

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Maio 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 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 Luniére 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

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Geraldo Martins Teixeira Júnior

Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Edleusa Santos da Trindade Züit

Evanildes Carvalho Amorim

Maria Benáurea Santos

Magda Giovana Alves

Samuel Nunes dos Santos

Renato Cunha

Confecção de fotolitos

Techno Arte 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 o original e padronização.

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

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

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Plenário

Presidente:

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

2ª Turma

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

5ª Turma

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

6ª Turma

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

7ª Turma

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

8ª Turma

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

Conselho de Administração

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

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amílcar 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 Amílcar 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

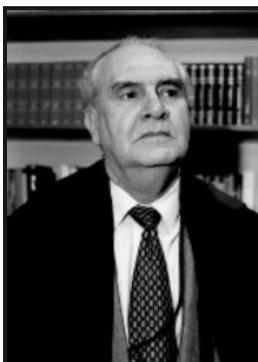
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

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



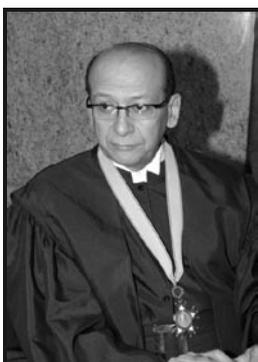
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



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



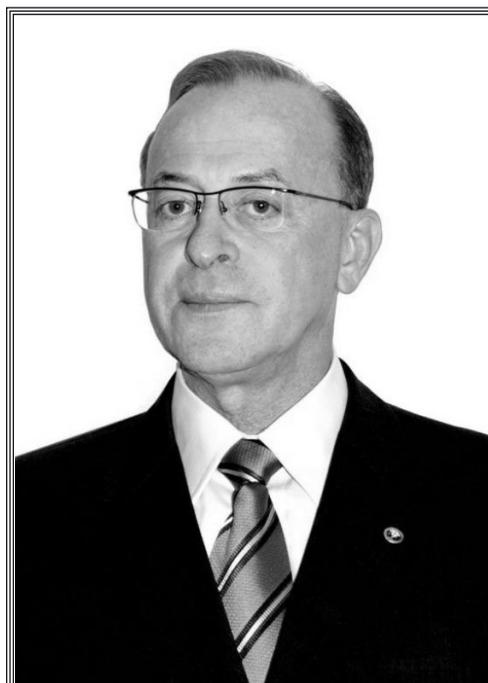
Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



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

Seção Judiciária do DF comemora 40 anos
Alexandre Vidigal

Atualidades: ponto de vista, 21

Super Receita
Jorge Rachide

Justiça Federal – 40 anos, 25

Aldir Passarinho

Gastando o Latim, 29

Habeas Verbum: Língua do Direito, 31

Isto, isso ou aquilo — baita calo no pé
Dad Squarisi

Artigos Doutrinários

Considerações em torno da segurança e da cidadania, 33
Olindo Herculano de Menezes

O periculum in mora nas medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa, 46
Luciano Rolim

Lançamento tributário na Espanha: um estudo comparativo, 55
Paulo Adyr Dias do Amaral

Tópicos Jurídicos

Redução da maioria penal, 65
Gustavo Bregalda

As principais inovações da nova Lei de Drogas, 68
Vitor Frederico Kümpel

Polícia Federal e Dossiêgate: para o exercício independente e equidistante da atividade de polícia judiciária, garantias funcionais mínimas devem ser implementadas, 70
Eduardo Pereira da Silva

Corte Especial – Mandado de segurança. Ato judicial. Conversão de agravo de instrumento em agravo retido.

Ausência de ilegalidade, 73

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

Mandado de Segurança 2006.01.00.036847-3/PA

1ª Seção – Ação rescisória. Decadência. Contagem do prazo, 81

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado

Ação Rescisória 2004.01.00.037950-6/MG

2ª Seção – Crime ambiental. Responsabilidade penal. Pessoa jurídica demandada juntamente com a pessoa física. Litisconsorte passivo necessário, 84

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Hilton Queiroz

Embargos Infringentes e de Nulidade em Recurso Criminal 2004.31.00.002441-0/AP

3ª Seção – FGTS. Juros progressivos. Comprovada admissão dos litigantes no emprego em data posterior à Lei 5.705/1971. Erro de fato. Violação literal a dispositivo de lei. Rescisão do julgado, 96

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus

Ação Rescisória 1999.01.00.036481-6/DF

4ª Seção – Programa de Integração Social (PIS). Inconstitucionalidade. Certidão de trânsito em julgado.

Exigência. Prazo decadencial. Termo *a quo*. Sistemática da Lei Complementar 7/1970. Constitucionalidade, 99

Rel.: Des. Federal Carlos Fernando Mathias

Ação Rescisória 1998.01.00.066417-2/DF

1ª Turma – Servidor público aposentado. Abate-teto. Vantagens de caráter pessoal. Exclusão. Opção de função. Limitação temporal. Valores pagos por sentença judicial. Natureza dos valores. Inclusão no teto constitucional. Gratificação pelo desempenho de atividade tributária/GDAT e da opção de 55% DAS.

Vantagens de natureza funcional, 104

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana (convocada)

Apelação em Mandado de Segurança 2001.34.00.008700-8/DF

2ª Turma – Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Meios de prova, 110

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

Apelação Cível 2003.01.99.014368-5/MG

3ª Turma – Processual Penal. Interceptação telefônica. Princípio da necessidade. Interceptação de “Prospecção”. Impossibilidade, 117

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Apelação Criminal 2005.38.00.032154-7/MG

4ª Turma – Processual Penal. Penas restritivas de direito. Não cumprimento. Conversão em pena privativa de liberdade. Pedido de reconsideração. Não cabimento. Prestação pecuniária. Impossibilidade, 120

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro

Agravo em Execução Penal 2005.01.00.002265-6/MT

5ª Turma – Ensino superior público. Ação civil pública. Reserva de vagas (cotas) para estudantes egressos da rede pública de ensino. Legitimidade ativa do *parquet*. Legitimidade passiva das instituições de ensino. Princípio da igualdade e ações afirmativas. Interpretação conforme a Constituição, 126

Rel.: Des. Federal Selene de Almeida

Apelação Cível 1999.38.00.036330-8/MG

6ª Turma – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Equipamentos ativos eletro-estimuladores musculares. Poder de polícia. Legalidade, 161

Rel.: Des. Federal Souza Prudente

Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.028665-6/DF

7ª Turma – Perdimento de bem. Transferência de veículo adquirido por membro de missão diplomática. Falta de autorização do Ministro das Relações Exteriores e do Ministro da Economia. Alegação de intenção no pagamento do tributo e de ausência de condições para o recolhimento, 165

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Apelação Cível 1999.01.00.028529-3/DF

8ª Turma – PIS/Cofins. Apuração. Regime contábil de competência. Venda de serviços. Presunção de receita. Inadimplência. Receita auferida. Não inclusão de valores não recebidos, 169

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravo de Instrumento 2006.01.00.034241-9/AM

Decisões Monocráticas

Medida cautelar. Indeferimento de liminar. Autorização para trânsito irrestrito de veículos de carga adquiridos com isenção de IPI na Zona Franca de Manaus. Depósito judicial: faculdade da parte. Princípios da celeridade e economia do processo. Art. 273, § 7º, do CPC, 175

Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Ag 2007.01.00.010734-8/AM

Substituição de CDA. Ocorrência de erro formal (ausência do anexo): possibilidade (art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/1980), 177

Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Ag 2007.01.00.011355-0/MG

Ação civil pública. Antecipação de tutela. Exame da Ordem dos Advogados. Inscrição. Exigência de documentos, 178

Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Ag 2007.01.00.012843-0/PA

Suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Recurso administrativo. Pedido de compensação. Pendência de apreciação pelo Fisco, 180

Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Ag 2006.01.00.027175-3/PA

Agravo de instrumento. Liminar em ação civil pública. Ocupação de vaga no Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso destinada a Juiz de Direito. Impugnação. Competência da Justiça Eleitoral. Efeito suspensivo deferido, 182

Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Ag 2006.01.00.046466-7/MT

JEFs em Revista

Seguridade social. Benefício assistencial. Benefício previdenciário em valor mínimo. Exclusão do cálculo da renda do grupo familiar, 185

Rel. p/ acórdão: Juiz Federal Ademar Aires Pimenta da Silva

Recurso Cível 2005.43.00.905009-6/TO

Juizados Especiais Federais. Mandado de segurança. Valor da causa. Parcelas vincendas, 191

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Recurso 2006.38.00.749214-4/MG

Imposto de renda. Fundo de previdência privada. Reserva de poupança. Resgate. Depósitos anteriores à Lei 9.250/1995. Isenção. Restituição administrativa, 193

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso 2007.36.00.702633-3/MT

Repetição de indébito. Imposto de renda. Resgate de contribuições. Previdência complementar. Dupla tributação. Restituição devida, 197

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Recurso 2007.36.00.702655-6/MT

Breviário, 199

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

Anistia para vereadores compelidos a exercer mandato gratuitamente. Reparação econômica.

Danos morais. Citação e interrogatório em processo criminal de pessoa homônima do acusado.

Tributo pago extemporaneamente. Multa moratória. Incidência.

Ação de improbidade. Competência. Reclamação 2.138/STF. Suspensão do processo. Impossibilidade.

Promoção de cabos da aeronáutica com base em normas previstas para o corpo feminino. Princípio da isonomia.

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Compatibilidade.

Justiça gratuita. Pessoa jurídica.

Execução fiscal. Contribuição previdenciária. Responsabilidade. Meação. Penhora. Bem indivisível.

Concurso público. Prova de títulos. Mestrado. Comprovação.

Responsabilidade civil. Lista de excedentes em concurso vestibular. Erro na divulgação. Dano moral.

Estatística, 203

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 213

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 215

“De tanto ver triunfarem as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, e ter vergonha de ser honesto.”

(Rui Barbosa, Senado Federal, 1914)

A Elegância do Comportamento

Existe uma coisa difícil de ser ensinada e que, talvez por isso, esteja cada vez mais rara: a elegância do comportamento.

É um dom que vai muito além do uso correto dos talheres e que abrange bem mais do que dizer um simples obrigado diante de uma gentileza.

É a elegância que nos acompanha da primeira hora da manhã até a hora de dormir e que se manifesta nas situações mais prosaicas, quando não há festa alguma nem fotógrafos por perto.

É uma elegância desobrigada.

É possível detectá-la nas pessoas que elogiam mais do que criticam.

Nas pessoas que escutam mais do que falam.

E quando falam, passam longe da fofoca, das maldades ampliadas no boca a boca.

É possível detectá-la nas pessoas que não usam um tom superior de voz.

Nas pessoas que evitam assuntos constrangedores, porque não sentem prazer em humilhar os outros.

É possível detectá-la em pessoas pontuais.

Elegante é quem demonstra interesse por assuntos que desconhece, é quem cumpre o que promete e, ao receber uma ligação, não recomenda à secretária que pergunte antes quem está falando e só depois manda dizer se está ou não está.

É elegante não ficar espaçoso demais.

É elegante reconhecer velhos amigos ou conhecidos. Super deselegante fazer de conta que não os viu.

É elegante guardar opiniões religiosas e políticas quando se percebe que é constrangedor para alguém.

É elegante não dirigir pela esquerda, alguém pode precisar passar (às vezes para salvar uma vida).

É elegante não obstruir a passagem de ninguém seja pelo motivo que for. Se está procurando uma loja, por exemplo, faça isso a pé, estacione o carro e deixe o trânsito fluir.

É elegante não estacionar em fila dupla se você não pode proceder à retirada do veículo em menos de 30 segundos a partir do alerta.

É elegante não obstruir escadas rolantes e passarelas, alguém pode ter motivo de pressa!

É elegante ser objetivo numa fila de bufet e, caso não possa, oferecer imediatamente passagem, alguém pode ter apenas 10 minutos para almoçar.

É elegante responder sempre a convites e correspondências diretas.

É elegante ser cordial e amigoso com todos. Caso não possa, não compartilhe das atitudes, peça discretamente licença e vá a outro ambiente por alguns minutos ou se retire, sempre alegando necessidade e nunca sugerindo que se deve à ação ou atitude de outras pessoas: você não é professor do mundo ou educador dos filhos alheios.

