porque esse princípio pressupõe a proporcionalidade que deve existir entre a incidência tributária e a capacidade contributiva, que foi mantida no caso, uma vez que a referida

tributação não retirou do apelado a capacidade de se sustentar, podendo, naturalmente, viver com dignidade, mesmo porque, a alíquota devida na espécie corresponde a uma das menores entre as previstas no art. 20 da Lei 8.213/1991, o que afasta o argumento de tributo excessivamente oneroso.

10 - Igualmente, não há como se falar em violação do art. 201, I e § 11, da Constituição Federal, em razão da cobrança da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de aposentado que retorne ao exercício de atividade laboral abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social, seja por ser a interpretação de tais preceitos feita em harmonia com os arts. 194 e 195 da Constituição Federal, inspirados no princípio da solidariedade social, seja por deixar o aludido § 11 à lei ordinária a disciplina das hipóteses em que a contribuição repercute no benefício, efetivada pela Lei 8.213/1991, que dispõe em seu art. 18:

Art.18 O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2 O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei 9.528, de 1997).

11 - Nessa ordem de idéias, embora o referido § 2º outorgasse ao aposentado que retornasse ao trabalho ou permanecesse em atividade o direito à reabilitação profissional, à prestação de auxílio-acidente e aos pecúlios, a Lei 9.032/1995 reduzira o rol das prestações ao beneficiário, restando ao segurado aposentado que voltasse a atividades laborais, tão-somente, salário-família, reabilitação profissional e auxílio-acidente, abolida, porém, a última prestação (auxílio-acidente), com a edição da Lei 9.528/1997.

12 - Quanto à asserção de que a cobrança da exação ofende o princípio do direito adquirido, razão não assiste ao apelante, uma vez que se trata de duas relações completamente distintas, uma referente a sua aposentação, em decorrência da qual percebe o respectivo benefício previdenciário; outra, oriunda da nova atividade econômica desempenhada, de cujo exercício auferir renda tributável em face do previsto no art. 195

da Constituição Federal, segundo o qual *todos* os empregados contribuirão para a Previdência Social, e o autor, não obstante aposentado, ao retornar ao trabalho, enquadrou-se na condição de trabalhador.

13 - Finalmente, a contribuição previdenciária instituída com espeque nos arts. 12, § 4º, da Lei 8.212/1991, e 11, § 3º, da Lei 8.213/1991, com a redação dada pelos arts. 2º e 3º da Lei 9.032/95, não resulta de violação aos arts. 194 e 201, I, ambos da Constituição Federal, sendo devida pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que volta a exercer atividade profissional remunerada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação, confirmando a sentença discutida.

É o meu voto.

# Oitava Turma

---

## Remessa *Ex Officio* em MS 2005.36.00.012532-2/MT

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso  
Impetrante: Itiquira Energética S/A  
Advogados: Dr. Leonardo Randazzo Neto e outros  
Impetrada: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo  
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/MT  
Publicação: DJ de 09/03/2007

---

### Ementa

*Tributário. Mandado de segurança. PIS. Cofins. Permanência no regime da cumulatividade. Contrato de fornecimento de bens e serviços. Energia elétrica. Preço predeterminado. Cláusula de reajuste. Requisitos do art. 10, XI, b, da Lei 10.833/2003. Instrução Normativa 658/2006. Inadequação. Compensação. Taxa selic.*

I – Secretaria da Receita Federal, ao editar as INs SRF 468/2004 e 658/2006, impediu que contratos, embora se subsumindo às hipóteses previstas na Lei 10.833/2003, usufruam o regime da cumulatividade, uma vez que alterou o conceito de preço predeterminado, ao entender que a mera atualização monetária acarreta mudança no preço.

II – O preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei 10.833/2003, fosse não abarcar, na hipótese em estudo, os contratos com preço preestabelecido e cláusula de reajuste, o termo apropriado seria *preço fixo*, que não se confunde com o preço predeterminado.

III – Essa desclassificação da natureza jurídica dos contratos com preço pré-estabelecido pela Receita Federal encontra óbice na inadequação do veículo utilizado: a instrução normativa.

IV – Diante da evolução da legislação reguladora da compensação tributária, resta autorizada a compensação de créditos decorrentes do recolhimento indevido a título de PIS e Cofins na sistemática da não-cumulatividade, corrigidos monetariamente pela taxa Selic, com qualquer tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, ainda que o destino das arrecadações seja outro, nos termos do art. 74 da Lei 9.430/1996.

V – Remessa oficial a que se nega provimento.

### Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 27/02/2007.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

---

## Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Cuida-se de remessa oficial decorrente da sentença prolatada pelo MM. Juiz da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso, que, nos autos do Mandado de Segurança 2005.36.00.012532-2, concedeu a segurança, para manter o contrato de compra e venda de energia sob a égide do art. 10, XI, *b*, da Lei 10.833/2003, tanto em relação ao PIS quanto à Cofins, assegurando, ainda, à impetrante, a compensação dos recolhimentos indevidos.

Entendeu o MM. Juiz *a quo* estarem preenchidos os requisitos do art. 10, XI, *b*, da Lei 10.833/2003, eis que o contrato de compra e venda de energia é contrato de fornecimento de bens, com vigência até 2014, firmado em 30/11/1999, constando em suas cláusulas o preço da energia de valor fixo em reais por MWh, sujeito a reajuste anual pelo IGP-M. Considerou, portanto, tratar-se de contrato com preço predeterminado, pois a cláusula de reajuste anual não implica qualquer *plus*.

Assentou ser inaplicável, ao caso em tela, o disposto no art. 109 da Lei 11.196/2005, tendo em vista que *a correção contratual estipulada pelas partes ocorrerá anualmente, de forma automática, pelo IGP-M, independente da variação dos custos, o que revela sua natureza de correção monetária e não de recomposição*. No que se refere à IN SRF 468/2004, concluiu que esta fere o próprio conceito de predeterminação e não poderia ser aplicada retroativamente.

Autorizou, por fim, a compensação, nos termos da Lei 9.430/1996, pela taxa Selic.

Não tendo havido recurso voluntário, os autos subiram a esta Corte por força da remessa oficial (fls. 234/236 e 243).

O Ministério Público Federal, em parecer, acostado às fls. 247/249, opinou pelo não-provimento da remessa *ex officio*.

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — O pedido inicial está formulado no sentido

de que seja reconhecido à impetrante o *direito líquido e certo de não submeter à incidência da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 468/2004 contra a qual ora se insurge, de forma a apurar os valores devidos a título de contribuição ao PIS e de COFINS, decorrentes das receitas advindas do contrato de compra e venda de energia elétrica assinado com a COPEL, a preço predeterminado, de acordo com as normas da legislação de regência vigentes anteriormente – ou seja, de acordo com o regime da cumulatividade, mediante a aplicação das alíquotas de 0,65% (PIS) e 3% (COFINS), sem a possibilidade de tomada de créditos – nos estritos termos do art. 10, XI, *b*, da Lei 10.833/03*. (fl. 17).

As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 alteraram o regime de tributação do PIS e da Cofins, majorando as respectivas alíquotas e dispondo sobre a sistemática de não-cumulatividade dessas exações.

No entanto, o destaque da presente controvérsia diz respeito à previsão legal contida no art. 10, XI, *b*, da Lei 10.833/2003, que assim estabeleceu, *verbis*:

Art. 10 Permanecem sujeitas às normas da legislação da Cofins, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

XI – as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31/10/2003:

(...)

b) com prazo superior a 1(um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;

Ou seja, os requisitos legais para manutenção do antigo regime são: *i*) celebração do contrato anteriormente a 31/10/2003; *ii*) ter o contrato prazo de vigência superior a um ano; *iii*) tratar-se de contrato de fornecimento de bens e serviços; bem como, *iv*) comportar preço predeterminado.

*In casu*, analisando os elementos de prova juntados aos autos, constato que o contrato de compra e venda de energia elétrica foi firmado com a Companhia Paranaense de Energia – Copel (fls. 39/93), em 30/11/1999, portanto, anteriormente a 31/10/2003 (fl. 52); os aditivos contratuais foram firmados em 17/12/2001 – 1º Termo Aditivo e 24/07/2003 – 2º Termo Aditivo; tendo como prazo de vigência a data de 30/06/2014 (Cláusula 6º do 2º Termo Aditivo – fl.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Leomar Amorim.

75). Não obstante, quando da assinatura do contrato, o prazo fora estipulado em 10 anos, ou seja, 2009.

Dúvidas não restam, outrossim, acerca do fato de que o objeto do referido contrato consiste no fornecimento de bens (energia elétrica). Correta a sentença, portanto, ao assentar que *o contrato de compra e venda de energia elétrica é espécie de contrato de fornecimento de bens, assim como na cláusula 4ª do aditivo consta a vigência do contrato até o ano de 2014.*

No entanto, o ponto controvertido nos autos está restrito ao termo *a preço predeterminado*, constante no art. 10, XI, *b*, da Lei 10.833/2003, devendo ser analisado se o contrato que prevê cláusula de reajustamento ainda pode ser considerado contrato a preço predeterminado ou não.

O Contrato de Compra e Venda, constante às fls. 39/52, nas cláusulas 15 e 17, estipulou que *a Copel pagará à Itiquira R\$ 41,00/MWh (quarenta e um reais por megawatt-hora), pelos montantes de energia contratada constante dos cronogramas de fornecimento para cada ciclo de faturamento. Neste preço estão incluídos todos os custos referentes à contratação, não mais sendo devidas parcelas adicionais por energia ou demanda.*

A Cláusula 17, por sua vez, dispõe que *a cada 12 (doze) meses completos a Itiquira e a Copel reajustarão os preços mencionados nas Cláusulas Quinze, Dezesseis e Trinta, de acordo com a variação do IGP-M.*

A Instrução Normativa 21 da Secretaria da Receita Federal, publicada em 19/03/1979, no art. 3º, definiu *preço predeterminado* como *aquele fixado contratualmente, sujeito ou não a reajustamento, para execução global (...).*

Tenho que o valor fixado em reais por MWh é o quanto basta para conferir a qualidade de *preço determinado com anterioridade* ou *predeterminado*. A cláusula de reajuste anual, referente à correção monetária, não implica qualquer *plus*, mas mera reposição da desvalorização da moeda frente à inflação. A jurisprudência é uníssona em afirmar que a correção monetária nada acrescenta de novo ao valor devido, pois seu único objetivo é evitar a desvalorização da moeda. Tal entendimento condiz ao do duto juiz sentenciante.

Interessante colacionar a ementa da Solução de Consulta 38/2004, da Superintendência da Receita Federal – SRRF/4ª Região Fiscal, no sentido de que *as receitas relativas a contratos para suprimento de ener-*

*gia elétrica, firmados anteriormente a 31/10/2003, entre empresa pública federal e produtora independente de energia, permanecem sujeitas às normas da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep vigentes anteriormente à Lei 10.637, de 2002 (arts. 1º a 6º), com a redação dada pela Lei 10.865, de 2004, desde que o preço do serviço tenha sido predeterminado, ainda que o respectivo contrato preveja seu reajustamento. Nesse caso, haverá a retenção na fonte da citada contribuição, a partir de 01/02/2004, à alíquota de 0,65%.*

Não obstante tais considerações, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa 468/2004, revogada em 2006 pela IN SRF 658, que, no art. 3º, dispõe:

*Do preço predeterminado*

*Art. 3º* Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.