É elegante ser honesto e franco sem ser agressivo. Dar desculpas, em geral, é muito deselegante.

É elegante ouvir com calma e, caso não seja possível, informar que tem pressa e perguntar a melhor hora para ligar, e depois, é claro, ligar mesmo!

É elegante não constranger.

É elegante não censurar com expressões faciais e movimentos de cabeça. Se precisar dizer algo, espere o momento e o faça em particular.

É elegante não trocar olhares com outras pessoas em ambiente coletivo, pois você pode estar sendo observado por outras pessoas.

É elegante não deduzir. Se tem dúvidas sobre o significado de uma ação ou atitude, pergunte em particular ao interessado.

É elegante respeitar a fé alheia.

É elegante não afrontar o perdedor com sua vitória.

É elegante não constranger o vencedor com sua derrota.

É elegante mandar mensagens de agradecimento por coisas boas recebidas: de um convite para jantar a um toque.

É elegante dar espaço nas conversas para que todos falem.

É elegante ouvir o que dizem e não dar aquela impressão de que apenas parou para respirar ou retomar o assunto de onde antes havia parado.

É elegante não ocupar o espaço alheio com seu perfume, sua voz mais alta do que o necessário, sua conversa ao celular (em elevadores nunca, sob qualquer justificativa), sua música, sua festa, sua alegria.

É elegante não pré-julgar. Elegantíssimo não julgar.

É elegante ter sua própria opinião sobre fatos e pessoas, super deselegante herdá-la ou assumir antipatias alheias.

É elegante não ostentar. Humildade é sempre o requinte da elegância.

É elegante manter-se discreto e não há nada no mundo mais deselegante que cabotismo.

É elegante saber esperar.

É elegante compreender (tudo que compreende é sempre maior do que o compreendido).

É elegante amar, deselegante fazer do amor um espetáculo público.

É elegante seguir conselhos, se os pedir, ou recusá-los com clara justificativa e profundo agradecimento pela disponibilidade do ouvinte. Jamais voltar ao mesmo amigo com o mesmo problema!

É elegante não mudar seu estilo apenas para se adaptar ao de outro.

É muito elegante não falar de dinheiro em bate-papos informais.

É elegante retribuir carinho e solidariedade.

Sobrenome, jóias e nariz empinado não substituem a elegância do gesto.

Não há livro que ensine alguém a ter uma visão generosa do mundo, a estar nele de uma forma não arrogante.

Pode-se tentar capturar esta delicadeza natural através da observação, mas tentar imitá-la é improdutivo.

Educação enferruja por falta de uso.

(Autor desconhecido)

“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”.

Seção Judiciária do DF comemora 40 anos

Alexandre Vidigal*

Por Martha Hormann

Por ocasião do 40º aniversário de instalação da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Juiz Federal Alexandre Vidigal, primeiro juiz federal nascido em Brasília e atual Diretor do Foro, fala à Revista.



Percorrendo caminhos históricos, o Juiz Alexandre Vidigal teceu comentários sobre a importância política do renascimento da Justiça Federal, abordou sua situação atual e chegou a prognósticos para essa Justiça dentro de cinco ou dez anos.

Discorreu também sobre a carga de trabalho que assola a Justiça Federal nos dias de hoje e, por último, sobre a experiência pioneira de virtualização dos processos da 18ª Vara, responsável por execuções fiscais.

Revista: A Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal, que só foi prevista novamente na Carta de 1967. O que representou seu ressurgimento para a história política do País?

Alexandre Vidigal: Em realidade, a Justiça Federal, após extinta pela CF/1937, foi recriada pela CF/1946. Isso, se considerarmos a criação do Tribunal Federal de Recursos, que era exatamente a 2ª instância dessas causas que hoje são da competência da Justiça Federal.

A Constituição de 1946 dispôs sobre as causas submetidas à competência do TFR, definindo-as em razão de algumas matérias e natureza da causa, mas, principalmente, em razão da pessoa que integrava a relação processual, no caso a União. Essas causas estariam afetas aos juízes das capitais dos estados — juízes estaduais —, e os recursos, ao invés de irem ao TJ dos estados, eram encaminhados para o Tribunal Federal de Recursos.

Quanto à Justiça Federal de 1º grau, sua recriação deu-se no ano de 1965, com o Ato Institucional 2. Assim, antes mesmo da Constituição de 1967, já aquele Ato Institucional foi quem tratou, passou a prever, recriou, digamos assim, a Justiça Federal de 1º grau.

Revista: E qual foi a importância histórica e política disso no contexto brasileiro?

Alexandre Vidigal: Há dois aspectos interessantes. O primeiro diz respeito à organização político-institucional do Estado brasileiro.

Sobre este aspecto, a recriação da Justiça Federal de 1º e 2º graus confere à União autonomia para contar com uma estrutura judiciária própria, sem depender da estrutura que cada estado dispõe para o funcionamento do seu Poder Judiciário. E essa importância dá-se pelo fato de, não fosse a existência de uma Justiça Federal, a União ficaria dependente, a reboque, refém dos estados, submetida a uma estrutura judicial eventualmente não condizente com as peculiaridades próprias da União, em razão da dimensão e da complexidade de seu funcionamento.

Esse, assim, um aspecto do modelo de formação política do Estado brasileiro: Justiça dos estados para os entes federados e Justiça Federal para o ente maior da Federação, a União.

O outro aspecto se refere à importância da Justiça Federal no cenário histórico do País. Quando de sua criação no início da República, em 1890, ainda sob o advento da Constituição Provisória, Rui Barbosa teve a oportunidade de dizer que a Justiça Federal era a Justiça contra o autoritarismo. Por sua vez, quando extinta em 1937, Getúlio Vargas realçava que a Justiça Federal incomodava. Recriada em 1965, em plena ditadura, por Ato Institucional (AI-2) que ao mesmo tempo limitava direitos da magistratura, como vitaliciedade, inamo-

* Juiz Federal e Diretor da Seção Judiciária do Distrito Federal.

vibilidade, vozes se levantaram para associar a Justiça Federal a uma Justiça criada para atender aos interesses do governo. O tempo, porém, se encarregou de dizer da importância da Justiça Federal como instituição independente e confiante na defesa dos direitos das pessoas, do interesse da sociedade, e na solução de causas das mais relevantes no campo econômico, social, político e tantos outros. Se, nos mais diversos momentos históricos do País, a atuação da Justiça Federal agradava ou não, isso era parte do juízo de cada um frente aos seus próprios interesses.

Revista: A Seção Judiciária do DF marcou a história da Justiça Federal por ter sido decana da reinstalação da Justiça Federal no Brasil. Neste mês de maio, completa 40 anos de atividade. Como foi a instalação do órgão?

Alexandre Vidigal: Permita-me aqui fazer um parêntese. Sou brasileiro e, como primeiro juiz federal nascido em Brasília, tenho uma admiração muito grande pela Justiça Federal do DF. Sou um entusiasta de todo tema que lhe diga respeito. Procuo sempre me informar sobre essa Justiça Federal, estudar sua história, conhecer seus fatos. Quanto à sua instalação — estamos ainda fazendo diversos levantamentos —, pode-se afirmar que as dificuldades foram muitas. Em 1966, edita-se a Lei 5.010, que cria o Conselho da Justiça Federal e a Justiça Federal nos estados e no DF e, em 23 de maio de 1967, instala-se a primeira delas, que é justamente a do DF.

Havia, naquela época, uma considerável restrição orçamentária pelo governo e isso tinha um reflexo muito forte também, evidentemente, com relação a todos os setores que envolvessem gastos públicos. Não podemos esquecer que a inauguração de Brasília ainda era muito recente e os custos de sua construção, altíssimos para o Estado, eram muito sentidos.

O fato é que, juntamente com as Seções de São Paulo e Guanabara, a instalação da Seção Judiciária do DF fora definida como de conveniência imediata pelo Conselho da Justiça Federal. Empossados seus primeiros magistrados — dois juizes federais e dois juizes federais substitutos — e servidores, para iniciar suas atividades, a Seção Judiciária do DF passou a ter como grande problema dispor de um local para sua sede. Esse problema, aliás, fora verificado para se começar a funcionar a Justiça Federal em todo o Brasil, mas, no caso do DF, essa empreitada se revelou ainda muito difícil, pois à época os poucos edifícios públicos disponíveis em Brasília estavam comprometidos com

a mudança dos mais diversos órgãos públicos federais que ainda estavam sendo transferidos do Rio de Janeiro para a nova capital. Ou seja, havia uma carência muito grande de imóveis públicos naquela época. O que acabou se tornando viável foi a ocupação do 2º andar do edifício do Ministério da Saúde, o bloco 11 da Esplanada dos Ministérios, e que, anteriormente abrigando instalações do Itamaraty, fora inteiramente desocupado em razão de um grande incêndio no local. Assim, fora aquele andar disponibilizado para a Seção Judiciária do DF; todas as reformas e o próprio mobiliário foram feitos pela Novacap, pois, em realidade, não havia recurso orçamentário-financeiro disponível para aquela finalidade.

Para se ter uma idéia das restrições orçamentárias, uma máquina de calcular, imprescindível aos serviços da Contadoria Judicial, somente teve sua compra autorizada uns quatro meses após ter sido solicitada ao CJF. De igual modo, a compra de veículos para atender à Seção Judiciária somente fora autorizada muito depois de a Justiça ter começado a funcionar e, mesmo assim, apenas um.

Revista: O número de varas existentes hoje é satisfatório para responder à demanda que enfrentam?

Alexandre Vidigal: Não. A Justiça Federal no DF, juntamente com Acre, Amapá, Roraima e Tocantins, foram as únicas a não ser contempladas com a grande expansão de novas varas que a Justiça Federal da Primeira Região observou até o ano passado. Atualmente, com mais de 210.000 processos em tramitação e 52 magistrados, a Justiça Federal no DF seguramente é uma das mais asoberbadas do País e com mais uma agravante: o fato de ser o foro geral da União e, por isso, receber ações de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas em qualquer lugar do território nacional.

Para readequar a proporção de processos afetos a cada juiz do DF em relação aos juizes federais das outras Seções Judiciárias, o DF necessitaria de, pelo menos, mais oito varas federais. A única expectativa que se pode ter a respeito desta ampliação é o projeto de lei que tramita no Congresso Nacional para criação de mais 230 varas federais em todo o Brasil.

Quanto aos juzados especiais federais, certamente desafogaram consideravelmente as demais varas, não se podendo desconsiderar, porém, que sua grande demanda é de processos que, se não houvesse o JEF, não seriam ajuizados em razão do seu custo/be-

nefício.

Revista: Depois da edição da Lei 11.419, de 19/12/2006, o Judiciário caminha para a implantação do processo totalmente virtual. Diante disso, que idéia o senhor faz da Justiça brasileira dentro de dez anos, por exemplo?

Alexandre Vidigal: Na realidade, a Justiça daqui a dez anos será a Justiça que teremos daqui há cinco, seis anos, com o grande avanço que se observará na virtualização. Há muitas coisas ainda a serem feitas, como até mesmo vencer a resistência de muitos operadores do Direito a este novo modelo de processo, e no qual me incluo, pois ainda temos toda uma experiência profissional e até mesmo cultural no manuseio de autos físicos. Eu tive a oportunidade de julgar milhares de processos virtuais quando compunha a turma recursal do JEF/DF, mas confesso que me sentia muito mais familiarizado e seguro com o processo de papel. Talvez um misto de autos físico e virtual, algo como um processo com papel só com as manifestações das partes e decisões, e com todo registro da burocracia processual (conclusões, termos, certidões etc) em meio virtual, fosse o mais apropriado. Nem por isso podemos esquecer que a virtualização já é uma realidade e a ela teremos que nos adaptar.

Revista: O senhor poderia falar um pouco sobre a experiência com a 18ª Vara, que está inaugurando o processo virtual no âmbito da Execução Fiscal?

Alexandre Vidigal: Trata-se de uma iniciativa pioneira, na fase final de implantação e pela qual, até o final deste semestre (junho/2007), a 18ª Vara terá virtualizado todos os seus processos físicos em andamento, inclusive já passando a receber por meio eletrônico as petições iniciais. Quanto aos processos arquivados, cerca de 20.000 já estarão virtualizados também até o final deste 1º semestre.

Por Martha Hormann



Com o intuito de trazer à comunidade jurídica informações de interesse da área tributária, a *Revista* apresenta as considerações do Secretário da Receita, Jorge Rachide, sobre a chamada Super Receita, em vigor desde 02/05/2007.

Secretário em atuação desde antes da edição da medida provisória que, em 2004, instituiu a novidade, investido da autoridade de quem participou de todo o processo, Jorge Rachide conta como foi organizar a transição. Fala, ainda, a respeito da alegada inconstitucionalidade da lei originada pela MP 222/2004, da natureza jurídica do novo órgão e de outros assuntos de igual importância.

Revista: A implementação da chamada Super Receita está em curso desde o final de 2005, quando foi prevista por medida provisória. Como está sendo o processo de junção dos órgãos fiscalizadores e arrecadadores da Receita Federal e do INSS?

Jorge Rachide: Primeiramente, há que se realizar a seguinte correção: a implementação da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), objeto da mudança de denominação da Secretaria da Receita Federal (art. 1º da Lei 11.457, de 16/03/2007), é, na prática, o produto da unificação das Secretarias da Receita Federal (SRF) e da Receita Previdenciária (SRP).

Por intermédio da MP 222, de 04/10/2004 — convertida na Lei 11.098, de 13/01/2005 — foi criada a Secretaria da Receita Previdenciária, no âmbito do Ministério da Previdência, e atribuída a este Ministério a competência relativa à arrecadação, fiscalização, lançamento e normatização de receitas previdenciárias.

A unificação dessas duas Secretarias ocorreu inicialmente por força da Medida Provisória 258, de 21/07/2005, que perdeu eficácia por não ter sido apreciada pelo Senado Federal no prazo de 120 dias pre-

visto na Constituição Federal. Logo após a perda de eficácia da MP 258, de 2005, o Poder Executivo enviou Projeto de Lei (número 6.272, de 2005) ao Congresso Nacional e deu continuidade aos trabalhos visando à futura unificação. O Projeto resultou na Lei 11.457, de 2007, publicada em 19/03/2007 e que entrará em vigor em 02/05/2007, unificando a SRF e SRP no órgão citado, que será a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Durante a tramitação do Projeto de Lei, houve a realização de vários estudos, como, por exemplo, dos levantamentos de processos de trabalho, objetivando a proposta de estrutura para o novo órgão (Secretaria da Receita Federal do Brasil); alinhamento de jurisdição das unidades descentralizadas; redimensionamento da rede de atendimento; levantamento de dados de todas as unidades quanto ao pessoal e logística, conhecendo a situação atual e necessidades das futuras unidades unificadas.

Esse projeto desencadeou o processo de elaboração de Planos de Unificação nos diversos setores, em nível central e nas unidades descentralizadas que permitirão visualizar e acompanhar as ações planejadas de todas as áreas.

* Secretário da Receita Federal do Brasil, Administrador de Empresas, atual Presidente do Conselho Diretor do Centro Interamericano de Administração Tributária.

Foi criada uma rede de servidores responsáveis pela transição nos diversos níveis das duas organizações, com as atribuições de serem os representantes da transição nas unidades centrais, regionais e locais, propiciando, entre outros, maior celeridade e transparência ao processo de unificação.

Foram realizadas e estão agendadas reuniões entre as diversas áreas da Secretaria da Receita Federal e da Receita Previdenciária, com a participação da Coordenação da Transição (especialmente nomeada para conduzir todo o processo), a fim de se permitir que estas dialoguem e conheçam os processos, procedimentos, atividades e sistemas da outra parte.

Assim, essas e outras ações representam a forma planejada, séria e responsável com que o processo de integração e unificação entre as Secretarias da Receita Federal e Receita Previdenciária está sendo conduzido.

Revista: A criação da Receita Federal do Brasil (RFB) por meio de lei ordinária não seria inconstitucional, uma vez que se trata de matéria relacionada a finanças públicas, gestão patrimonial, orçamentária e financeira? Além disso, por que outros motivos a lei tem sido taxada de contrária à Constituição?

Jorge Rachide: Esta questão deve ser respondida pela área jurídica, contudo quer nos parecer que a implementação da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por meio da Lei 11.457, de 2007, não é inconstitucional, tanto que, no âmbito do Poder Executivo, passou pelo crivo das áreas competentes para realizar tal análise e, no Poder Legislativo, após amplo debate, foi considerada constitucional pelas Comissões de Constituição e Justiça de ambas as Casas do Congresso Nacional.

Não é demais salientar que o objetivo macro da medida adotada pelo Poder Executivo foi o de reestruturar a Administração Tributária Federal, o que não se confunde com gestão patrimonial, orçamentária ou financeira.

Portanto, repita-se, nos parece que o ato legal não contraria o disposto no art. 165, § 9º, II, da CF/1988.

Revista: Qual é a natureza jurídica da RFB, que congrega parte de uma autarquia e de um órgão da administração direta? Ela está sujeita ao Ministério da Fazenda?

Jorge Rachide: A RFB é órgão público do Poder Executivo Federal, da administração direta, subordinado ao ministro de Estado da Fazenda.

Revista: No seu entendimento, a RFB trará resultados eficientes no combate à sonegação?

Jorge Rachide: A Administração Tributária Federal, após o início da vigência da Lei 11.457, de 2007, por intermédio da RFB, terá visão integrada do contribuinte e, conseqüentemente, às suas informações cadastrais e econômico-financeiras no que se refere às competências que passa a ter, permitindo maior eficiência no controle do crédito tributário e na seleção de contribuintes a serem fiscalizados.

Essa e outras ações aumentarão a presença fiscal e resultarão em maior eficiência no combate à sonegação, salientando que quem evade tributos também evade contribuições previdenciárias e vice-versa.

Deve ser ressaltado que esta medida é boa para os bons contribuintes, pois permitirá a diminuição da chamada concorrência desleal.

Revista: Os valores que eram arrecadados pelo INSS seguem, agora, diretamente para a Receita Federal. Que garantias teremos de que esses recursos serão aplicados em seguridade social?

Jorge Rachide: O art. 167, XI, da Constituição Federal e, ainda, o art. 2º, §1º, da Lei 11.457, de 2007, prevêem, respectivamente:

Art. 167. São vedados:

(...)

XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, *a*, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201.

Art. 2º

(...)

§ 1º O produto da arrecadação das contribuições especificadas no *caput* deste artigo e acréscimos legais incidentes serão destinados, em caráter exclusivo, ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social e creditados diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 68 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000.

Como pode ser depreendido, a Lei 11.457, de 2007, estabelece que o produto da arrecadação seja mantido em contabilidade e controle próprios, segregados dos demais tributos e contribuições sociais, destinando-se exclusivamente ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Tal determinação obedece ao disposto no art. 167, XI, da Constituição Federal, o qual expressamente veda a utilização dos recursos para finalidade distinta da prevista no texto da Carta Magna e da própria lei, recém-editada.

Destaque-se, por outro lado, o fato de que, por determinação contida no art. 68 da Lei Complementar 101, de 04/05/2000, tais contribuições se destinam diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de modo a protegê-las contra eventuais desvios da finalidade que lhes é imposta pela Lei Maior.

Revista: A criação da Super Receita tem alguma relação com a reforma que se pretende fazer na área tributária?

Jorge Rachide: Conforme explicitado na Exposição de Motivos encaminhada ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, atual Lei 11.457, de 2007, teve por fito reorganizar a administração fazendária da União por meio da simplificação de processos e de outras medidas de eficiência, de modo a incrementar a arrecadação correspondente a tributos e contribuições federais, sem que disso decorra qualquer aumento da carga tributária, pois que são racionalizados e otimizados os trabalhos dessa função, no âmbito do governo federal, na proporção em que aumenta a independência da atuação da administração tributária e aperfeiçoa sua integração e seus sistemas de atendimento e controle.

Revista: A junção da Previdência Social e da Receita Federal dificulta uma eventual reforma previdenciária?

Jorge Rachide: O objetivo da lei (implementação da Secretaria da Receita Federal do Brasil), subsidiariamente, propiciará o fortalecimento da Previdência Social, na medida em que preserva no âmbito do MPS (Ministério da Previdência Social), destacadamente por intermédio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), toda a competência relacionada com os benefícios previdenciários integrantes da Seguridade Social, adicionalmente garantindo o necessário fluxo informativo entre o Ministério da Fazenda e o MPS com previsão dos instrumentos normativos necessários ao exercício desta competência.

Assim, ficam mantidas no âmbito do INSS suas atuais competências referentes à concessão de benefícios, entre as quais se destacam a emissão de certidão relativa a tempo de contribuição, bem assim a gestão

do Fundo do Regime Geral de Previdência Social. Para concretização de tais incumbências, prevê-se que cumpre ao INSS calcular e emitir o documento de arrecadação da contribuição previdenciária, com vistas à desburocratização e facilitação ao contribuinte segurado, na conclusão de seu atendimento.

Revista: Como o senhor vê a questão que tem sido discutida na Emenda 3, referente à possibilidade de os auditores fiscais multarem as empresas que contratam empregados travestidos de empresas?

Jorge Rachide: O Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional Projeto de Lei 536, de 2007, — alternativo à Emenda 3 do PL 6.272, de 2005, vetada pelo Sr. Presidente da República —, que prevê os procedimentos a serem adotados pela administração tributária na hipótese de desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Este projeto de lei tem por objetivo regulamentar o parágrafo único do art. 116 da Lei 5.172, de 25/10/1966 — Código Tributário Nacional (CTN), com a redação dada pela Lei Complementar 104, de 10/01/2001, prevendo a possibilidade de que a autoridade administrativa, para efeitos tributários, desconsidere atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, excetuando-se as hipóteses de que trata o inciso VII do art. 149 do CTN.

O projeto de lei permitirá uma ampla discussão pela sociedade no tocante ao grau de proteção desejado quanto à relação de emprego. Ressalto que a Emenda 3 reduzia o grau de proteção, pois, ao impedir que o fisco atuasse diretamente sobre as relações dissimuladas, incentivava a adoção de tal expediente.

Seria incômoda em 1937 a Justiça Federal*

Discurso proferido pelo Ministro Aldir Passarinho, à época juiz federal, por ocasião da instalação da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.



A instituição da Justiça Federal de Primeira Instância é um marco que hoje se renova na vida judiciária brasileira. Remonta o dualismo judiciário ao Governo Provisório de 1890, que estabeleceu com o Decreto nº 848, de 11 de outubro daquele ano, sob a influência da legislação americana e quicá de outras, como a Argentina e a Suíça. A Lei Magna o manteve, como igualmente o fez a reforma de 1926, mesmo artigo, e a Constituição de 1934 (Art. 63, letra b). Foi ela, entretanto, suprimida pela Constituição de 1937.

As explicações, do juiz Aldir Guimarães Passarinho, foram ouvidas no recinto do antigo Supremo, hoje do Tribunal de Alçada da Guanabara, quando ali se instalava a Justiça Federal.

Disse então o orador:

“Confiram-me os meus colegas, Juizes Federais da Seção Judiciária dèste Estado, distinguindo-me sobremodo — a mim, o mais modesto dèles — a incumbência honrosa de trazer a nossa palavra a èste nobre auditório. Assim, de logo desengano-os quanto a ouvirem palavras unguidas do brilho da eloquência, eis que serão palavras singelas as que traduzirão a nossa mensagem, no instante em que passa a ser o nosso ministério a difícil e dignificante missão de julgar.

Inicialmente, cabe dizer que dificuldades não pequenas foram ultrapassadas para que hoje aqui nos reuníssemos, a fim de ser instalada a Justiça Federal de 1ª Instância. Mas, graças ao dedicado esforço do nosso prezado companheiro Dr. Evandro Gueiros Leite, Diretor do Fóro, a quem todos nós procuramos de nossa vez em prestar colaboração, e o apoio constante do Conselho de Justiça Federal, dos eminentes Presidentes dos Tribunais de Justiça e de Alçada da Guanabara, do Sr. Corregedor da Justiça local e das altas autoridades dos Ministérios da Justiça e da Fazenda — a todos os quais deixamos consignados os nossos agradecimentos — puderam ser contornados tais óbices e possibilitada afinal a realização desta cerimônia.

A instituição da Justiça federal de 1ª Instância é marco que hoje se renova na vida judiciária brasileira. Remonta o dualismo judiciário ao Governo Provisório de 1890, que o estabeleceu com o Decreto número 848, de

* Texto extraído na íntegra do Jornal *Gazeta Jurídica* de 31/05/1967, preservando-se a grafia original da época.