§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.

§2º Ressalvado o disposto no § 3º, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação, após a data mencionada no art. 2º, da primeira alteração de preços decorrente da aplicação:

I – cláusula contratual de reajuste, periódico ou não; ou

II – de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei 8.666, de 21/06/1993.

§ 3º O reajuste de preços, efetivado após 31/10/2003, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei 9.069, de 29/06/1995, não descaracteriza o preço predeterminado.

*Art. 4º* Na hipótese de pactuada, a qualquer título, a prorrogação do contrato, as receitas auferidas depois de vencido o prazo contratual vigente em 31/10/2003 sujeitar-se-ão à incidência não-cumulativa das contribuições.

Assim, a IN SRF 658/2006, anterior IN SRF 468/2004, estabeleceu que, contendo o contrato cláusula de reajuste, o caráter de preço predeterminado

subsiste até a concretização da primeira alteração de preços ocorrida após 31/10/2003.

Destarte, a Secretaria da Receita Federal acabou por impedir que contratos, embora se subsumindo às hipóteses previstas na Lei 10.833/2003, usufruam a permanência sob o regime da cumulatividade, uma vez que alterou o conceito de preço predeterminado, ao entender que a mera atualização monetária acarreta mudança no preço.

Ora, o preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei 10.833/2003, fosse *não* abarcar, na hipótese em estudo, os contratos com preço preestabelecido e cláusula de reajuste, o termo apropriado seria *preço fixo*, que não se confunde com o preço predeterminado, que, repita-se, este último, sim, aceita reajustes referentes à atualização por índices oficiais.

Essa desclassificação da natureza jurídica dos contratos com preço preestabelecido pela Receita Federal encontra óbice na inadequação do veículo utilizado: instrução normativa; assim como por ser incompetente para editar tal norma.

Mais uma vez, verifico estar correto o entendimento sufragado na sentença, no sentido de que a referida IN descaracterizou *a qualidade de preço predeterminado, quando o contrato contiver cláusula de reajuste, ademais de ferir o próprio conceito de predeterminação, não pode ser aplicada retroativamente*, por se tratar de norma interpretativa que não pode agravar a situação do contribuinte.

Outro não é o entendimento sufragado no STJ, no que se refere à retroatividade da norma meramente interpretativa, *verbis*:

*Tributário. Instrução Normativa 20/1990. Aplicação Retroativa. Impossibilidade.*

1. O regime jurídico da lei tributária e sua eficácia temporal encarta-se na regra *mater* de que a legislação tributária, conceito mais amplo do que lei fiscal, aplica-se aos fatos geradores futuros e pendentes, nunca pretéritos (art. 105 do CTN). Em conseqüência, há retroação apenas da *lex mitior*, naquelas hipóteses legalmente previstas. “A IN-SRF 20, de 21/02/1990, que revogou a IN 198, de 29/12/1988, alterou o cálculo do lucro da exploração, sobre o qual incide o Imposto de Renda, ao estabelecer que deverá ser apurado o lucro após a

dedução da contribuição social. O fato gerador do Imposto de Renda é complexo, e se consumou ao final do ano-base de 1989. Não se pode admitir que a Instrução Normativa 20, de 21/02/1990, retroaja para impor gravame ao contribuinte. Se existia critério para apuração do lucro de exploração em 31/12/1989, este deverá prevalecer, já que o lançamento do imposto remete-se à legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 144 do CTN.”

2. Editada após a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda referente ao ano-base de 1989, exercício de 1990, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 20/1990, não ostenta a mesma o condão de retroagir, estabelecendo novos critérios de apuração do lucro da exploração, menos benéficos que aqueles previstos no diploma legal então vigente.

3. A contribuição social devida pelas empresas e calculada com base no lucro, referente ao ano de 1989 deve reportar-se ao fato gerador ocorrido neste mesmo período anual, apurado em dezembro, quando então se encontrava vigente a IN 198/1988.

4. Isto porque o princípio da anterioridade da lei tributária aplica-se às normas em sentido amplo, incluindo as instruções normativas, que são normas complementares à legislação tributária, a teor do que preceitua o art. 100, I, do CTN. A Instrução Normativa 20/1990 aumentou a carga tributária, pois alterou a forma de cálculo do Imposto de Renda da pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro. Dessarte, não pode ser aplicada, em face do princípio da anterioridade, para modificar a forma de cálculo do Imposto de Renda do ano-base de 1989.

5. Destarte a Lei 7.689/1989 e a IN/SRF 20 não dispõem sobre a mesma modalidade tributária; isto porque o texto da Instrução Normativa revela que esta “dispõe sobre o lucro da exploração” e foi editada “tendo em vista o disposto no item II do art. 1º da Lei 7.988/1988”. Por sua vez, a Lei 7.988/1989, art. 1º, II, prescreve que “o lucro decorrente de exportações incentivadas não será excluído da base de cálculo da contribuição social, de que trata a Lei 7.689/1988”.

6. “Editada depois do fato gerador do Imposto de Renda, a IN 20/1990 não poderia retroagir, estabelecendo novos critérios de apuração do lucro da exploração realizada em conformidade com instrução anterior e vigente à época da referida apuração. Não se há de confundir lucro da exploração, estabelecido em legislação específica, com lucro da exportação incentivada revogado pela Lei

7.988/1989.” (RESP 188.950-BA, Rel. Min Peçanha Martins).

7. Embargos de divergência rejeitados. (ERESP 326810/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ/04/10/2004, p. 200)

Contrariamente ao alegado pela autoridade impetrada, a previsão contida no art. 10, XI, *b*, da Lei 10.833/2003, alcança também o PIS, não só a Cofins, tendo em vista o disposto no art. 15, V, dessa mesma Lei, alterada pela Lei 11.196/2005.

Quanto à possibilidade de compensação, entre créditos tributários do sujeito passivo com créditos líquidos e certos da União, tem-se a matéria tratada no art. 170 do Código Tributário Nacional.

A partir de 27/12/1996, conforme estabelecido pelo art. 74 da Lei 9.430/1996, a compensação entre valores oriundos de tributos distintos tornou-se possível, contanto que fosse previamente autorizada pela Secretaria da Receita Federal e todos os tributos fossem por ela administrados.

Diante da evolução da legislação reguladora da compensação tributária, entendo que está autorizada a compensação de créditos decorrentes do recolhimento indevido a título de PIS e Cofins na sistemática da não-cumulatividade, com qualquer tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, ainda que o destino das arrecadações seja outro.

Nesse sentido, colaciono o REsp 487.173/RJ, *verbis*:

*Tributário. Compensação. Finsocial. PIS. Cofins. Possibilidade. Correção Monetária.*

1. 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 aquele órgão. (Lei 9.430/1996, art. 74 c/c a redação da Lei 10.637/2000)

2. Em virtude da alteração legislativa, forçoso concluir que se tratando de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, é possível a compensação, ainda que o destino de suas respectivas arrecadações não seja o mesmo.

3. (...)

4. (...)

5. Recurso Especial provido. (Rel. Min. Luiz Fux, DJ/1, de 08/09/2003, p. 226.)

Do mesmo modo, também, entendo que é legítima a incidência de correção monetária, desde o recolhimento indevido, quando se tratar de compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação, visto que o pagamento indevido decorreu da presunção de validade de lei tributária.

Em razão da metodologia de cálculo, sendo a Selic constituída por duas parcelas no mesmo período, quais sejam, a taxa de juros reais e a taxa de inflação, sua aplicação, conforme determina a mencionada Lei, não pode acumular juros de mora e correção monetária, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

Assim, como o recolhimento indevido teve início após a instituição da taxa Selic, a correção monetária deverá ser feita de acordo com esse índice, nos termos em que determinados pelo douto Juiz *a quo*.

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial, mantendo a concessão da segurança.

É como voto.

---

## Medida Cautelar

2006.01.00.044418-9/PA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Decisão: 08/02/2007

Publicação: DJ 2 de 09/03/2007

---

### Decisão

Cuida-se de medida cautelar inominada e incidental, com pedido de liminar, ajuizada por Santa Rosa Indústria Comércio e Beneficiamento de Madeiras Ltda., tendo, como requerido, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), objetivando a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto de sentença denegatória de mandado de segurança, mediante o qual postulou a anulação de ato administrativo que determinou a suspensão sumária, por tempo indeterminado, de Projeto de Manejo Florestal Sustentado (PMFS), “regularmente aprovado pelo IBAMA, após todos os trâmites administrativos, sem que lhe tenha sido concedido previamente o direito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório” (fl. 48).

Preliminarmente, a requerente justifica o cabimento da medida, a teor do disposto no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, aduzindo que se encontram demonstrados os pressupostos gerais e os específicos das medidas cautelares, o *fumus boni iuris* decorrente da “evidente plausibilidade jurídica da pretensão de direito material (...)”, em razão da atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento, por este Relator (Processo 2005.01.00.063402-8/PA), e o *periculum in mora* “diante dos graves danos que evidentemente já sofre a autora”, os quais lhe causam dano de difícil reparação, já que “está impedida de *dar normal continuidade ao seu PMFS para o qual investiu e concentrou seus esforços*, tendo inclusive já dispensado diversos empregados e estando em dívidas civis, comerciais e bancárias, pois necessitou fazer empréstimos e adquirir materiais e equipamentos com prazo para quitação (...)” – fl. 3.

Cita jurisprudência em abono de sua tese e postula, ao final, o deferimento de medida liminar, a fim de que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso interposto, “determinando a suspensão dos efeitos do cancelamento administrativo, ensejando o retorno das atividades da requerente/apelante, até o julgamento do mérito do recurso de apelação”.

### Decido

O deferimento de medida liminar em ação cautelar pressupõe a satisfação, simultaneamente, de seus requisitos específicos, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o primeiro consistente na plausibilidade da tese jurídica defendida pelo requerente, e o segundo representado pela possibilidade de ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, antes do julgamento do processo.

Na hipótese, pleiteia a requerente a atribuição de efeito suspensivo a apelação interposta de sentença denegatória da segurança, sustentando a satisfação desses requisitos.

Como sabido, a apelação interposta da sentença proferida em mandado de segurança é recebida, em regra, somente no efeito devolutivo, o que decorre da natureza mandamental e auto-executória da medida.

Excepcionalmente, contudo, tem-se admitido o recebimento no duplo efeito, para evitar dano grave e de difícil reparação, o que encontra respaldo, inclusive, no parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, a autorizar a suspensão da decisão, nos casos indicados no *caput* do artigo, “e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação”.

Na espécie, embora tenha a ora requerente alegado, na inicial do mandado de segurança, violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a sentença apelada não examinou tais aspectos, limitando-se a analisar a questão sob o aspecto da proteção constitucional ao meio ambiente, fazendo menção, ainda, à Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natu-

reza (SNUC) e definiu Reserva Extrativista, para concluir que, com base nessa legislação, “a manutenção de planos de manejo florestal sustentável submete-se, nestas áreas, à sistemática nela prevista donde resulta ser incompatível a manutenção de PMF’S” (fl. 263).

Ao deferir pedido de antecipação da tutela recursal no Agravo de Instrumento 2005.01.00.063402-8/PA, interposto de decisão que indeferiu pedido de liminar no mandado de segurança objeto destes autos, observei que o Projeto de Manejo Florestal Sustentável da agravante tinha sido aprovado pelo órgão ambiental, “por satisfazer as exigências prescritas na legislação vigente”, razão pela qual “não podia ser suspenso sumariamente, pela simples circunstância de estar em estudo a criação de Reserva Extrativista na área em que se localiza dito Projeto”, acrescentando que deveria ser observado o devido processo legal, consoante julgado do Supremo Tribunal Federal, deste teor:

*Ato administrativo. Repercussões. Presunção de legitimidade. Situação constituída. Interesses contrapostos. Anulação. Contraditório.* Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente porque é comum à Administração e ao particular. (RE 158.543-9/RS – Relator Ministro Marco Aurélio – DJ de 06/10/1995)

A requerente noticia, inclusive, que essa decisão não foi cumprida, tendo a autoridade impetrada usado de expedientes escusos para o seu descumprimento, o que é lamentável e merecedor de apuração de responsabilidades.

Lamentáveis, também, e graves, se verdadeiros os fatos, as assertivas constantes das razões de apelação, de que a sentença teria sido “prolatada visando atender os interesses pessoais da pessoa no cargo de Gerente do Ibama”, além do juiz federal prolator, “ambos imbuídos de vingança pelos atos profissionais dos signatários” (fl. 270), o que, todavia, não será objeto de apreciação nesta oportunidade, por não ser o momento nem a via adequada.

Entendo, porém, como entendi, ao deferir a antecipação da tutela recursal no agravo de instrumento, que a requerente está na iminência de sofrer dano grave e de difícil reparação, com a paralisação de suas atividades no Projeto de Manejo Florestal Sustentável, regularmente aprovado pelo órgão ambiental, o que denota haver atendido as normas ambientais, o que, aliás, foi realçado no próprio ato administrativo invectivado, sem que lhe seja assegurado o devido processo legal, com os meios de defesa que lhe são inerentes.

Considero, pois, presentes os requisitos legais, pelo que defiro a medida liminar, como requerida, ou seja, para atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto, e, por via de consequência, suspender os efeitos do ato administrativo de cancelamento do projeto da requerente, ensejando o retorno das atividades, até o julgamento do mérito da apelação.

Comunique-se ao juízo de primeiro grau, para a adoção das providências a seu cargo.

Cite-se, após, o requerido, para, querendo, oferecer resposta, no prazo legal.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 8 de fevereiro de 2007.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

---

## Agravo de Instrumento

2007.01.00.000126-2/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 16/02/2007

Publicação: DJ 2 de 06/03/2007

---

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto da decisão, proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, ao fundamento de que *tendo em vista a complexidade da matéria, que implicará evidente necessidade de dilação probatória, envolvendo inclusive provável perícia*, indeferiu o pedido de antecipação da tutela (fl. 100).

Sustenta o agravante que a matéria debatida é exclusivamente de direito, prescindindo de dilação probatória.

Afirma, ademais, que a Portaria 648/GM/2006, do Ministério da Saúde, permite a prática de atos privativos de médico por profissionais que não possuem graduação em medicina, e que se está a questionar, não *a boa intenção do Ministério da Saúde*, no sentido de implementar a política nacional de saúde, mas o fato de que *a implementação da Portaria objurgada acarretará o flagrante aumento dos riscos de doenças e agravos à Saúde Pública, pois profissionais sem a devida formação técnica e habilitação jurídica estarão exercendo ilegalmente a medicina*, motivos pelos quais, requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para que seja suspensa a Portaria 648/GM, do Ministério da Saúde, até o julgamento final da lide.

Determinada a intimação da agravada, esta apresentou contraminuta ao agravo de instrumento (fls. 107/114), em que asseverou, inicialmente, que não merece provimento o agravo, porquanto a agravante argüiu a possível ocorrência de lesão grave e de difícil reparação de forma genérica, o que impede a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Ademais, afirmou serem inverossímeis os argumentos do agravante, visto que, pela Portaria 648/GM, o Ministério da Saúde apenas promoveu a adequação das normas concernentes à política de atenção básica, valorizando a atuação de equipes multiprofissionais.

Outrossim, destaca que a consulta de enfermagem é atividade privativa do enfermeiro, e, em tal contexto, a prescrição de medicamentos é autorizada a tal profissional, nos termos do art. 11 da Lei 7.498/1986.

Por fim, aduz a existência do *periculum in mora* inverso, pois *haveria, sim, configuração de dano irreparável à população, caso fosse concedido provimento jurisdicional que criasse obstáculos à execução da tão relevante Política Nacional de Atenção Básica, regulamentada pela referida Portaria 648/2006, tal como pretende a agravante*.

### Decido

Verificado o *periculum in mora*, recebo o presente agravo como de instrumento, nos termos da nova redação dada ao art. 522 do CPC, pela Lei 11.187/2005.

Inicialmente, tenho que não merece prosperar a alegação da agravada no sentido de que foi indicado o *periculum in mora* pelo agravante de forma genérica, pois entendo que tal requisito consiste na possibilidade de graves conseqüências que podem gerar à saúde pública, como um todo, a atuação de profissionais de saúde em atos privativos da medicina, sem habilitação para tal, o que, por si só, permite a análise do presente agravo de instrumento.

Verifico, outrossim, a verossimilhança das alegações do agravante.

Com efeito, em que pese à obrigatoriedade do Poder Público em oferecer à população acesso amplo e irrestrito à saúde, devem os programas levados a efeito para cumprir tal mister obedecer aos princípios básicos da Constituição, principalmente o do respeito à vida.

Destarte, não obstante o brilhantismo e a necessidade dos profissionais de saúde no acompanhamento de tratamentos médicos, sobretudo da classe dos enfermeiros, não gozam tais profissionais de liberdade para prescrição de medicamentos, diagnosticarem, enfim, solucionar problemas de saúde eventualmente detectados, ante a falta de preparo e qualificação técnica para tais atividades, que, *in casu*, são privativos daqueles graduados em medicina.

Nessa linha de orientação, a Corte Especial deste Tribunal, em recente julgamento, por maioria, entendeu:

*Constitucional. Processo Civil. Agravo regimental. Suspensão de segurança. Resolução do Conselho Federal de Farmácia 271/2002. Arts. 3º, 4º, 5º e 6º. Ausência de habilitação técnica para o exercício das atividades. Lesão à saúde pública.*

1. O Poder Público tem o dever de assegurar à população melhores condições de acesso a programas de saúde, bem como o de garantir a eficácia e a segurança desses tratamentos.

2. Ofende a ordem administrativa e a saúde pública os dispositivos da Resolução 271/2002 do Conselho Federal de Farmácia - Cofen, que concede aos enfermeiros autonomia na escolha e posologia dos medicamentos (art. 3º), permite solicitar exames de rotina e complementares (art. 4º), autoriza a conhecer/intervir sobre os problemas/situações de saúde/doença (art. 5º) e a diagnosticar e solucionar problemas de saúde (art. 6º).

3. Na ponderação dos danos causados à saúde, a lesão decorrente da falta de qualificação profissional do enfermeiro transcende o prejuízo causado por possível redução no atendimento à população, tendo em vista que a falta de habilitação técnica para o exercício das aludidas atividades atenta diretamente contra a vida. (AgSS 2004.01.00.035690-0/DF, Corte Especial, Relator Des. Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente, DJ 08/04/2005, p. 4).

Sem grifos no original

Ressalto, ademais, trecho do voto vogal do eminente Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, quando do julgado em referência, que, após discorrer sobre o dever do estado em oferecer à população serviço de saúde, tal como esculpido na Constituição Federal de 1988, concluiu, *in verbis*:

Opulência verbal ou não, a Constituição garantiu a saúde a todos. Deve-se garantir, preservando — esse e um comando constitucional também — ações de serviço no acesso universal igualitário. Portanto, temos um serviço de saúde que é oferecido em nível mais elevado e outro que se nivela pelo rodapé — não estou fazendo uma crítica a qualquer política governamental, porque entendo que isso não é a função de magistrado, mas, flagrantemente, é o que está aí. Mandar-se para os pobres, para as periferias, ao invés de se mandar o que tem que ser mandado: onde precisam de um médico, vamos mandar um médico, precisam de um remédio, vamos mandar um remédio. Claro, que, às vezes, a prática é uma e a teoria pode ser outra. Temos no país, às vezes, uma verdadeira opulência verbal em confronto com a pobreza real. Mas, aqui, acho que a grave lesão à saúde, o risco é maior e transcende — não estou discutindo o problema dos enfermeiros. Na terra de Adalgiza Nery, e em respeito à memória de Luiza de Marilac, temos que ter o maior respeito pelos enfermeiros que prestam notável serviço, mas eles têm uma missão específica. Como poderia viver um hospital sem o serviço de enfermagem? Se dependêssemos só dos médicos, estaríamos liquidados. Logo, eles têm um papel enorme. Mas, sobretudo, esta Resolução 271 do Conselho Federal de Enfermagem parece-me ser abusiva. Por outro lado, ela invoca um parecer do Conselho Nacional de Educação que é de anteontem. Com as vênias devidas e com o maior respeito aos grandes profissionais de enfermagem que salvam os hospitais, entre outros profissionais da saúde, entendo que o risco maior estaria ao contrário.

Houve uma época em que não se podia dar educação a todos, mas a Constituição mandava. Então, tínhamos o turno da fome, as crianças iam das 8 h às 11 h, depois das 11 h às 14 h, depois das 14 h às 17 h, enfim, não se dava nada e, no papel, estava se cumprindo a universalização do ensino. Já é tempo de acabarmos com os equívocos, garantindo, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças — medicina preventiva — o acesso universal e igualitário às ações e serviços por sua promoção, proteção e recuperação e à medicina em seu caráter assistencial.

A Rússia, por muito tempo, tinha muitos médicos que não eram muito mais do que os enfermeiros, mas a formação era específica para isso, tanto que a outra parte era clínica, e, por isso, o currículo era bem menor. Temos outros países com uma verdadeira fantasia sobre a medicina, até sobre milagre na cura de determinadas doenças. A solução não poderá ser por via de decreto, de legislação, o problema é muito mais profundo, mais complexo.

Com essas considerações, não quero falar mais, mas, já que estamos com o curso de latim, com tantos alunos aprendendo, tantos colegas matriculados, a advertência dos romanos: “Para quem for inteligente, é o bastante”. *Intellegenti sati.*

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º - A, do CPC e art. 30, XXVI, do RITRF, *dou parcial provimento ao agravo de instrumento*, determinando a suspensão da Portaria 648/2006 do Ministério da Saúde, tão-somente

quanto à possibilidade de outros profissionais, que não sejam médicos legalmente habilitados para o exercício da medicina, realizar diagnóstico clínico, prescrever medicamentos, tratamentos médicos e requisição de exames.