11 de outubro daquele ano, sob a influência da legislação americana e quiçá de outras, como a Argentina e a Suíça. A Lei Magna o manteve como igualmente o fez a reforma de 1926, mesmo artigo, e a constituição de 1934, art. 63, letra b. Foi ela, entretanto, suprimida na Constituição de 1937, quando, em aparente contradição, se fortalecia o Poder Executivo, através do regime autoritário e centralizado que então se instituiu sob o signo de uma nova concepção política.

Mas qual a razão e o fundamento dessa iniciativa? Parece nada haver de positivo a respeito. Menciona Castro Nunes, que teria isto resultado “ao que se diz”, de uma transação política por imposição de um Governador de Estado. É de consignar-se que ao ensejo da Revolução de 1930 tentativa foi feita no sentido de supressão daquele dualismo, o que entretanto não chegou a ser acolhido na Constituição de 34 de nossa parte, “data venia”. Fomos inclinados a entender que a nova ordem política implantada em 1937 julgava incômoda a permanência de uma tal Justiça, a qual, segundo Ruy era “a justiça posta de guarda à Constituição contra as usurpações do Presidente e as invasões das maiorias legislativas”. Seria assim preferível deixar que assuntos intimamente ligados ao interesse da União fôssem processados e julgados na Justiça estadual, procurando-se deste modo, detergir quaisquer embaraços ao sistema que então se impunha à Nação Brasileira. E não é de esquecer que logo se seguiram as nomeações dos Interventores, para os Governos dos Estados, meros delegados, portanto, do Poder Central. Mas não surtiu por certo tal medida o desejado efeito, pela dignidade e elevação com que se comportaram os juizes brasileiros na alta compreensão do inigualável sentido do seu nobilitante ofício.

Outra não parece ser realmente a explicação, buscando-se com a supressão da Justiça Federal, o enfraquecimento — *felizmente não verificado* — do Poder Judiciário.

Esta convicção mais se alicerça quando observamos que pelo parágrafo único do artigo 96 da mesma Constituição de 37, debilitando o Poder Judiciário, o Presidente da República, a seu nuto, no caso de ser declarada inconstitucional uma lei por decisão do Supremo, poderia submetê-la à apreciação do Parlamento que, se a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornaria sem efeito a decisão judicial. Ainda é de lembrar que tendo, então, sido dissolvido o Parlamento (art. 178) e não tendo havido eleições para

o novo, a competência conferida a este último Poder ficou nas mãos do Chefe do Governo, conforme o art. 180. E tal situação perdurou até o advento do Governo Linhares, o qual, aliás, prontamente, revogou o malsinado parágrafo único do art. 96, pela Lei Constitucional nº 18.

O Ato Institucional nº 2, fazendo voltar o princípio vigorante desde os primórdios republicanos, restabeleceu o equilíbrio federativo, numa clara determinação do Governo Revolucionário do eminente Marechal Castelo Branco, de manter a independência e harmonia dos Podêres, dentro das respectivas órbitas da nossa divisão política.

A atual Carta Magna consagrando no seu texto o estabelecido naquele Ato Institucional, em alguns itens — até pelo desenvolvimento ou autonomia de certos ramos do Direito — ampliou a competência da Justiça Federal, em relação à que lhe era cometida pelas Constituições de 91 e 34, por exemplo, nas questões de interesse das autarquias e empresas públicas; nos casos de crimes previstos em tratado ou convenção internacional, e nos decorrentes do direito de greve.

Entretanto, por outro lado, diversamente do fixado naquelas já citadas Cartas Políticas (91 e 34), a atual afastou do campo jurisdicional da Justiça Federal, deixando à apreciação da Justiça comum, os pleitos em que uma das partes fundasse a ação ou defesa, direta e exclusivamente, em dispositivos da Constituição, salvo, evidentemente, aqueles casos que se capitulem como privativos daquela mesma Justiça Federal.

A matéria, que suscitava dúvidas e controvérsias, por vêzes apaixonada, a respeito do sentido e do alcance da referida norma consignada naqueles Estatutos Básicos, não terá mais razão de ser, eis que o atual, como se disse, não repetiu o que a respeito ali era estabelecido, permitindo que todos quanto exercem funções judicantes, juizes federais ou não, possam apreciar os pleitos sob aquela fundamentação.

É de mencionar que foi dado ao referido dispositivo daquelas antigas Cartas uma interpretação ampla, que a redação do texto não parecia indicar.

A nós parece apropriado o preceito — em que pesem duntas opiniões em contrário — por que sendo a Constituição a lei maior, sob a égide da qual deve manter-se a legislação ordinária, não é de serem excluídas suas normas superiores da apreciação de todos os que têm a responsabilidade de administração da Justiça. E

tanto isso se justifica, que é princípio tradicional que não devem os Juízes aplicar dispositivo legal que contenha em si a eiva de desconformidade à lei fundamental. Quando assim nos referimos, óbvio está que se trata da aplicação da lei ao caso concreto, distinto da declaração de sua inconstitucionalidade, privativa esta que é do Supremo Tribunal Federal.

Senhores, devemos dizer-lhes, como profissão de fé, que temos a exata noção da nobilitante responsabilidade de interpretar e aplicar a lei, de que estamos investidos. Antes, advogados, como juízes agora, dedicados sempre, portanto, ao culto do direito, bem sabemos compreender a dinâmica daquela espinhosa profissão, na defesa dos interesses sob patrocínio dos que a exercem. Os debates das idéias, pelos nobres caudídicos — que o contraditório é da própria essência da ação judicial — devem ser livres e espraiados, limitados apenas pelos valores éticos. Quanto a nós, na nossa nova posição, devemos manter-nos serenos, atentos à perquirição da verdade jurídica, procurando-a sempre à base dos ditames que norteiam o julgamento reto cujo fundamento se harmoniza, primordialmente, aos princípios da Moral.

Daremos à jurisprudência o seu real valor, que é, destacadamente, o do rejuvenescimento da lei; e à norma jurídica o seu verdadeiro sentido, lembrados permanentemente de que a jurisprudência, orientadora que também é, não se confunde com fator de cristalização do Direito, por éste, na sua aplicação, deve procurar configurar-se à realidade dos fenômenos sociais, na sua evolução permanente, humanizando-se a sua frialdade. Como salienta Limongi França, “a finalidade intrínseca da norma jurídica não é ser dura, mas justa; não é alcançar rija e contundentemente a disciplina férrea, senão o bem e a equidade: *ius*, dizia o jurisconsulto Celso, aplaudido por Ulpino, *esr ars boni e aequi*.”

Na administração da Justiça, não é de temer-se a força dos que têm poderio, valimento ou autoridade, nem enredar-se na solércia dos intrigantes, inclinar-se às solicitações dos amigos ou à condição social das partes.

Por derradeiro, seja-nos concedida uma palavra a mais, para louvar merecidamente os que distribuíram Justiça, os eminentes Juízes aos quais sucedemos, e cujo exemplo de dedicação à causa do Direito, nos seja, por Deus, dado imitar, pois que eles deixam uma tradição de nobreza e trabalho, inteligência e probidade, e porque, tanto eles como nós, servindo a um mesmo ideal, entendemos como Edmond Pesard que:

“A Justiça, para merecer o seu grande nome, deve abraçar toda a Sociedade, não fornecer as suas vantagens a alguns, mas a todos; não ser apenas a servidora dos poderosos, mas sobretudo dos humildes; não esquecer ninguém e não esquecer nenhuma necessidade: exigir o concurso de todos, mas no limite das forças de cada qual; penetrar na organização social, como um fluido benéfico”.

E que Deus nos ilumine!

A todos, muito obrigado pela atenção”.

Notas biográficas

O Juiz Aldir Guimarães Passarinho diplomou-se pela Faculdade de Direito do Rio de Janeiro (DF), hoje Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (GB), e possui os cursos de Legislação de Pessoal e de Legislação do Trabalho e Previdência Social (ambos do Departamento Administrativo do Serviço Público), e o curso de Divulgação da Legislação do Trabalho, do Ministério do Trabalho.

Advogado militante, de 1951 A 1967, exerceu ainda os seguintes cargos e funções: Escriturário do Iapi, Oficial Administrativo do Dasp, Inspetor de Seguros do Ministério da Indústria e do Comércio, Procurador Adjunto do Serviço Social do Comércio e Procurador do Serviço Social do Comércio da Guanabara. Funções de chefia: Chefe da Seção Administrativa da Divisão de Seleção do Dasp, da Secretaria dos Cursos de Administração do Dasp e da Seção de Estudos do Departamento Nacional de Seguros do então Ministério do Trabalho Indústria e Comércio, Diretor de Administração da Fundação da Casa Popular, Chefe do Gabinete da Superintendência da Fundação da casa Popular, Superintendente da mesma Fundação, Diretor de Administração do Senac do então Distrito Federal, Chefe do Gabinete do Diretor Geral do Sesc da Guanabara, Chefe da Assessoria Técnica do Sesc e Subchefe do Gabinete Civil da Presidência da República, para Assuntos de Administração Geral, função que envolve o estudo dos mais variados assuntos de administração, inclusive e principalmente do ponto de vista jurídico.

Entre os trabalhos divulgados pelo Juiz Aldir Guimarães Passarinho, registramos, de forma especial, aquele enviado ao III Congresso Luso-Brasileiro de Educação Física, sob o título “posição do Atleta Profissional no Direito Trabalhista Brasileiro”.

- *Erga omnes*

Para com todos

Essa locução atualmente é usada na linguagem comum, mas na origem tinha sentido jurídico preciso, indicando um ato de validade universal. Entre outras coisas na Itália uma lei ganhou o nome de *Erga omnes*: foi a de 14 de julho de 1959, n. 741, que delegava ao governo, por tempo limitado, o poder de tornar obrigatórias as normas coletivas sobre os procedimentos econômicos.

- *De cuius*

De cujo

Essa expressão, de origem claramente medieval indicava propriamente o falecido que era proprietário do patrimônio hereditário (trata-se da abreviação de *Is de cuius hereditate agitur*). Ainda é amplamente usada, às vezes como substantivo (o *de cuius* [= o falecido]), às vezes com sentido banal de “a pessoa de quem se está falando”.

- *Ex aequo*

Com igual direito

Essa é uma das locuções latinas mais usadas atualmente, sobretudo a propósito de competições em que dois ou mais concorrentes são classificados com os mesmos direitos, com o mesmo mérito. Em âmbito mais propriamente jurídico, usa-se *Ex aequo et bono* (“segundo o justo e o bem”), que, no direito internacional, costuma designar a aplicação das normas adaptadas segundo a “equidade” ou o fato de dois litigantes confiarem em um tribunal internacional a solução do seu litígio (em geral porque as normas do direito existente não levariam a uma solução clara e irrefutável). Para as documentações clássicas, cf. *ThLL* 1,1033,47-1034,22.

- *De iure*

De direito

Trata-se de uma locução muito usada na linguagem comum, a respeito das coisas que se consideram indubitavelmente de bom direito. Em âmbito jurídico, significa propriamente “em conformidade com a ordenação jurídica,” ou “segundo a lei,” em contraposição a *de facto*, que corresponde a “de fato.” No direito internacional, o reconhecimento *de iure* de um governo é o que se faz de modo completo e sem ressalvas, levando ao estabelecimento de relações diplomáticas normais com ele e, paralelamente, ao eventual rompimento das relações oficiais com o Estado em prejuízo do qual ele se instalou, no caso de aquele continuar pretendendo a soberania sobre os mesmos territórios. Em latim clássico era comumente usada a simples forma *iure* (cf. *ThLL* 7/2,698,39-700,22), enquanto *de iure* está documentado no *Código* de Justiniano (4,54,5;5,12,7;5,64,1,1).