Comunique-se, *com urgência*, ao Juízo prolator da decisão agravada, para imediato cumprimento desta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 –12, de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Brasília/DF, 16 de fevereiro de 2007.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.



---

## Recurso

**2006.35.00.726194-7/GO**

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recte: Terezinha Maria Sacerdote

Advogada: Dra. Nilza Gomes Carneiro

Advogada: Dra. Sheila Jacinto de Almeida

Recdo: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogado: Dr. Otaniel Rodrigues da Silva

Publicação: DJ/GO de 14/03/2007

---

## Ementa

*Previdenciário. Aposentadoria por idade. Segurada especial. Requisitos preenchidos. Recurso provido.*

## Acórdão

vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juízes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *dar provimento ao recurso*, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Além da Signatária, participaram do julgamento o Excelentíssimo Juiz Leonardo Buissa Freitas e o Excelentíssimo Juiz Jesus Crisóstomo de Almeida.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJGO.

Juíza Federal *Maria Divina Vitória*, Relatora

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória:*  
— Cuida-se os autos de recurso contra sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria rural por idade.

A recorrente aduz que sempre exerceu atividade rural em regime de economia familiar, juntamente com os sete filhos, o que se encontra demonstrado através dos documentos juntados nos autos.

Não foram apresentadas as contra razões.

## Voto

*A Exma. Sra. Maria Divina Vitória:* — O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

O art. 48 e parágrafos da Lei 8.213/1991 estabelecem que:

A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta

lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º - Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, (...)

§ 2º - Para os efeitos do disposto no parágrafo anterior, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido.

No caso dos autos, a parte reclamante, nascida em 10/01/1943 (fl.09), completou a idade mínima para o recebimento do benefício de aposentadoria por idade em 10/01/1998.

Com fulcro no § 2º do art. 48 c/c art. 142, ambos da Lei 8.213/1991, a recorrente deveria, além da idade mínima, demonstrar o efetivo exercício de trabalho rural pelo período de 102 meses (8 anos e 5 meses), para

efeito de carência para o recebimento do benefício da aposentadoria por idade.

Analisando o início de prova material juntado aos autos, extrai-se o seguinte: certidão eleitoral, datada de 07/03/2006, onde consta a sua profissão como sendo a de lavradora (fl.11); certidão de casamento, datada de 17/09/1966, onde consta a profissão do seu marido como sendo a de motorista (fl.12); certidões de nascimento datadas de 24/09/1975 e 06/08/1980, onde consta a profissão do marido como sendo a de lavrador (fls. 14/15); declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Inhumas, datada de 23/07/2002 (fl.16), ficha hospitalar, com data de consulta no ano de 2003, onde consta a sua profissão como sendo a de trabalhadora rural (fl.19) e receita médica, datada de 04/09/2001, onde consta a sua profissão como sendo a de lavradora; declaração da proprietária da Fazenda Ribalta datada de 15/03/2006 (fl.20).

Está demonstrado que a reclamante reside na “Fazenda Ribalta”, fato que foi confirmado pelo juízo *a quo* na sentença, o que demonstra que sempre exerceu atividades rurais. O fato de o marido da reclamante exercer atividade, na cerâmica pertencente ao proprietário da fazenda em que residem, não lhe retira a qualidade de trabalhadora rural, uma vez que esta permanecendo na fazenda cuida da lides domésticas e do serviço da lavoura. Ora, se a autora trabalha no campo e toca uma roça, em terras alheias, pouco importa que o seu marido trabalhe numa cerâmica ali nas imediações, pois a autora mantém a qualidade de trabalhadora rural.

A interpretação lógica e sistemática dos incisos V a VII do art. 11 da Lei 8.213/1991 permitem a concessão do benefício pedido ao produtor rural que exerça individualmente sua atividade, indispensável à própria sobrevivência, conforme entendimento jurisprudencial dominante (RESP 587.296/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, por unanimidade, julgado em 13/12/2004; AC 1999.61.08.002436-9/SP, Rel. Juíza Maria Nina Galoute, 9ª Turma do TRF da 3ª Região, por maioria, julgado em 09/12/2004; AC 2001.04.01.010853-5/SC, Rel. Juiz João Surreaux Chogus, por unanimidade, julgado em 18/07/2001; AC 1998.04.01.081325-4/RS, Rel. Juiz Carlos Sobrinho, por unanimidade, julgado em 14/04/1999 e AC 96.04.06659-5/SC, Rel. Juiz Tadaaqui Hirose, 5ª Turma, por unanimidade, julgado em 02/12/1998).

Neste sentido, transcrevo o seguinte julgado:

*Previdenciário. Aposentadoria rural por idade. Segurada especial. Atividade agrícola exercida individualmente. Possibilidade. Regime de economia Familiar. Descaracterização. Inexistência. Inversão do julgado. Súmula 07 do STJ.*

1. Nos termos do art. 11, inciso VII, da Lei 8.213/1991 “ São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...) VII – como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro, e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades individualmente ou em regime de economia familiar (...)”

2. Tendo a autora, ora recorrida, exercido a atividade agrícola, individualmente, no período de carência, o recebimento de proventos por seu marido não lhe retira a qualidade de segurada especial, pois, nos termos do artigo supracitado, também é segurado especial quem exerce atividade agrícola de forma individual.

(...)

(STJ, RESP 675892, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, por unanimidade, DJ 07/03/2005.)

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso*, para reformar a sentença e condenar o INSS a conceder aposentadoria rural por idade, a partir da data do requerimento administrativo (30/07/2002- fl. 51), e a pagar as parcelas vencidas acrescidas dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e corrigidas monetariamente de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

---

## Recurso Cível

**2006.35.00.726222-2/GO**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogado: Dr. Otaniel Rodrigues da Silva

Recorrido: Benedito Evangelista dos Santos

Advogado: Dr. Wladimir Skaf de Carvalho

Publicação: DJ/GO de 02/03/2007

---

### Ementa

*Previdenciário. Aposentadoria por idade. Regra de transição do art. 142 da Lei 8.213/1991. Aplicabilidade. Carência mínima. 126 contribuições. Cumprimento. Anotações em CTPS. Homologação de acordo em processo trabalhista. Vínculo reconhecido.*

I – Não é do trabalhador o ônus de provar a veracidade das anotações de sua CTPS, nem de fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias. As anotações em CTPS gozam de presunção *juris tantum* de veracidade (Enunciado 12 do egrégio TST).

II – Reconhecido em acordo trabalhista que o segurado trabalhou como empregado no período de 01/07/1988 a 31/05/1998, consoante anotação na CTPS do trabalhador.

III – Estando o segurado inscrito na Previdência Social até 24/07/1991, faz jus à tabela progressiva prevista na regra de transição do art. 142 da Lei 8.213/1991. Comprovado o cumprimento da carência mínima de 126 contribuições por meio da documentação pertinente, e não sendo necessária a implementação dos requisitos de forma simultânea, devida é a concessão do benefício.

IV – Recurso conhecido e improvido.

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Além do signatário, participaram do julgamento os Excelentíssimos Juizes Maria Divina Vitória (Presidente) e Leonardo Buissa Freitas.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/GO – 14/02/2007.

Juiz Federal *Jesus Crisóstomo de Almeida*, Relator.

---

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Jesus Crisóstomo de Almeida*: — Trata-se de recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra sentença que julgou procedente pedido de aposentadoria por idade.

Alega, preliminarmente, ocorrência da prescrição, com base no art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991. No mérito, destaca a inexistência de prova material do trabalho, não comprovada a qualidade

de segurado nem tampouco a carência exigida para o gozo do benefício.

Contra-razões às fls. 54/57.

### Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Jesus Crisóstomo de Almeida*: — Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Quanto à prejudicial de mérito, não há que se reconhecer procedência.

O art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991 preceitua *ipsis litteris*:

Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Considerando que o reclamante formulou requerimento administrativo em 22/02/2005 (fls. 33/35), e indeferido este, o mesmo ingressou com a presente ação judicial na data de 18/03/2005, não há que se falar em ocorrência de prescrição.

No mérito, não merece reparo a sentença combatida.

O art. 48 da Lei 8.213/1991 preceitua:

A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

Da análise do dispositivo citado infere-se a presença de dois requisitos fundamentais para a concessão do benefício: a idade mínima e a carência.

No caso em comento, o primeiro requisito fora satisfeito na data de 19/03/2002, já que o reclamante nasceu em 19/03/1937, completando 65 (sessenta e cinco) anos de idade em 2002.

No que tange à carência, analisando o disposto no art. 142 do diploma legal supra indicado tem-se que as razões da autarquia recorrente não merecem prosperar. Isto porque o mesmo é claro ao dispor:

Para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24/07/1991, bem como para o trabalhador e o empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício.

A tabela mencionada indica que para aquele segurado que tenha implementado a idade no ano de 2002, a carência mínima é de 126 (cento e vinte e seis) contribuições.

Analisando a documentação acostada aos autos verifica-se que o reclamante manteve diversos vínculos laborais devidamente anotados na CTPS (01/11/1980 a 03/11/1981; 13/05/1978 a 20/05/1978; 02/12/1981 a 26/07/1982 e 01/07/1988 a 31/05/1998) (fls. 10/12).

Ressalte-se que este último período em que laborou como “Guarda-noturno” na empresa *Royal Auto Peças Ltda.*, localizada na cidade de Anápolis, foi reconhecido por meio de sentença homologatória de acordo na Justiça Trabalhista (fls. 13/14).

A jurisprudência assente nos tribunais pátrios é no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, mesmo porque as anotações na CTPS do empregado possuem presunção *juris tantum* de veracidade, não cabendo a este o ônus desta prova.

É o que se depreende dos julgados a seguir transcritos:

*Previdenciário. Benefício de pensão por morte. Anotação do contrato de trabalho em decorrência de sentença trabalhista. Validade. Condição de segurado. Termo inicial do benefício. Honorários advocatícios. Súmula 111 do STJ. Juros de mora.*

1. A anotação feita na CTPS, em cumprimento de sentença trabalhista, possui presunção de veracidade, servindo como prova de tempo de serviço para fins previdenciários.

2. Tendo o óbito ocorrido no curso da relação de trabalho, não houve perda da qualidade de segurado.

3. Nos termos do art. 74, II, da Lei 8.213/1991, o termo inicial para a concessão do benefício de pensão por morte é a data do pedido administrativo junto à autarquia previdenciária.

4. Os juros de mora são devidos a partir da citação.

5. A singeleza da causa reclama honorários de advogado no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a prolação da sentença, de acordo com o art. 20 do CPC e Súmula 111 do STJ.

6. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação improvida. (TRF – Primeira Região; AC – Apelação Cível – 200001000325500; Órgão julgador: Primeira Turma; Data da decisão: 11/02/2003. Documento: TRF100143153; Fonte *DJ* Data: 24/02/2003, p.: 36; Relator Des. Federal Eustáquio Silveira)

*Previdenciário. Pensão por morte. Anotações em CTPS. Presunção Juris Tantum de veracidade. Qualidade de segurado. Comprovação. Cônjuge. Dependência econômica presumida.*

1. Não é do trabalhador o ônus de provar a veracidade das anotações de sua CTPS, nem de fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias. As anotações em CTPS gozam de presunção *juris tantum* de veracidade (Enunciado 12 do egrégio TST).

2. Reconhecido em acordo trabalhista, homologado perante a Junta de Conciliação e Julgamento de Jaraguá do Sul/SC, que o *de cujus* trabalhou como empregado no período de 13/11/1995 a 13/12/1996, ocorrido o óbito em 13/12/1996, resta comprovada sua qualidade de segurado.

3. A dependência econômica da esposa é presumida (art. 16, I e § 4º, da Lei 8.213/1991).

4. Preenchidos os requisitos previstos no art. 74, II, da Lei 8.213/1991, concede-se o benefício de pensão ao dependente previdenciário do *de cujus*.

5. A extinção das cotas dos filhos deverá ocorrer na data em que completarem 21 anos, nos termos da disposição inserta no art. 77, § 2º, II, da Lei 8.213/1991.

6. Prescrição quinquenal decretada em relação às parcelas vencidas da cota da esposa do *de cujus*, entretanto afastada a sua incidência quanto às cotas dos filhos, visto tratar-se de interesse de incapaz, em observância ao disposto no art. 194 do novo Código Civil *c/c* o art. 79 da Lei 8.213/1991.

7. Correção monetária calculada aplicando-se as variações do IGP-DI (Lei 9.711/1998).

8. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, nela compreendidas as parcelas vencidas até a data deste julgado (REsp 202291/SP, STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJU, seção I, de 11/09/2000, p. 220).

9. Apelação e remessa oficial improvidas. (Tribunal – Quarta Região Classe: AC – Apelação Cível Processo: 200272090002080 UF: SC Órgão julgador: Sexta Turma Data da decisão: 01/12/2004 Documento: TRF400102617 Fonte DJU Data:05/01/2005, p.: 227, Relator Juiz Nylson Paim de Abreu).

Assim, a documentação acostada comprova que o reclamante efetuou o recolhimento de 138 (cento e trinta e oito) contribuições aos cofres da Previdência Social, isto até 31/05/1998, quando se extinguiu o último vínculo empregatício.

Não procede a alegação de que ao tempo da implementação da idade o reclamante teria perdido a qualidade de segurado. Isto porque o entendimento jurisprudencial dominante firmou-se no sentido de que não se exige o preenchimento simultâneo dos requisitos para percepção de aposentadoria por idade, sendo irrelevante o fato de o trabalhador, ao atingir a idade mínima para a concessão do benefício, ter perdido a condição de segurado (Cf. STJ, RESP 543.659/SP, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJ 02/08/2004; ERESP 502.420/SC, Terceira Seção, Ministro José Arnaldo Fonseca, DJ 23/05/2005; AgRg no RESP 621.416/PE, julg. cit.; RESP 513.688/RS, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJ 04/08/2003; RESP 321.146/RS, Quinta Turma, Ministro Edson Vidigal, DJ 20/08/2001; ERESP 211.064/SP, julg. cit.; TRF1, AC 1997.01.00.045703-4/MG, Primeira Turma Suplementar, Juiz Marcelo Dolzany da Costa, DJ 09/06/2005; AMS 1999.38.02.001906-1/MG, Segunda Turma Suplementar, Juiz Miguel Angelo de Alvarenga Lopes, DJ 12/05/2005).

Se houve contribuição pelo período exigido por lei, não pode o contribuinte ser punido por faltar-lhe o requisito idade mínima, devendo o benefício ser concedido quando esta for atingida, ainda que após a perda da qualidade de segurado, pois resta imprescritível o tempo de serviço ou contribuição e o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos (precedente desta Turma – RC 2005.35.00.716447-7, julgado em 14/12/2005, Relator Juiz Federal Euler de Almeida Silva Júnior).

Do exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença combatida em todos os seus termos.

Condeno a autarquia recorrente ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$500,00 (quinhentos reais).

É como voto.

---

## Recurso

**2006.35.00.726306-3/GO**

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recte: Ana Felix Pereira Gama

Advogada: Dra. Maria Lucia de Carvalho

Recdo: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogado: Dr. Claud Wagner Gonçalves Dias

Publicação: DJ/GO de 02/03/2007

---

## Ementa

*Loas. Mulher de 55 anos de idade. Hanseníase e lombociatalgia.*

a) A incapacidade pode ser temporária, a teor do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, já que o INSS pode proceder a cessação do benefício assistencial, no caso de recuperação da recorrente.

b) Vê-se que a atividade desenvolvida pela reclamante era a de faxineira (fl.25-v). Deste modo, dificilmente a reclamante conseguirá ser empregada para fazer faxina na casa de terceiros já que a lepra, doença de pele, é sabidamente doença que causa certo preconceito social. Doença altamente estigmatizante. Não é razoável exigir que aprenda labor, para o qual não exija esforço físico e não sobrecarregue a coluna, uma vez que tendo 55 anos de idade e possuindo apenas o 1º grau completo, não se reabilitará para outra função que lhe garanta a subsistência.

c) Renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo. Miserabilidade demonstrada.

d) O provimento judicial prolatado regula relação jurídica continuativa (art. 471, I, do CPC), sujeita, legalmente, à revisão a cada dois anos, na forma do art. 21 da Lei 8.742/1993.

e) *Recurso provido* para condenar o INSS a conceder o benefício assistencial, a partir da data do requerimento administrativo (16/03/2005 - fl.05), e a pagar as parcelas vencidas acrescidas dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e corrigidas monetariamente de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Concedo a antecipação dos efeitos da tutela nos termos do art. 273 do CPC. Oficie-se o INSS para cumprimento.

Sem condenação em honorários (art. 55 da Lei 9.099/1995).

## Acórdão

*Vistos*, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juizes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *Dar provimento ao recurso*, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Além da Signatária, participaram do julgamento o Excelentíssimo Juiz Leonardo Buissa Freitas e o Excelentíssimo Juiz Jesus Crisóstomo de Almeida.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJGO.

Juíza Federal *Maria Divina Vitória*, Relatora.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória: —*

1) Natureza: *Benefício assistencial ao deficiente - Hanseníase e lombociatalgia (mulher de 55 anos).*

1.1 Incapacidade temporária e parcial. Possibilidade de exercer atividade laboral que não exija esforço físico e não sobrecarregue a coluna (fls.19/20).

1.2 Grupo Familiar: a reclamante.

2) Renda Familiar:

Bruta: R\$ 60,00 (Renda Cidadã). Há um ano e meio trabalhava como faxineira. Não paga energia uma vez que faz parte do programa para cidadãos de baixa renda. Não possui geladeira, televisão nem qualquer outro eletrodoméstico que consuma energia. Paga R\$ 15,00 pelo consumo de água.

3) Moradia: Vive sozinha num barraco de lona com um cômodo o qual funciona como sala, quarto, cozinha. Banheiro fora do barraco, há uma pequena área coberta onde lava-se a roupa. Não possui piso.

## Voto/Ementa

*Loas. Mulher de 55 anos de idade. Hanseníase e lombociatalgia.*

a) A incapacidade pode ser temporária, a teor do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, já que o INSS pode proceder a cessação do benefício assistencial, no caso de recuperação da recorrente.

b) Vê-se que a atividade desenvolvida pela reclamante era a de faxineira (fl.25-v). Deste modo, dificilmente a reclamante conseguirá ser empregada para fazer faxina na casa de terceiros já que a lepra, doença de pele, é sabidamente doença que causa certo preconceito social. Doença altamente estigmatizante. Não é razoável exigir que aprenda labor, para o qual não exija esforço físico e não sobrecarregue a coluna, uma vez que tendo 55 anos de idade e possuindo apenas o 1º grau completo, não se reabilitará para outra função que lhe garanta a subsistência.

c) Renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo. Miserabilidade demonstrada.

d) O provimento judicial prolatado regula relação jurídica continuativa (art. 471, I, do CPC), sujeita,

legalmente, à revisão a cada dois anos, na forma do art. 21 da Lei 8.742/1993.

e) *Recurso provido* para condenar o INSS a conceder o benefício assistencial, a partir da data do requerimento administrativo (16/03/2005 - fl.05), e a pagar as parcelas vencidas acrescidas dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e corrigidas monetariamente de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Concedo a antecipação dos efeitos da tutela nos termos do art. 273 do CPC. Oficie-se o INSS para cumprimento.

Sem condenação em honorários (art. 55 da Lei 9.099/1995).

---

## Recurso

### 2007.35.00.700289-4/GO

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recte: Maria Miguelina Santos de Araújo

Advogado: Dr. Ceci Cintra dos Passos

Recdo: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogado: Dr. Valdir Eduardo de Barros

Publicação: DJ/GO de 28/03/2007

---

## Ementa

*Previdenciário. Pensão por morte. Dependência dos pais em relação ao filho falecido. Comprovação. Recurso provido.*

## Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juízes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *dar provimento ao recurso*, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Além da Signatária, participaram do julgamento o Excelentíssimo Juiz *Leonardo Buissa Freitas* e o Excelentíssimo Juiz *Jesus Crisóstomo de Almeida*.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJGO.

Juíza Federal *Maria Divina Vitória*, Relatora.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória:*  
— Cuida-se de recurso contra sentença que julgou improcedentes os pedidos alternativos de pensão por morte e de restabelecimento de benefício assistencial ao idoso.

A recorrente aduz que tem direito ao recebimento do benefício de pensão por morte uma vez que está demonstrada a sua condição de dependente em relação ao filho falecido. Sustenta, alternativamente, que tem direito ao restabelecimento do benefício assistencial uma vez que a renda *per capita* familiar é inferior a 1/4 do salário mínimo.

O INSS apresentou as contra-razões pugnando pela manutenção da sentença.

## Voto

*A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória:*  
— O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

Nas famílias de baixa renda é comum que a sua renda seja o somatório de todos os salários percebidos pelos seus membros, sendo que a perda de parte da renda da família gera prejuízo a sua subsistência.

Assim, o fato de o pai do *de cujus* ser aposentado por invalidez (fl.15) não exclui a dependência econômica da autora em relação ao filho, sobretudo porque sendo aquele inválido possui necessidades e cuidados especiais, os quais geram gastos com medicamentos.

Está demonstrado nos autos a condição de miserabilidade da reclamante que inclusive já foi beneficiária do amparo social ao idoso (fl.14), o que evidencia a dependência econômica em relação ao filho falecido.

Com efeito, a finalidade da lei é resguardar os pais do segurado, no sentido de que não tendo condições de arcar sozinho com a sua subsistência, estes não fiquem desamparados pelo falecimento do filho.