- *Affectio maritalis*

Afeição conjugal

Essa locução, que hoje goza de certa notoriedade, sendo às vezes citada com sentido banal de “afeto entre cônjuges,” que constitui na verdade uma instituição jurídica muito precisa no direito romano: trata-se da intenção por parte dos cônjuges de tratar-se como marido e mulher. Tal elemento deve ser o fundamento do matrimônio, tendo importância maior que os outros, como as relações sexuais e a convivência: juridicamente, aliás, os fatores externos só têm sentido enquanto explicitações do *Affectio maritalis*. A esse respeito, é exemplar uma norma atribuída a Ulpiano (*Digesto*, 24,1,32,13: *Non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio*, “o que faz o matrimônio não é a relação sexual, mas a ligação afetiva entre os cônjuges”), paralela a outra também explícita e esclarecedora (30,50,17: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, “não é o fato de dormirem juntos que faz o matrimônio, mas o consenso”).

- *Sic stantibus rebus*

A permanecerem assim as coisas

Essa fórmula é hoje usada (desse modo ou na variante *Rebus sic stantibus*) na linguagem comum para esclarecer que dada afirmação é verdadeira contando que não haja mudanças na situação de fato. Sua origem é jurídica, sendo usada, tecnicamente, nos contratos de execução contínua, periódica e diferida, como prevenção contra a possibilidade de que mudanças na situação de fato tornem excessivamente oneroso o respeito do acordo por

qualquer uma das partes. Em direito internacional, essa locução é usada para salvaguardar o direito de um Estado de considerar rescindido um acordo tão logo mudem as condições em vista das quais o pacto foi assinado (trata-se, pois, de uma visão “flexível” da norma geral do *Pacta sunt servanda*, cf. n. 1132): todavia, a extinção do acordo, a rigor, deveria dar-se com o consenso de ambos os pactuantes.

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

Isto, isso ou aquilo — baita calo no pé

Dad Squarisi*

Os pronomes demonstrativos são espinho no pé. Ariscos, não se deixam captar. Quando empregar um? Quando é a vez do outro? A gente vacila. Mas o papel deles é bem definido. Pra lhes entender a manha, lembre-se das pessoas do discurso. Discurso, aí, significa conversa. As pessoas do discurso são as que participam de uma conversa.

Eu, tu, ele

Para haver conversa, são necessárias três pessoas. Algumas interessantes, outras nem tanto. Quais são elas? Uma que fala (1ª pessoa), uma que escuta (2ª pessoa) e o assunto, que é a pessoa de que se fala (3ª).

Imagine que Rafael telefone para João e lhe pergunte se viu o filme *A rainha*. No caso, Rafael fala. É a 1ª pessoa. João escuta. É a 2ª. Do que eles falam? Do filme. É a 3ª.

Macaco, olhe o galho

Os pronomes demonstrativos são versáteis. Têm três empregos:

1 – indicam situação no espaço:

este, esta, isto: dizem que o objeto está perto da pessoa que fala (eu, nós): *esta sala* (a sala onde a pessoa que fala ou escreve está); *este processo* (o processo que temos em mão), *isto aqui* (o objeto próximo ao falante).

Esse, essa, isso: informam que o objeto está perto da pessoa com quem se fala (você, tu): *essa sala* (a sala onde está a pessoa com quem falamos ou a quem escrevemos), *esse documento* (o documento próximo da pessoa a quem nos dirigimos), *isso aí* (objeto perto do ouvinte ou leitor).

Aquele, aquela, aquilo: anunciam que o objeto está longe da pessoa que fala e da pessoa com quem se fala: *aquele juiz* (o juiz está longe das duas pessoas), *aquilo é estranho* (o ser está distante do falante e do ouvinte).

2 – indicam situação no tempo:

este: tempo presente: *esta semana* (a semana em curso), *este mês* (maio), *este ano* (2007).

esse/aquele: tempo passado (esse: passado próximo; aquele: passado remoto): *Estive nas Alterosas em 2002. Nesse (naquele) ano, visitei as cidades históricas.*

Eis um nó. Como saber se o passado é próximo ou remoto? Depende de cada um. O tempo é psicológico. Uma hora com dor de dente é uma eternidade. Se for à noite, nem se fala. São duas eternidades.

3 – indicam situação no texto (é o caso que oferece maior dificuldade):

este, esta, isto: exprimem referência posterior (anuncia-se o fato que será referido depois): *Lula disse esta frase: “Nossa política não é fazer de conta que podemos crescer.” Fernando Pessoa escreveu isto: “Minha pátria é a língua portuguesa.”*

Reparou? A frase é anunciada: “disse esta frase”, “escreveu isto”. Depois, expressa: “Nossa política não é fazer de conta que podemos crescer.” “Minha pátria é a língua portuguesa.”

Veja outro exemplo: *O professor perguntou isto: “Quem leu toda a bibliografia?”* Viu? A pergunta é anunciada:

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

“perguntou isto,” depois, formulada).

Esse, essa, isso: referência posterior (o fato é referido antes; depois, retomado):

“Nossa política não é fazer de conta que podemos crescer.” Essa frase foi dita por Lula.

“Minha pátria é a língua portuguesa.” Isso tem a lavra de Fernando Pessoa.

Depois de longa exposição, o advogado escreve:

Posto isso, requeiro ...

Dica

Ao indicar situação no texto, siga este conselho: na dúvida, use *esse, essa, isso*. Você tem 90% de chance de acertar.

Considerações em torno da segurança e da cidadania*

Olindo Herculano de Menezes**

1. Segurança: lineamentos introdutórios

A questão da segurança é uma daquelas em que é mais fácil sentir do que conceituar. Quando não temos segurança — nos logradouros públicos, no trajeto para o trabalho, no ambiente de trabalho, no desempenho da atividade profissional, na manutenção dos bens que conseguimos amealhar com o esforço do trabalho, e até mesmo nos nossos lares —, facilmente sentimos o seu real significado, mas, para traçar uma noção conceitual, os especialistas encontram grandes dificuldades.

No tempo do denominado “Regime Militar” (1964 – 1985), a noção de segurança pública estava relacionada com o conceito de segurança nacional, de grande prestígio (cf. 89 a 91 – Carta de 1967) e que durante anos foi estudado e fez parte da doutrina da Escola Superior de Guerra (“Segurança Nacional é, para a nação, a garantia, relativa, de que seus objetivos permanentes estão sendo alcançados e preservados, face à sua capacidade, atual e potencial, de superar quaisquer ameaças a esses objetivos”),¹ mas o termo foi abandonado pela Constituição de 1988 — para alguns, por motivos ideológicos e preconceituosos em relação aos militares² —, que utilizou o termo apenas uma vez, no *caput* do art. 173, no campo dos princípios gerais da atividade econômica, mas que, na sua essência, está contida nos preceitos que tratam da segurança pública. (Cf. art. 144 e seus nove parágrafos.)

O Ministro Aliomar Baleeiro, no Recurso Extraordinário 62.731 (DJ 28/06/1968 – p. 2.460), afirmava que a segurança nacional, em face da Constituição, tem extensão mais reduzida do que a adotada pela

doutrina da ESG, dizendo que “a segurança nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do País, suas instituições e valores materiais e morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou remoto.”

Essa noção, como se pode inferir, repercute no que se qualifica como ordem pública, no sentido de tranqüilidade pública, envolvendo a incolumidade das pessoas e do patrimônio, ou, em outros termos, “a ausência da desordem, a paz, de que resultam a incolumidade da pessoa e do patrimônio,”³ sendo a ordem pública, por conseguinte, um continente da segurança pública.

De Plácido e Silva, enfocando a essência do lado empírico da segurança pública, afirmou ser ela “o afastamento, por meios de organizações próprias, de todo o perigo, de todo o mal, que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade”, estabelecendo limites às “... liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo.”⁴

Tem-se dito também, a respeito dos conceitos de ordem e segurança, e esse é o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que a ordem é uma idéia estática (uma situação jurídica), existindo graças a uma disposição interna de um sistema qualquer, que viabiliza a sua organização, pressupondo toda organização uma ordem mínima, sem a qual não subsiste; e que a segurança, por sua vez, é uma idéia dinâmica, uma atividade, existindo para evitar o comprometimento da ordem.

Em face desses dois conceitos fundamentais, esclarece que, quando a ordem se refere a toda uma organização política de uma sociedade, temos a or-

*Trabalho não publicado: palestra proferida em 11/08/2003, em Belém – PA, por ocasião da “Semana do Advogado de 2003”, patrocinada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Seccional do Estado do Pará.

**Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal – 1ª Região.

¹ Cf. *Manual Básico da Escola Superior de Guerra*, 1993, Rio de Janeiro, p. 208.

² Cf. Álvaro Lazzarini, “Segurança Nacional e Segurança Pública na Constituição de 1998” – *Revista de Direito Administrativo*, n. 213, p. 12.

³ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Editora Saraiva, volume 3, 1994, p. 82.

⁴ Cf. *Vocabulário Jurídico*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 188.

dem pública, que é garantida pela segurança pública, como uma atividade-meio, concluindo por afirmar que ordem pública é uma “situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade.”⁵

Conquanto entre os especialistas não haja uniformidade entre os dois conceitos — ordem pública e segurança pública —, pode-se afirmar que a segurança pública constitui um aspecto (dinâmico) da ordem pública, e que qualquer pessoa tem entre as suas necessidades básicas a de sentir-se seguro, segurança que, diz a Constituição, constitui um dever do Estado, mas, como o Estado, na realidade, somos todos nós — não podemos pensar o Estado como uma entidade distante, ideal e formal, sem a nossa efetiva participação, na diáde direitos/deveres —, estabelece igualmente o texto constitucional que ela, sendo dever do Estado, é também direito e responsabilidade de todos. (Cf. *caput* do art. 144.)

Quando pensamos em segurança pública, vêm-nos de logo à idéia as imagens opostas da violência e de um aparato estatal garantidor da segurança, mas o tema, como é intuitivo e como não se cansam de afirmar os especialistas, não deve resumir-se à questão policial, embora o aparato policial esteja na linha de frente de todos os estudos.

A questão, diversamente, precisa ser vista, estudada e compreendida dentro da noção de sistema (conjunto de princípios lógicos e interdependentes), o sistema de segurança pública, que envolve o subsistema policial e o subsistema criminal. O constituinte, ao arrolar os órgãos que devem exercer a segurança pública, para a preservação da ordem, faz menção apenas às várias polícias, mas o resultado da atuação do Judiciário, sobretudo em matéria criminal, deve igualmente ser considerado dentro do sistema de segurança pública, conquanto não desempenhe atividade administrativa típica de segurança.

Embora o Poder Executivo, como lembra Álvaro Lazzarini,⁶ seja o gerenciador típico dos objetivos fundamentais que têm reflexo na segurança pública, ela, até mesmo em face do fragmento constitucional que a coloca sob a responsabilidade de todos, requer a irrecu-

sável participação dos demais poderes, cada um dentro da sua competência constitucional.

O estudo sistêmico, por conseguinte, vai desde as causas da criminalidade, cada dia mais exacerbada e audaciosa, até a atuação das instâncias oficiais que a combatem, envolvendo o ciclo policial, o ciclo da persecução judicial e o ciclo da eficácia das punições aplicadas, pois todos os segmentos têm insuficiências e necessitam de revisões e aperfeiçoamentos.

As causas da criminalidade — e, por conseqüência, da intranquilidade pública e do desassossego do cidadão — são obviamente da variada ordem, desde as gêneses sociais do crime até os temas mais tópicos da sua eclosão no nosso cotidiano.

Segundo a Revista *Veja* (ano 36, n. 31, p. 112), pesquisa mensal sobre o nível de risco para executivos em 300 cidades do mundo coloca Rio de Janeiro e São Paulo entre as metrópoles de maior perigo. Numa escala de risco de 1 a 7 — o 7 indica a perda do controle da segurança pública —, as duas capitais brasileiras estão no n. 5, ao lado de Cali e Medellín, na Colômbia, e perto de Bogotá, também na Colômbia, Joanesburgo, na África do Sul, e de Bagdá, no infelicitado Iraque, que estão nível 6.

Não me detenho sobre os fatores sócio-econômicos da criminalidade e da violência — *v.g.*, a questão agrária, hoje tão momentosa; a falta de políticas públicas para as correntes migratórias e para o êxodo rural, que leva às concentrações urbanas desordenadas; o desemprego, a falta de oportunidades e de perspectivas para os jovens; o abandono da infância e da juventude, com milhares e milhares de crianças fora da escola; o laxismo nos padrões de conduta, a discriminação das minorias e outros fatores de exclusão social —, mas apenas sobre questões tópicas ligadas ao cotidiano do sistema de segurança pública.