Para ser caracterizada a dependência econômica, não há necessidade de que essa exclusiva (Súmula 229 do extinto TFR; TRF 1ª Região, AC 199401353590,

1ª Turma Suplementar, Rel. Juiz Conv. Francisco de Assis Betti, por unanimidade, *DJ* – 19/09/2002).

Feitas estas considerações, conclui-se que o fato de o filho falecido custear as despesas da casa em que residia com os pais é suficiente para demonstração da dependência econômica.

No caso dos autos, vê-se que muitas despesas da família foram custeadas pelo *de cujus* (fls.20/27).

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso*, para reformar a sentença e condenar o INSS a conceder o benefício de pensão por morte a partir da data do requerimento administrativo (03/02/2006 - fl.32) e a pagar as parcelas vencidas acrescidas dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e corrigidas monetariamente de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.



## 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)).

---

### **Processual civil. Ação rescisória. Antecipação da tutela.**

Não se antecipa tutela rescisória que visa a desconstituir acórdão em que a autora foi tida como segurada especial, para fins de reconhecimento de direito à aposentadoria por idade, não só com base em registro do ofício profissional do marido em certidão de casamento, mas em documentação em nome da própria autora, indicando-a ora como diarista, ora como parceira, complementada pela prova testemunhal produzida.

AGRAR 2006.01.00.042046-0/MG

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves – 1ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 02/03/2007

### **Empregada doméstica. Início razoável de prova material complementada por prova testemunhal. Declaração de empregador.**

O registro de contrato de trabalho na CTPS é início de prova material que pode ser corroborado por prova testemunhal, especialmente no caso de empregado doméstico. Nos termos da jurisprudência deste egrégio Tribunal e do STJ, a declaração de empregador tem força probante no período anterior à edição da Lei 5.859/1972, no qual não era exigido o registro da carteira de empregado doméstico, podendo o início de prova material projetar efeitos em relação a período de tempo de trabalho anterior ou posterior ao nele retratado, desde que complementado por segura prova testemunhal.

AC 1997.01.00.029483-8/MG

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves – 2ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 08/03/2007

### **Servidor público. Afastamento para exercício de mandato eletivo. Devolução de valores. Inobservância do contraditório e da ampla defesa.**

Servidor que se afasta do cargo efetivo para fins de exercício de mandato eletivo municipal, manifestando expressa opção em receber sua remuneração pelo Incra, não está obrigado a devolver os valores relativos à remuneração que optou em decorrência de ter recebido verba de representação instituída pela respectiva Câmara Municipal, pois se recebeu qualquer valor indevido, o foi em prejuízo do Município e não do Incra.

REOMS 2001.43.00.001048-0/TO

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana (convocada) – 1ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 26/03/2007

### **Improbidade administrativa. Lei 8.429/1992. Suspensão do processo principal. Reclamação 2.138/DF.**

A decisão eventualmente proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação 2.138/DF, não terá necessários efeitos *erga omnes*. “A reclamação 2.138/DF, pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, não configura prejudicialidade apta a suspender o processo, com fundamento no art. 265, IV, *a*, do Código de Processo Civil, em que se discute suposto ato de improbidade administrativa cometido por prefeitos” (STJ, AgRg no REsp 764.836/SP, Relatora Ministra Denise Arruda).

AG 2006.01.00.033046-2/MA

Rel.: Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 02/03/2007

**Imóvel construído em área de praia para residência e exploração de atividade econômica (restaurante). Notificação do serviço de patrimônio da união para sua demolição. Devido processo legal. Manutenção na posse.**

Não tendo havido, na esfera administrativa, o direito de defesa, violando desta forma o princípio do contraditório, e do devido processo legal, consubstanciado no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, suspende-se os efeitos da notificação expedida pela Gerência Regional de Patrimônio da União, para determinar a manutenção dos agravantes na posse do imóvel, onde residem e desenvolvem atividade econômica, até final julgamento da ação principal.

AG 2006.01.00.013172-0/MA

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 19/03/2007

**Ensino superior. Universidade federal. Matrícula em dois cursos. Princípio da universalização do atendimento escolar.**

Entende-se legal a vedação de matrícula de candidato classificado em processo seletivo para freqüentar curso de graduação em Universidade pública que já esteja matriculado em outro curso regular de graduação na mesma instituição de ensino. A restrição encontra guarida no princípio da universalização do atendimento escolar (arts. 205 e 214, II, da CF), que visa a assegurar o acesso ao ensino superior gratuito a todos.

REOMS 2005.37.00.004477-8/MA

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Selene de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 01/03/2007

**Execução fiscal. Requisição de informações a órgãos diversos acerca da existência de bens penhoráveis em nome da devedora. Suposições de existência.**

Incumbe ao exeqüente o ônus de localizar os bens do devedor que sejam passíveis de penhora para a garantia do processo de execução. A possibilidade de requisição de informações acerca da existência de bens passíveis de penhora somente é dada ao magistrado em excetuadas situações, no estrito interesse da Justiça, caso em que, como condutor do processo de execução, deve viabilizar a satisfação do crédito do exeqüente, sendo-lhe vedado, todavia, substituir a parte exeqüente na busca dos aludidos bens, sob o grave risco de instaurar desequilíbrio entre as partes litigantes.

AGA 2006.01.00.035666-0/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 09/03/2007

**Execução fiscal. Penhora. Deterioração de bens constritos. Reavaliação parcial dos bens. Depositário infiel. Desoneração.**

Na execução fiscal, nomeado o depositário, deve este zelar pelos bens que lhe foram confiados, tendo em vista estarem constritos. A deterioração dos bens, contudo, é questão controversa, sendo que a prova produzida deve ser não só em relação ao grau de desgaste dos bens, mas, também, quanto à conduta culposa ou dolosa do depositário. A desídia, em princípio, não acarreta a infidelidade, mas, se for o caso, a obrigação de indenizar por perdas e danos, na via adequada.

AG 2004.01.00.058213-2/AC

Rel.: Des. Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 19/03/2007

### **Danos ao meio ambiente. Medidas coercitivas para forçar pagamento de multas.**

Na linha de entendimento do STF (Súmulas 70, 323 e 547) e do STJ, é defeso ao Ibama condicionar a expedição de documentos necessários à atividade da autora (tais como certidões, autorizações — para transporte de produtos florestais, no caso —, licenciamentos, permissões, ou concessões) ao prévio pagamento das eventuais multas advindas da prática de infrações ambientais: tal consubstanciaria ilegítima coerção (tendente a substituir a via processual adequada à satisfação dos créditos da autarquia).

AGTAG 2006.01.00.035582-0/PA

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 02/03/2007



# Estatística

**MARÇO/2007**

## **ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA**

Recursos Extraordinários Admitidos	272
Recursos Especiais Admitidos	276
Recursos Extraordinários Não-Admitidos	115
Recursos Especiais Não-Admitidos	504
Despachos Diversos	28
Decisões Diversas	4
Decisões em Plantão	7
Suspensões de Segurança Deferidas	2
Suspensões de Segurança Indeferidas	2
Agravo Regimental Prejudicado	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança	8
Informações ao STF e STJ em ACr, CC, HC, MS e SS	67
<b>TOTAL</b>	<b>1.286</b>

Dados fornecidos pela ASRET.

## **SECRETARIA JUDICIÁRIA**

Despachos Diversos	105
<b>TOTAL</b>	<b>105</b>

Dados fornecidos pela SECJU.

## **COORDENADORIA DE EXECUÇÃO JUDICIAL**

Despacho em Precatório	1
<b>TOTAL</b>	<b>1</b>

Dados fornecidos pela COREJ.

## SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Informações em Mandados de Segurança	3
Informação em Ação Ordinária	1
Informações Prestadas à AGU	7
Despachos em Procedimentos Administrativos	8
<b>TOTAL</b>	<b>19</b>

Dados fornecidos pela SECRE.

## VICE-PRESIDÊNCIA

RESP Admitidos	141
RESP Inadmitidos	334
RE Admitidos	43
RE Inadmitidos	135
Despachos/Decisões Diversas	185
<b>TOTAL</b>	<b>838</b>

Dados do Gabinete da Vice-Presidência.

## COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (REsp/RE)	1.251
Remetidos à ASVIP com REsp/RE	377
Remetidos à ASRET com REsp/RE	923
Remetidos ao STF (RE e Ag/RE)	368
Remetidos ao STJ (REsp e Ag/REsp)	624
Recebidos do STJ	983
Recebidos do STF	330
Remetidos por Baixa Definitiva	1.605
Remetidos ao Arquivo Judicial	337
Sobrestados na COREC	856
<b>TOTAL</b>	<b>7.654</b>

## PUBLICAÇÕES – PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	213
Recursos Inadmitidos	602
Despachos Diversos	36
<b>TOTAL</b>	<b>851</b>

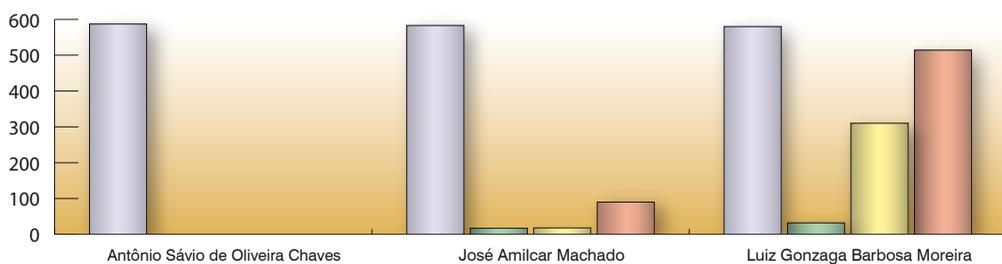
## PUBLICAÇÕES – VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	134
Recursos Inadmitidos	503
Despachos Diversos	4
<b>TOTAL</b>	<b>641</b>

Dados fornecidos pela COREC.