Tantas são as causas da criminalidade e da violência — a maioria delas relacionadas estruturalmente a fatores sociais e econômicos crônicos e, portanto, sem solução à vista — que, se fossemos considerá-las num estudo como o presente, chegaríamos facilmente ao desânimo e à conclusão de que nada de eficaz pode ser feito, dando razão a Hobbes na afirmativa de que o homem é o lobo do próprio homem.

A criminalidade, sobretudo a clássica — homicídios, crimes contra o patrimônio, fraudes, estúpro,

⁵ Cf. “A Segurança Pública na Constituição” — *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n. 109, pp. 139–140.

⁶ Cf. trabalho citado, p. 15.

lesões corporais etc. — sempre existiu e sempre existirá, pois a existência do crime é um fato social, mesmo reprovado e punível; mas a criminalidade anormal, em grande escala, sobretudo a violenta, de assustadora lesividade para a incolumidade das pessoas e do patrimônio, esta sim deve ser domada e reprimida com prioridade.

Nesse perspectiva, avulta — lembremos da noção de sistema a que me referi — uma análise da questão da atividade policial, no que diz respeito à sua natureza, sua divisão (polícia ostensiva e polícia judiciária) e à momentosa e sempre recorrente discussão acerca da unidade ou dualidade dos aparelhos policiais.

A atividade policial é de natureza civil, usado o termo civil aqui em oposição conceitual à atividade militar, lecionando José Afonso da Silva que a palavra polícia — do grego *polis* — significava o ordenamento político do Estado, anotando, com base em Hélio Tornaghi, que “aos poucos polícia passa a significar atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela pela segurança dos cidadãos.”⁷

O constituinte brasileiro fez uma opção por um ciclo dualista da atividade policial, envolvendo o segmento das polícias militares,⁸ forças auxiliares e reserva do Exército, para as atividades de polícia ostensiva (fardada e armada, para o policiamento ostensivo) e de preservação da ordem pública; e as polícias civis, com as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, exceto as militares. (Cf. art. 144, §§ 4º e 5º.)

A polícia ostensiva (ou preventiva) atua primordialmente no segmento anterior ao crime, para que ele não ocorra, e mesmo na chamada repressão imediata, na prisão do agente infrator, na averiguação da materialidade e na indicação das testemunhas presenciais.

Se, apesar do aparato ostensivo, ocorrer o crime, passa a atuar a polícia judiciária e de investigação, de natureza civil, com a função de apuração do fato e documentá-lo, pelo inquérito policial, com o objetivo de auxiliar a Justiça criminal em sua atividade precípua (atividade-fim) de aplicação da lei penal.

⁷ Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 20ª edição, 2002, p. 754.

⁸ Envolvendo, ainda, os corpos de bombeiros militares, também forças auxiliares e reserva do Exército, com as atividades de defesa civil e outras atribuições definidas em lei.

A polícia civil, portanto, não pode constitucionalmente desenvolver atividade de polícia preventiva, nem a polícia militar pode exercer atividade de polícia judiciária, ressalvada a referida repressão imediata ou os casos excepcionais, não raro em muitos Municípios, em que o cargo de Delegado de Polícia é exercido por um militar.

Em que pese a opção do constituinte, muitos propugnam, *de lege ferenda*, a desmilitarização das polícias, entre outras razões, pela natureza tipicamente civil da atividade de segurança pública, e especialmente porque a militarização, “como um processo de adoção e emprego de modelos, métodos, conceitos, doutrina, procedimentos e pessoal militares em atividades de natureza policial, dando assim uma feição militar às questões de segurança pública”⁹, tem como filosofia operacional a adoção de um modelo de guerra no combate ao crime, que vê o criminoso como um inimigo que deve ser eliminado, visão que, conspirando contra a consciência jurídica civilizada, seria incompatível até mesmo com um regime democrático, norteado na dignidade da pessoa humana.

Sem embargo do acerto que possa ter a proposição, tenho que não merece encômios, até mesmo pela carga preconceituosa que encerra gratuitamente contra os militares. Certas deformidades — violência gratuita, abuso de autoridade e corrupção — que a mídia de quando em vez exhibe na atuação da polícia ostensiva não justificam a condenação conceitual da atividade militar na segurança pública, sem esquecer que o esclarecimento de grande parte dos crimes se dá na razão direta do trabalho inicial do patrulhamento.

Nos momentos mais agudos de eclosão da criminalidade e da violência, especialmente nos domínios do crime organizado, entranhado nas estruturas do Estado, é comum inclusive o apelo da mídia e da população, desta sobretudo, ao emprego das Forças Armadas na atividade de polícia ostensiva, de patrulhamento de rua e na dissuasão das manifestações mais exaltadas dos movimentos sociais (dispersão de distúrbios nas vias públicas e de manifestações populares que tumultuam a vida das cidades), pela confiança que a população deposita nos seus integrantes, que estariam em princípio

⁹ Cf. Carlos Magno Nazareth Cerqueira, “Questões Preliminares para a Discussão de uma Proposta de Diretrizes Constitucionais sobre a Segurança Pública” — *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 22, 1998, p. 140.

infensos a certas mazelas que não raro atingem os contingentes das polícias militares, como o despreparo, a violência contra a população e a corrupção.

As Formas Armadas, instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, têm as missões constitucionais específicas de defesa da Pátria e de garantia dos poderes constitucionais, das quais não devem ser desviadas, mas a Constituição permite (art. 142, *caput*) que, por iniciativa de qualquer dos poderes, possam atuar excepcionalmente na defesa da lei e da ordem, naturalmente como forças civis, sem a concepção operacional de guerra.

É da tradição brasileira, portanto, o pluralismo policial no controle do crime, com o policiamento ostensivo a cargo das polícias militares e a investigação criminal a cargo das polícias civis, embora isso não seja comum no cenário internacional, como demonstram os especialistas, apontando países com maturidade democrática onde as funções básicas de polícia — preventiva e de investigação — são desempenhadas por corporações policiais militares ou militarizadas, mas como atividade civil, como se dá com a Gendarmerie na França e os Carabinieri na Itália.¹⁰

2. Segurança versus insegurança

Com esses lineamentos genéricos, passo ao exame mais aproximado de questões pontuais da segurança ou, mais precisamente, da insegurança que aflige a todos, pois, como anotado, somente sentimos a dimensão prática da segurança, na realidade, quando não a temos, dentro da velha noção de que é a escassez que confere maior valor às coisas.

Não deixar o crime compensar — É clássica a afirmativa de que o crime não compensa, mas é preciso muito esforço de todas as instâncias que o combatem para que essa batalha não comece com a sensação de derrota iminente ou antecipada, pois, pela crescente criminalidade, sobretudo a violenta e organizada, a

sensação, alimentada por manchetes de jornais, é de que o crime está compensando, e muito!

São freqüentes — e até mesmo diárias — as queixas contra o sistema criminal brasileiro. Ora se fala em impunidade, como estímulo ao crime, ora que a polícia prende e o juiz solta, ora que os cidadãos honestos a cada dia são compelidos a permanecer presos em nossos lares, enquanto os meliantes estão soltos, ora que vivemos num estado de guerra, sobretudo nos grandes centros urbanos, ora que a segurança pública está em colapso, em falência dos controles estatais etc.

Consideram os estudiosos que a maioria dos crimes reais — os efetivamente cometidos — nem sequer chega ao conhecimento da polícia, que, assim, remete ao Ministério Público apenas um pequeno percentual de ocorrências delituais; ou chega de forma inadequada à constatação da autoria, e até mesmo da materialidade, levando ao arquivamento dos inquéritos.

Registra-se portanto o que se denomina “cifra oculta” ou “zona obscura” (*dark number*) da criminalidade, a expressar a defasagem entre a criminalidade real (as infrações penais efetivamente consumadas) e aquela oficialmente registrada — criminalidade estatística —, em face da qual a Justiça criminal passa a ser altamente seletiva, atuando apenas simbolicamente.

Por esse prisma fica claro, claríssimo, que o crime compensa, pois o delinqüente age por uma opção estratégica — e não impulsionado por causas sociais difusas —, apostando (e quase sempre ganhando) que jamais será alcançado pela punição.

José Renato Nalini, em estudo sobre o tema, diz que, “embora a situação social seja concausa, pratica-se o crime porque ele compensa. O custo para um indivíduo cometer um crime, com abstração do aspecto moral, está na punição esperada”, e que, no Estado de São Paulo, menos de 4% dos crimes violentos acabam em prisão e menos de 2% em condenação, com o resultado de que 98% dos criminosos permanecem livres!¹¹

Mas, aos meus olhos, a questão da eficácia do sistema criminal punitivo deve ser vista com abstração do exame da “cifra oculta”, sem negar o seu valor nos estudos criminológicos e de planejamento das estruturas de detecção e de combate ao crime, pois, na realidade,

¹⁰Cf. Carlos Magno Nazareth Cerqueira, obra citada, pp. 141 – 149; e Álvaro Lazzarini, “Do Sistema Criminal e do Subsistema da Segurança Pública nas Propostas de Emenda à Constituição da República de 1988” – *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 5 – 2000, pp. 247 – 248.

¹¹Cf. “O Juiz e a Segurança da Sociedade” – *Revista dos Tribunais*, n. 802 (agosto de 2002), pp.432 – 434).

o sistema criminal, apesar de todas as suas carências e disfunções, não deixa de cumprir seu papel, apesar da crítica, em grande parte injusta, de que a Justiça somente pune os pobres, os negros, as minorias e, de maneira geral, os excluídos sociais.

A realidade é que as penitenciárias estão repletas de condenados, fato que de vez em quando aflora na mídia em função das rebeliões de presos e de menores infratores, o mesmo ocorrendo com as cadeias públicas e até mesmo com as delegacias policiais, sem falar nas centenas de milhares de mandados de prisão que não são cumpridos porque não há onde pôr os presos, o que demonstra que, pelo menos pela linguagem dos números, a Justiça criminal, apesar de tudo, está cumprindo o seu papel, não deixando o crime compensar.

Planejamento do Judiciário – A instância judicial de combate ao crime está funcionando, mas a voz consensual é que poderia funcionar melhor, de forma mais racional e com menos morosidade, não propriamente no sentido de dar uma resposta à sociedade com o aumento do número de condenações e de prisões provisórias, pois isso não passaria de uma visão desfocada da sua missão constitucional.

Os meios de imprensa, quando fazem a cobertura dos crimes de repercussão, confundem julgamento com condenação, deixando a mensagem, direta ou subliminar, de que está havendo impunidade se os acusados forem absolvidos, ou se forem condenados a penas pequenas, o que constitui um equívoco e, sobretudo, um fator de deseducação para a segurança.

O importante é que o aparelho judiciário dê resposta institucionalmente adequada às demandas, condenando ou absolvendo conforme for autorizado pelos autos e num tempo razoável (a pressa no processo criminal muitas vezes prejudica a descoberta da verdade real), para que todos saibam — e percebam, sobretudo — que infringir a lei penal não é negócio compensador.

A força da mídia na consciência coletiva — educando ou deseducando — é avassaladora. Se a grande imprensa começa a noticiar um crime, especialmente aqueles que envolvem pessoas de projeção política e social, ou integrantes de determinadas minorias, e a cobrar um resultado punitivo — com o engajamento, não raro, de ativistas de grupos sociais —, uma absolvição, mesmo autorizada pelas leis processuais e pelas

provas dos autos, é recebida como um grande escândalo e como um fator de impunidade!

Como, em muitos casos, o resultado efetivamente frustrante para a opinião pública está ligado às carências do aparelho estatal, desde a colheita inadequada da prova, quando da eclosão do crime, até a reprodução da prova oral em juízo, não há dúvida que a instância judiciária precisa de planejamento para se modernizar e responder a tais solicitações.

José Renato Nalini, já citado, afirma, com a sua experiência de magistrado e lúcido pensador, que o “Poder Judiciário permaneceu à margem da modernização. Alheio, silente, passivo, não acompanhou as conquistas tecnológicas e resiste a um mergulho na eficiência, que confunde com um perigoso eficientismo.”¹²

Trata-se de um poder sem planejamento, pouco previsível na sua atuação, que tem funcionado de forma empírica, a partir de certas praxes seculares, adotadas pela legislação, mas que não conhece a si próprio, não faz a revisão crítica do seu modelo operacional, nem estuda o que pretende ser ou precisa modificar em face da evolução e dos desafios das demandas de segurança — não somente segurança pública, mas também de segurança jurídica — da sociedade, o que é doloroso constatar, pois se sabe que, apesar de tudo, o juiz é um depositário da confiança e da esperança da comunidade.