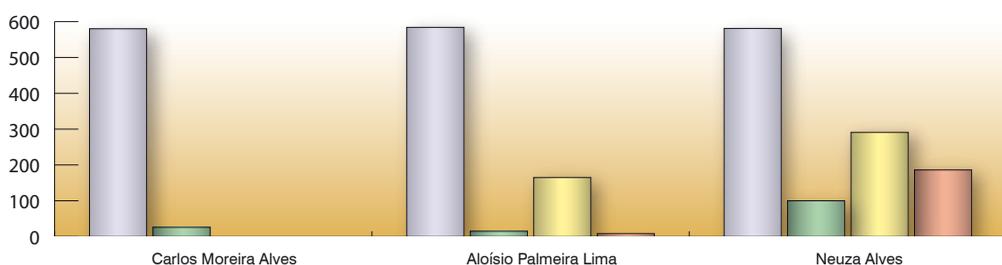
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

### 1ª Turma



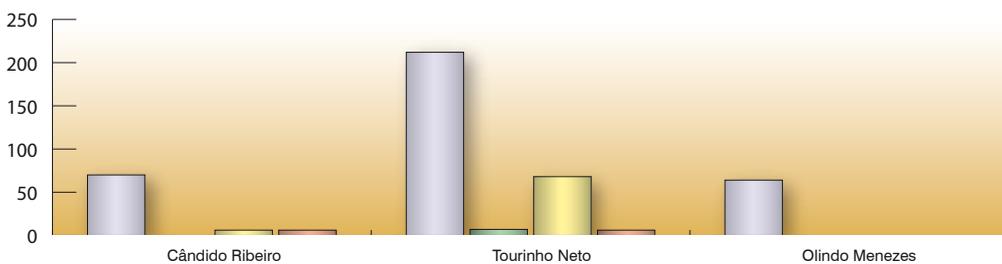
Distribuídos	587	583	580
Desp. Term. Publicados		2	32
Julgados		3	310
Acórdãos Publicados		90	514

### 2ª Turma



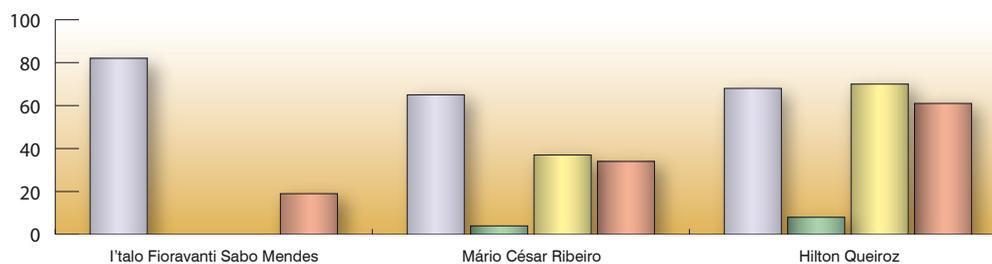
Distribuídos	580	584	581
Desp. Term. Publicados	26	15	100
Julgados		165	291
Acórdãos Publicados		1	186

### 3ª Turma



Distribuídos	70	212	64
Desp. Term. Publicados		7	
Julgados	3	68	
Acórdãos Publicados	3	3	

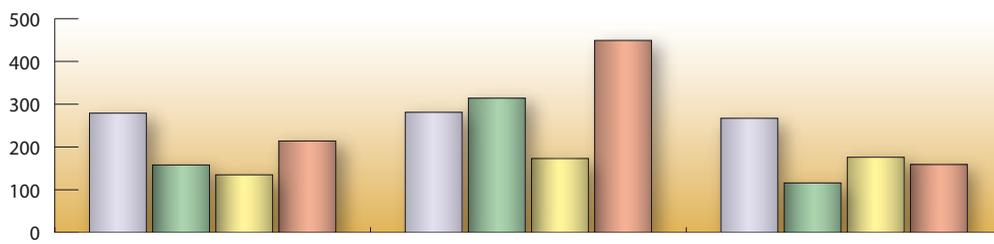
### 4ª Turma



Distribuídos	82	65	68
Desp. Term. Publicados		4	8
Julgados		37	70
Acórdãos Publicados	19	34	61

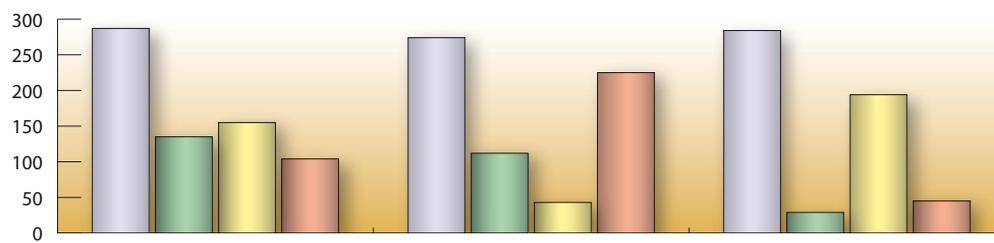
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

### 5ª Turma



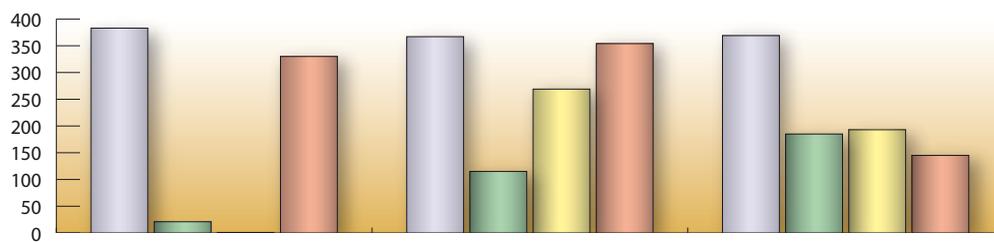
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	279	281	267
Desp. Term. Publicados	158	314	116
Julgados	135	173	176
Acórdãos Publicados	214	449	159

### 6ª Turma



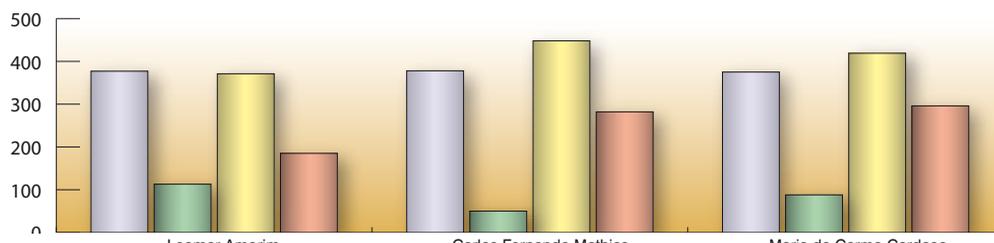
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	287	274	284
Desp. Term. Publicados	135	112	29
Julgados	155	43	194
Acórdãos Publicados	104	225	45

### 7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	383	367	369
Desp. Term. Publicados	21	115	185
Julgados	1	269	193
Acórdãos Publicados	330	354	145

### 8ª Turma

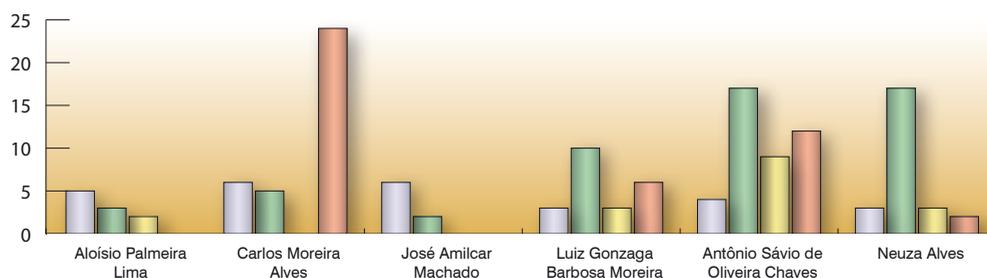


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	377	378	375
Desp. Term. Publicados	113	50	88
Julgados	371	448	419
Acórdãos Publicados	185	282	296

## DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

### 1ª Seção

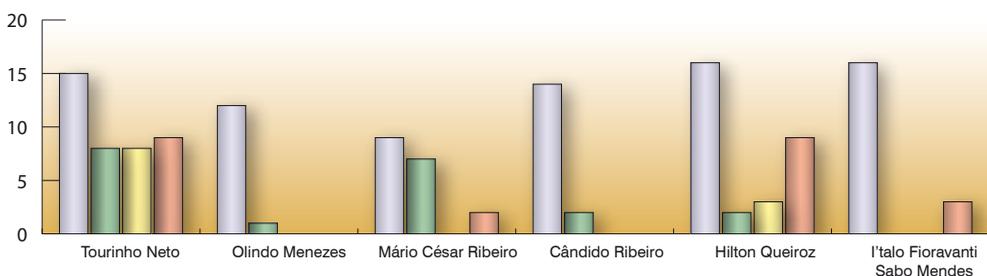
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Aloísio Palmeira Lima	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves
Distribuídos	5	6	6	3	4	3
Desp. Term. Publicados	3	5	2	10	17	17
Julgados	2			3	9	3
Acórdãos Publicados		24		6	12	2

### 2ª Seção

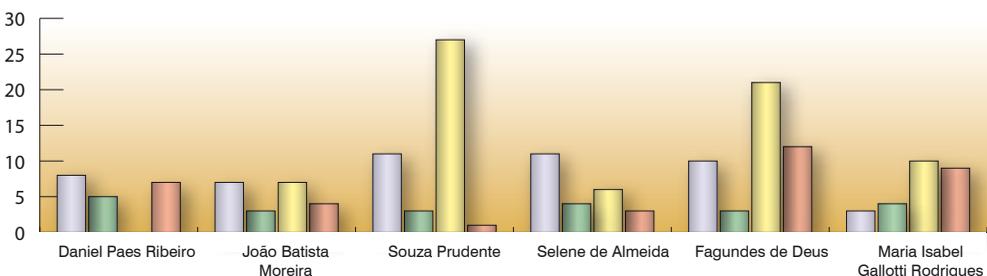
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Tourinho Neto	Olindo Menezes	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	15	12	9	14	16	16
Desp. Term. Publicados	8	1	7	2	2	
Julgados	8				3	
Acórdãos Publicados	9		2		9	3

### 3ª Seção

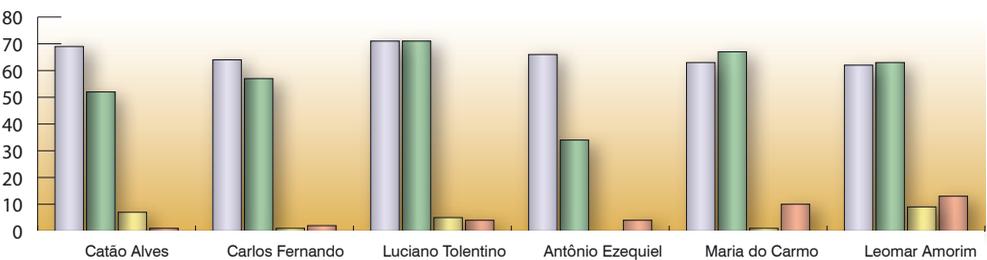
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	8	7	11	11	10	3
Desp. Term. Publicados	5	3	3	4	3	4
Julgados		7	27	6	21	10
Acórdãos Publicados	7	4	1	3	12	9

### 4ª Seção

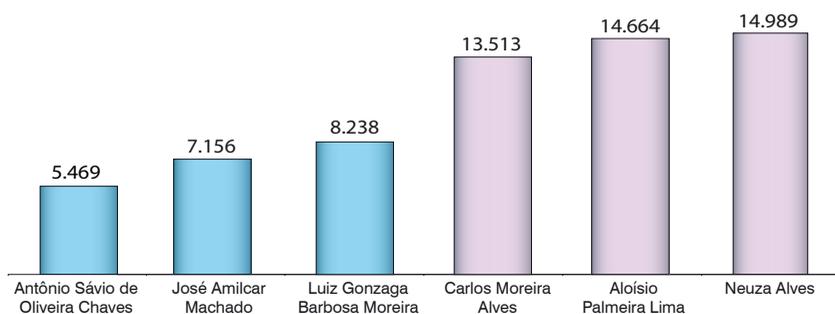
Desembargador Federal  
Presidente: Carlos Olavo



	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Antônio Ezequiel da Silva	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	69	64	71	66	63	62
Desp. Term. Publicados	52	57	71	34	67	63
Julgados	7	1	5		1	9
Acórdãos Publicados	1	2	4	4	10	13

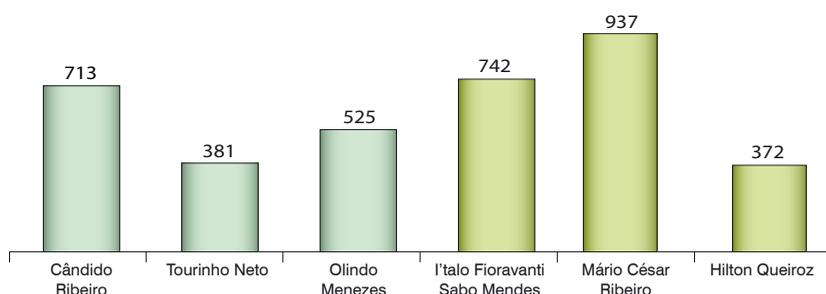
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de relator, revisor ou vogal.

## PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS



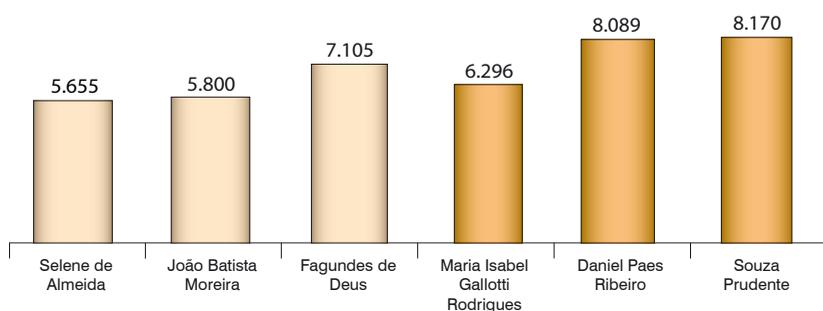
■ 1ª Turma

■ 2ª Turma



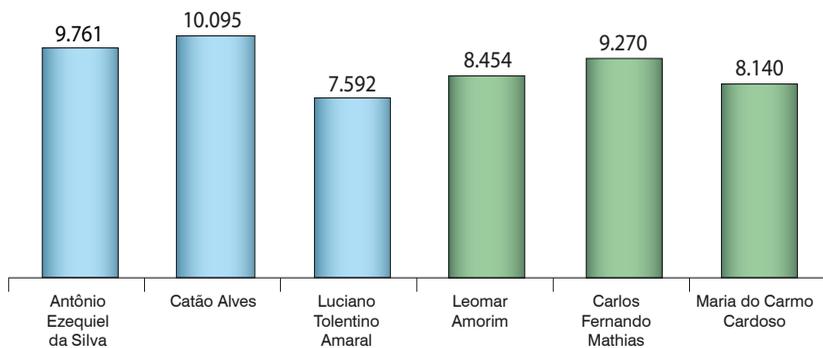
■ 3ª Turma

■ 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.

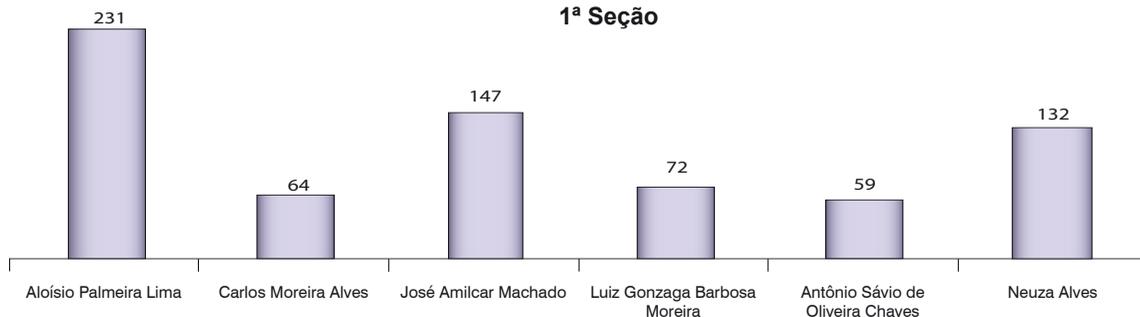
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:  
I – matéria penal em geral;  
II – improbidade administrativa;  
III – desapropriação direta e indireta.

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.

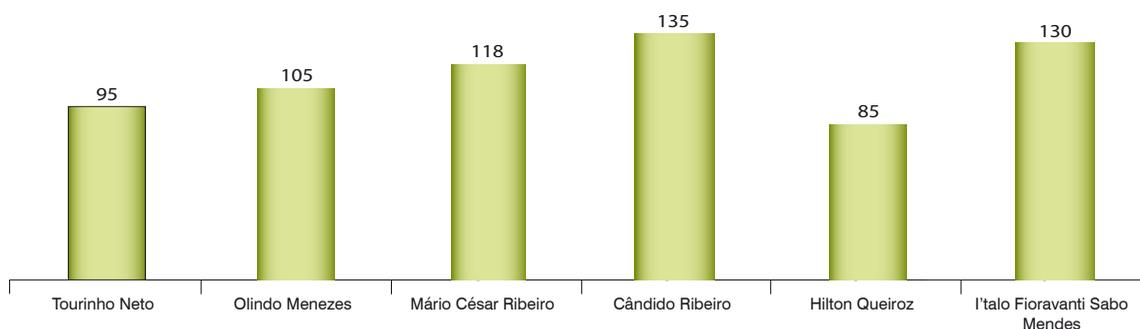
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:  
I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;  
II – impostos;  
III – taxas;  
IV – contribuições de melhoria;  
V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;  
VI – empréstimos compulsórios;  
VII – preços públicos;  
VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

## PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

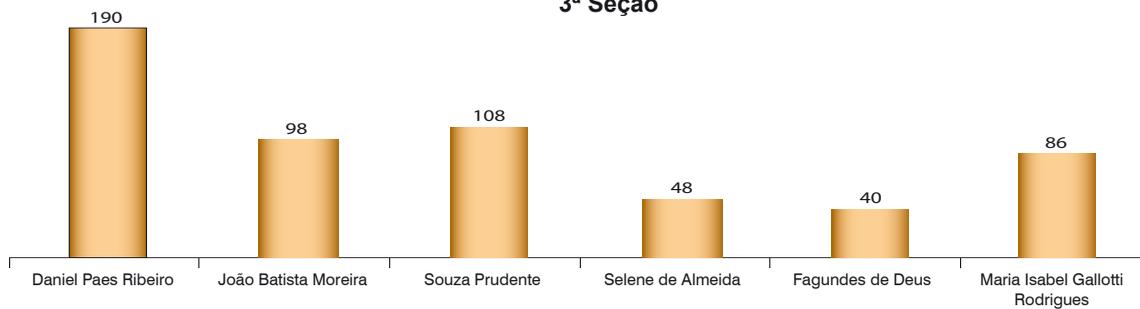
### 1ª Seção



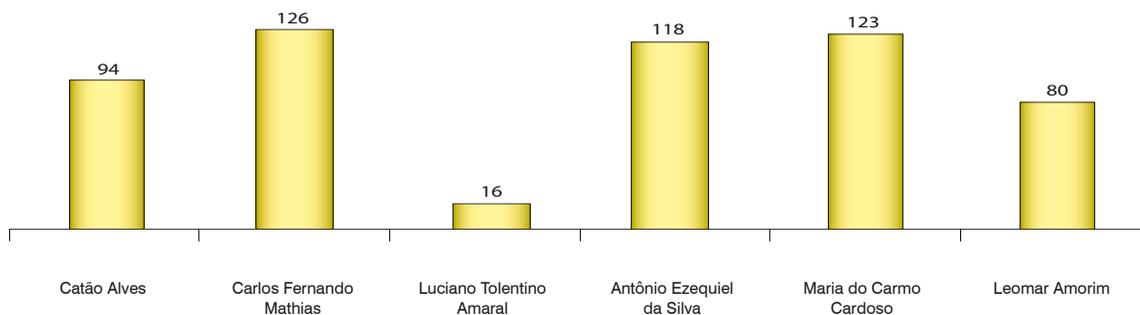
### 2ª Seção



### 3ª Seção



### 4ª Seção



## ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	4ª Seção		4	
	7ª Turma	79		79
Antonio Claudio Macedo da Silva	1ª Seção	2		1
	2ª Turma			1
	5ª Turma			1
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção			2
	5ª Turma	2		149
Carlos Augusto Pires Brandão	3ª Seção		5	
	6ª Turma	16	17	46
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção			6
	5ª Turma	62	74	269
	8ª Turma			3
César Cintra Fonseca	2ª Turma		1	
Daniele Maranhão Costa	7ª Turma			2
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção			1
	6ª Turma	2	20	37
Francisco Renato Condevila Pinheiro	7ª Turma		73	48
Hind Ghassan Kayath	2ª Turma			1
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	3	198	181
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção			16
	1ª Turma		63	62
Jamil Rosa de Jesus	3ª Turma	3		1
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma		52	83
Klaus Kuschel	2ª Seção	1		1
	4ª Turma	1	15	13
Leão Aparecido Alves	3ª Seção		1	
	6ª Turma		1	21
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	2ª Seção	4	11	7
	3ª Turma	13	60	92
Manoel José Ferreira Nunes	1ª Turma		1	288
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma	1	50	42
Marcus Augusto de Sousa	3ª Seção	2		

Maria Lúcia Gomes de Souza	2ª Seção			1
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		38	48
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	35	411	324
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma	2	24	71
Mônica Jaqueline Sifuentes Pacheco	2ª Turma			2
Mônica Neves Aguiar da Silva	1ª Seção			5
	2ª Turma	16	133	391
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma			16
Osmane Fernando Mathias	8ª Turma		39	7
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma			24
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma		38	2
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	2	15	
	4ª Turma	6	86	14
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção	6	3	4
	3ª Turma	6	58	51
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção		10	4
	1ª Turma	20	228	123
Sônia Diniz Viana	1ª Turma	3	28	8
Vallisney de Souza Oliveira	5ª Turma			2

## DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Assusete Magalhães	2ª Turma			5
	2ª Seção	1		
Jirair Aram Meguerian	2ª Turma			3
Tourinho Neto	4ª Seção	1		
Catão Alves	1ª Turma			1
Daniel Paes Ribeiro	5ª Turma	2		
Maria do Carmo Cardoso	6ª Turma		1	
Neuza da Silva	7ª Turma	1		

## Repositórios Oficiais de Jurisprudência\*

- \* Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- \* Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários;
- \* Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- \* Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio;
- \* Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB;
- \* 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;
- \* Editora Portal Jurídico Ltda.: *CD-Rom* Gazeta Juris;
- \* Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET.

\*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](mailto: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](mailto:cojud-revista@trf1.gov.br).