Quantos juízes e servidores são necessários — afirma-se que temos aproximadamente quinze mil juízes — para que se possa responder às demandas da sociedade; que alterações serão necessárias na legislação e na filosofia operacional, em termos de especialização, de interiorização da justiça federal (que já sofre a tentação dos interesses políticos na localização de varas, a partir da lei criadora no parlamento), de custódia provisória, de racionalização na coleta da prova e na instrução criminal; que investimentos precisam ser feitos dentro desses objetivos, em instalações físicas, em equipamentos de informática — item dos mais importantes nesse planejamento — e em recursos humanos, tudo isso é tratado de forma episódica e improvisada, quando poderia sê-lo de forma contínua, pensada e tecnicamente planejada.

¹²Cf. obra citada, p. 432.

Dou um exemplo: a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal, como uma resposta a um grande contingente de pessoas que estavam fora do acesso à Justiça (demandas de até 60 salários mínimos) e para processar e julgar infrações penais de menor potencial ofensivo (pena privativa de liberdade não superior a dois anos ou multa), mas não deu os meios necessários.

A Justiça Federal — falo especificamente da Primeira Região, que jurisdiciona o Estado do Pará —, para não frustrar os anseios de Justiça da população, implantou os juizados em total sacrifício, sem dispor de juizes, de servidores, de instalações físicas e de recursos para necessidades operacionais imediatas (realização de perícias médicas, *v.g.*), e no momento está passando por grandes dificuldades, com Juizados completamente inviabilizados pela alta demanda (mais de 20.000 feitos) e pela insuficiência aguda de meios, e sem que nada possa fazer para resolver o problema, ou pelo menos para minorá-lo!

O investimento em planejamento e gestão do Judiciário — extensivo ao segmento pré-processual da polícia judiciária, que, mesmo não o integrando, constitui-lhe órgão auxiliar imprescindível —, portanto, afigura-se-me como um dos fatores de aperfeiçoamento mais importantes para que cumpra a sua função.

Dupla tramitação – Um ponto nodal no sistema criminal que precisa ser objeto de reflexão, pelas virtudes sempre assinaladas pelos estudiosos, é o modelo da dupla tramitação — administrativa e judiciária (inquérito policial e processo penal) — que adotamos tradicionalmente em matéria criminal.

A polícia preventiva dá o combate imediato ao crime, prendendo o infrator, preservando o local e apontando as testemunhas, passando a investigação documentada do crime, da autoria e da materialidade à polícia judiciária, que atua com amplo espaço discricionário, num procedimento pré-processual (inquérito policial) que, levado ao Ministério Público, pode importar a propositura da ação penal.

Em juízo, afora a prova pericial e documental, a prova oral — interrogatório do acusado, inquirição das testemunhas da denúncia, de defesa, ou referidas —, produzida de forma discricionária no inquérito, terá que ser reproduzida, ou jurisdicionalizada, com amplitude de defesa, sob pena de perder a sua serven-

tia como elemento informativo, numa visível perda de tempo, de dinheiro e de eficiência do sistema.

Propugnam os estudiosos que seja eliminado esse duplo circuito, com a adoção da tramitação una, em que tudo se processaria de logo perante a autoridade judiciária, com a proteção das garantias individuais, cabendo à polícia apenas a execução dos atos de apoio indispensáveis à apuração dos fatos, a indicação do autor e a sua apresentação à Justiça.

Isso, se não tivesse nenhuma virtude, eliminaria um grande fator de ineficiência da prova policial, que é a retratação do acusado perante o juiz, depois de ter confessado no inquérito, que leva o órgão acusador a ter que reforçar ainda mais o seu arsenal probatório.

Se a retratação somente produz efeitos se afeiçoada ao restante da prova (art. 200 – CPP), ela não raro é “válvula de escape” do acusado que, diante das pressões indevidas de algumas autoridades policiais, não tem outra saída senão confessar.

De há muito se fala na implantação do juizado de instrução na legislação brasileira, mas até hoje — e nem a Constituição de 1988, no caudal das ondas de redemocratização, conseguiu mudar o sistema da dupla tramitação — isso nunca se tornou realidade, apesar dos encômios que lhe rendem os estudiosos.

Segundo esse sistema, a formação da culpa criminal se processa perante a autoridade judiciária, sob contraditório amplo, com a participação do Ministério Público e do defensor, retirando-se da polícia a função de interrogar o acusado, de inquirir testemunhas e de produzir provas sem valor legal definitivo, que imprescindem de repetição.

O anteprojeto do Código de Processo Penal apresentado pelo Ministro da Justiça Vicente Rao, nos termos do art. 11 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, já suprimia o inquérito policial e instituía o Juizado de Instrução, com plena aplicação do princípio do contraditório, abandonando o sistema inquisitorial, mas, vindo o novo Código à luz — Decreto-lei 3.689, de 03/10/1941 —, prevaleceu o procedimento instrutório duplo, sob a justificativa, apresentada pela exposição de motivos do Ministro Francisco Campos, de que:

O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos grandes centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comar-

cas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado Juízo de Instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede de distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade.

No presente, em que volta à discussão a questão momentosa da segurança, e em que o parlamento discute mudanças na legislação penal, apontada — a meu ver injustamente — como um dos fatores de impunidade, uma das sugestões é que se implante a instrução única,¹³ até mesmo porque na atualidade os avanços tecnológicos já superaram os entraves então apontados pelo Ministro da Justiça para a manutenção do inquérito policial.

Verdade é que esse quadro já vem mudando com a implantação dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo, nos quais a autoridade policial lavrará apenas um termo circunstanciado, fazendo o seu encaminhamento imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, não se procedendo, portanto, ao inquérito policial (cf. Lei 9.099, de 26/09/1995 – arts. 69 e 70; e Lei 10.259, de 12/07/2001 – art. 2º), mas o fato não elimina a discussão da adoção da instrução única nos demais crimes.

Aperfeiçoamento policial – Enquanto não se inova com a instrução única — e a força da tradição torna muito difícil a sua implantação —,¹⁴ urge pensar-se em aperfeiçoamentos na órbita da atividade policial — ostensiva e judiciária —, que seguramente serão extrema-

mente importantes no estudo da questão da segurança pública.

De início, nada contra a polícia — preventiva ou de investigação — de forma preconceituosa ou preconcebida, pois é o órgão que primeiro combate o crime na linha de frente, desempenhando os seus integrantes uma função com altíssimo risco de vida e elevado estresse.

Em qualquer intercorrência contra a ordem e a segurança pública, de uma briga de vizinhos a um distúrbio da via pública, chamada de logo a polícia, o que, apesar da imagem pouco promissora que tem perante a opinião pública, em função dos maus exemplos de alguns dos seus integrantes — e o mau exemplo é extremamente fecundo na construção de imagens negativas de órgãos e pessoas —, deixa clara a sua importância na tarefa da segurança.

As sugestões de aperfeiçoamento são muitas, a começar pela valorização profissional, com o desenvolvimento de uma cultura funcional que informe o objetivo das corporações. Nunca teremos segurança adequada com os policiais — civis e militares — ganhando um salário de fome, que os compele a fazer “bicos” e “expedientes” para sobreviver; sem estímulo funcional, sem reciclagem, sem um rigoroso sistema de mérito que premie os bons e eleve a sua auto-estima; e morando mal e sem condições de ter uma esperança de futuro melhor ou, pelo menos, satisfazer as necessidades básicas, próprias e de sua família.

A violência exacerbada e gratuita (banalizada) contra a população, sobretudo os mais humildes, como infelizmente não raro vemos na mídia; a quase absoluta falta de apuração e punição pela prática desses atos; a corrupção de alguns policiais, chegando mesmo a participar das organizações criminosas; o despreparo profissional, levando a sérios desvios da finalidade da atividade policial, e mazelas outras, podem ser minimizados com uma política planejada e persistente de revalorização da função policial.

E aqui se insere a questão do controle da atividade policial, que tem ficado à deriva e submetida a procedimentos burocráticos completamente destituídos de eficácia, que igualmente contribuem para a insegurança e para a impunidade, sem falar na questão do apoio que deve ter o ex-policial expulso da sua corporação. Assim como o egresso de uma penitenciária precisa de apoio para se inserir no meio social — e este

¹³Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Instrução Criminal, Democracia e Revisão Constitucional” – *Revista de Informação Legislativa*, n. 121, pp. 103 – 109; José Renato Nalini, obra citada, p. 431; e Carlos Magno Narareth Cerqueira, obra citada, pp. 177 – 178.

¹⁴Um dos argumentos contrários ao juizado de instrução, inserido na Exposição de Motivos do CPP, para a manutenção do inquérito policial, diz que a instrução provisória antecedente à ação penal é uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados ainda quando persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.

é outro problema sem solução —, também o ex-policial precisa de apoio e encaminhamento social, pois, não tendo do que viver, facilmente adere às organizações criminosas.

O controle das polícias militares fica a cargo dos seus dirigentes, e o das policiais civis a cargo dos Governadores, pelas suas Secretarias de Segurança Pública, mas é indispensável que se dê eficácia ao preceito constitucional que atribui ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), que tem gerado tantas resistências.

Uma forma de controle seguramente muito eficaz deveria ser a gravação em vídeo de todas as operações policiais de risco, para que, finda a operação — muitas vezes com mortos que teriam resistido à prisão, ou atacado primeiro, mas que quase sempre “morrem a caminho do hospital” —, pudessem os seus superiores, ou o Ministério Público, examinar as fitas e checar a regularidade e a verdade sobre os fatos narrados nos boletins de ocorrência.

Isso não seria difícil com minicâmeras automáticas, como se procede em muitas outras situações mostradas pela mídia, inclusive nas corridas de fórmula um e em muitas exposições esportivas. A polícia precisa de investimentos para incorporar essa tecnologia nas suas atividades.

Destacam os especialistas, outrossim, o aprimoramento da sua forma de atuar, especialmente no policiamento ostensivo e nas operações de rua e com multidões, eliminando-se a filosofia operacional de guerra, pela qual o delinqüente — e nessa visão muitas vezes é incluído o cidadão humilde e indefeso — é visto como um inimigo a ser eliminado.

Não deve a polícia, ao empreender uma diligência policial com perseguição dos criminosos, sair pelas ruas atirando de qualquer forma, a torto e a direito, pondo em risco a incolumidade das pessoas e do patrimônio, o que tem provocado tantas vítimas de “bala perdida” dos policiais. Diante de uma perseguição complexa no meio urbano somente deveria ser permitido o uso de armas de fogo em situações muito especiais, para que os cidadãos inocentes, que nada têm a ver com o caso, não terminem pagando gratuitamente com a sua própria vida e com a sua intangibilidade corporal.

A propósito das gravações de áudio e vídeo, a que me referi, é de ressaltar-se a sua grande importância

como instrumento de investigação. Quando a televisão pretende demonstrar os crimes ocorridos à luz do dia — e isso já foi mostrado pela Rede Globo na Praça da Sé em São Paulo, quanto aos batedores de carteira e de jóias dos passageiros do metrô —, simplesmente põe um cinegrafista no topo de um prédio e, em pouco tempo, descobre e flagra os delinqüentes em ação.

Recentemente, em Minas Gerais, foi mostrado pela câmera oculta de um repórter um senhor de idade vendendo, no mesmo local (seu estabelecimento comercial) e de forma regular, como se fosse uma mercadoria qualquer, folhas de talões de cheques que ele dizia ter adquirido dos ladrões locais; e, em uma cidade do Rio Grande do Sul — salvo engano —, uma rede de taxistas que levavam passageiros aos pontos de venda de droga, ou mesmo ali comprovavam a droga e entregavam em domicílio.

As autoridades policiais, dentro de uma filosofia operacional adequada, expressa em lei, se necessário, e com o apoio logístico específico, para evitar emboscadas e reações adversas dos meliantes, que nada têm a perder, poderiam proceder de forma semelhante na investigação dos crimes, se antecipando a eles ou mesmo evitando-os.

Outro elemento fundamental na investigação criminal é a atividade técnico-científica da inteligência policial, entendida como o conhecimento, a partir do uso científico das estatísticas criminais, das condições passadas, presentes e projetadas para o futuro da criminalidade numa comunidade, que permite à polícia informar-se dos crimes que se pretende cometer, e não apenas descobrir e apurar os que foram cometidos.

O conhecimento propiciado pela análise das estatísticas criminais orienta o planejamento e o emprego dos recursos materiais e humanos de modo mais eficaz, no propósito de prevenir e controlar as manifestações da criminalidade e da violência, pois a análise de dispersão de dados das ocorrências policiais — dizem os estudiosos —¹⁵ permite detectar os horários e os locais das ocorrências de maior incidência.

É a partir do tratamento técnico-científico da estatística criminal que as polícias podem fazer um trabalho conjunto — e a necessidade dessa atuação hoje

¹⁵Cf. George Felipe de Lima Dantas, “A Gestão Científica da Segurança Pública: estatísticas criminais — in <http://www.vivaciencia.com.br/03/03-01-002.asp>. — consultado em 21/07/03.

é consensualmente apontada por todos os analistas —, somando os esforços e compartilhando informações no território nacional e em regiões, a partir de bancos de dados informatizados e disponíveis permanentemente. A inteligência policial e a informática poderão, havendo planejamento e vontade política dos governantes, promover uma verdadeira revolução na segurança pública.

Em recente entrevista, o advogado criminalista Dr. Márcio Thomaz Bastos, Ministro da Justiça, indagado sobre os seus planos em relação à segurança pública, afirmou que o crime organizado será combatido com dureza, violência e armas — sendo inadmissível que, em algumas cidades, haja toque de recolher imposto por traficantes —, e que duas coisas são básicas nesse combate: a informação e inteligência. E acrescentou:

Se não tivermos montada uma estrutura de inteligência, capaz de se infiltrar nas hostes do crime organizado, e não tivermos um jogo de informações que nos permita antecipar os movimentos do crime, não chegaremos longe. São esses os instrumentos que pretendemos usar. Nossa idéia é, além disso, padronizar procedimentos, criar estruturas, estimular o sistema de segurança até que se chegue àquele sonho de um sistema de segurança único no Brasil.

Estamos com um plano muito ambicioso de modernização das polícias, tanto federal como estadual. Temos um convênio em potencial, que eu não posso detalhar ainda, mas que prevê um investimento, em quatro anos, de US\$ 2 bilhões. Para investir em todas as polícias, mas não apenas em coletes, carro e equipamento. É preciso investir em inteligência, em informação, em informática¹⁶

A consciência de aperfeiçoamento, vê-se, já é presente na cúpula governamental, e especialmente do Ministério da Justiça, a cujo cargo está a política de segurança, restando-nos a esperança que os planos do ministro sejam efetivamente aplicados, pois uma das grandes tragédias do Brasil é a descontinuidade das políticas administrativas, que se alteram (ou são reavaliadas) com a mudança dos ocupantes dos Ministérios, que tem sido muito freqüente, particularmente no Ministério da Justiça.

¹⁶Cf. A Reforma Necessária – Entrevista publicada pela Revista Fórum – Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, n. 6 (janeiro/fevereiro/2002), pp. 6 – 9.

Mudanças noticiadas – Mudanças têm sido sugeridas na legislação penal e processual penal, muitas delas embaladas por picos periódicos de violência nas grandes metrópoles — chacinas ocorridas em São Paulo, quase sempre nos mesmos lugares, assassinato de magistrados e de policiais, desafios abertos das instituições pelo crime organizado, que impõe toque de recolher e manda fechar o comércio —, que provocam a justa indignação dos cidadãos e que repercutem no parlamento nacional, mas muitas delas são de duvidosa eficácia. Examinemos algumas.

Uma delas será a criação de um centro de planejamento e pesquisa judicial, em parceria com a universidade e com o empresariado — a segurança, vimos, é responsabilidade de todos —, para elaborar uma doutrina do Judiciário, repensando as suas funções e seus desafios, em ordem a que não perca a sua visão de perspectiva em relação às demais funções estatais.

O Conselho da Justiça Federal, junto ao Superior Tribunal de Justiça, que exerce a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal (art. 105, parágrafo único – CF), dispõe de um Centro de Estudos Judiciários – CEJ muito eficiente, que tem promovido cursos de especialização para juizes, em parceria com a Universidade de Brasília, e excelentes estudos sobre os mais variados temas, inclusive sobre as mudanças legislativas (novo Código Civil, *v.g.*) e que poderia servir de embrião para esse centro de planejamento e pesquisa forense, que, nas palavras de Renato Nalini,¹⁷ “definiria procedimentos de atuação da Justiça, geraria diagnósticos, apoiaria e aperfeiçoaria políticas públicas, geraria material educacional, em permanente interface com a sociedade.”

Fala-se também, e com insistência, em agravamento de penas, de forma geral, e mesmo em função da condição funcional de eventuais vítimas, como magistrados e policiais, o que, na minha modesta visão, não deve ser incentivado, pois apenas tangencia e mascara o problema.

O criminoso não é punido apenas porque cometeu o crime — *punitur quia peccatum est* —, como um imperativo categórico, vista a pena como uma retribuição jurídica ao mal representado pelo delito (teorias absolutas); nem também com a exclusiva finalidade

¹⁷Cf. obra citada: “O Juiz e a Segurança da Sociedade” – Revista dos Tribunais, n. 802 (agosto de 2002), pp. 432 – 433.

de prevenção, geral, para a comunidade, em termos de edificação, e para o condenado, no plano da sua readaptação ao meio social (teorias relativas); e sim com a dupla finalidade, retributiva, como um resposta do Estado do crime, e de prevenção e ressocialização do condenado.¹⁸

Nessa concepção (pena como castigo e como reeducação do agente infrator), não faz muito sentido, na minha avaliação, a cominação e a aplicação de penas muito elevadas, ressalvados os casos excepcionais, pois o preso perde a noção de que um dia poderá retornar ao meio social — pensemos nos jovens condenados a vinte ou trinta anos — e sem essa esperança, que nortearia o seu comportamento carcerário, pode transformar-se numa fera enjaulada, pronta para reagir — matando, agindo com violência e tentando fugir — assim que encontrar a primeira oportunidade.

O preso jovem — e a grande parte da população carcerária é de homens na faixa dos vinte aos quarenta anos — condenado a uma pena muito elevada, sem perspectiva legal de voltar ao meio social, tem a fuga como o seu maior objetivo de vida. O importante é que a pena, aplicada com moderação, ressalvados os crimes mais graves, seja efetivamente cumprida, pois é a certeza da punição que impede ou dificulta o cometimento do crime.

Não simpatizo, portanto, com as pretendidas mudanças na lei penal apenas para aumentar as penas, para agravá-las em razão da posição funcional da vítima, ou para abolir o sistema progressivo de cumprimento das penas, até mesmo pela sua absoluta inutilidade no combate à criminalidade e à insegurança. Tais medidas apenas aumentariam a permanência dos condenados nas prisões, dificultando ainda mais a sua ressocialização e aumentando os problemas para a administração carcerária.

Observe-se, por oportuno, que a novidade dos crimes hediondos, prevista na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso XLIII) e regida pela Lei 8.072, de 25/07/1990, com a ampliação de tipos promovida pela Lei 8.930, de 06/09/1994, com as vedações de graça, de anistia, de fiança e de liberdade provisória, e com regime de pena completamente fechado, não deu resultados visíveis no combate à criminalidade.

¹⁸Cf. Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, volume I, Atlas, 1999 – pp. 246 – 247.

A gravidade da pena não tem muito efeito na prevenção dos crimes, como resta demonstrado nos países que adotam a pena de morte oficial, nos quais não se tem notícia da redução da criminalidade em função da eficácia intimidativa da punição capital.

Outra medida que não somará numa boa política de segurança, dentro da nossa tradição jurídica, é a redução da maioridade penal para 16 anos, sob o argumento de que nessa idade o jovem já pode votar. Esse é obviamente um assunto para a opção de política criminal do legislador, mas que não é aconselhável, pois a tormentosa questão dos menores infratores não vai ser resolvida com a sua transferência para as penitenciárias!

Ademais, o Brasil já adotou maioridade penal em reduzida de 18 anos — no Código Criminal do Império, a maioridade penal ocorria aos 14 anos (art. 10, § 1º); no Código Penal de 1890, editado pelo Decreto 847, de 11/10/1890, também era de 14 anos, mas o menor entre 9 e 14 anos poderia ser processado sem que obrasse com discernimento (art. 27, §§ 1º e 2º); e, na Consolidação das Leis Penais, editada pelo Decreto 22.213, de 14/12/1932, também era de 14 anos (art. 27, § 1º) — e não consta que isso tivesse influenciado positivamente na questão criminal.

Mais recentemente fala-se na proibição de uso de armas de fogo por pessoas com menos de 25 anos, mudança que, além de ser paradoxal — pois, se a pessoa com 18 anos está apta para todos os atos da vida civil e adquire responsabilidade penal, não se atina para o porquê da exigência de 25 anos para poder portar uma arma de fogo —, seguramente não terá efeitos significativos, pois a questão substancialmente não se liga à idade de quem porta arma, e sim aos critérios de porte.

3. Segurança versus cidadania

Para fazer uma relação entre a segurança e a cidadania, como a qualidade de cidadão, é mister pôr em revista o conceito de cidadania, a partir do Direito Romano, ceireiro conceitual de grande parte dos institutos do direito privado.

Ali, os patrícios, descendentes das antigas famílias fundadoras da cidade, eram detentores do *status civitatis*, qualidade que lhes dava a condição de cidadãos romanos, pela qual podiam cultuar com exclusividade os deuses da cidade e os antepassados da família,

votar e ser votados, servir nas legiões romanas — com direito ao saque depois das vitórias —, ser proprietários e, assim, ser titulares de direitos.¹⁹

Ter o *status civitatis*, portanto, equivalia a ter acesso à plenitude dos direitos que o ordenamento jurídico conferia aos patricios, isto é, aos cidadãos romanos, o que não ocorria com os plebeus, que não tinham culto aos antepassados, nem direito de propriedade, que estava ligada aos elementos do culto doméstico: o lar, o túmulo e os deuses termos.²⁰

Ser cidadão, portanto, é ter cidadania, é ter a possibilidade de gozar plenamente dos direitos civis e políticos num Estado, via de regra podendo votar e ser votado e participando do seu destino. Ter cidadania, em sentido estrito, portanto, é deter uma qualificação jurídica indispensável ao exercício de determinados direitos.

Mas o conceito moderno de cidadania não fica restrito aos direitos políticos (votar e ser votado e, nessa condição, exercer determinados direitos), significando o reconhecimento da pessoa como destinatário das ações do Estado, como participante efetiva da vida do Estado, exercendo a soberania popular e tendo acesso a todos os direitos ínsitos à dignidade humana. (Cf. Constituição Federal – art. 1º, incisos II e III.)

Uma pessoa que não tem acesso à participação política, à educação, a uma ocupação lícita, à moradia, à saúde, à justiça e à segurança não tem cidadania plena, vivendo num estado permanente de exclusão social (*capitis deminutio*) e de insegurança, entregue à sua própria sorte.

É de ver-se, por conseqüência, que a cidadania e a segurança são incompatíveis com as diferentes formas de exclusão social, ostensivas, veladas ou subliminares, enfoque sob o qual passo a examinar alguns pontos que, segundo a minha compreensão — sou juiz criminal há muitos anos, tanto em primeira como na segunda instância da Justiça Federal —, não se inserem numa cultura de cidadania e de segurança.

O acesso dos cidadãos aos serviços policiais — de polícia preventiva, especialmente —, por exemplo,

imprescinde, como já anotado, da valorização profissional do policial, que somente está habilitado a tratar as pessoas como cidadãos se ele próprio, no seu lar e no seu trabalho, igualmente for tratado como cidadão, pois ninguém dá o que não tem. A democracia é a sociedade de cidadãos e, sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia.²¹

A respeito da Justiça, cuja atuação institucional, garantidora dos direitos, se insere no sistema geral de segurança jurídica, o exercício da cidadania, para alguns, passaria pelo rompimento da inércia burocrática tradicional dos juízes, que somente falam nos autos do processo, passando a ser mais criativos e impositivos, sem, contudo, perder de vista a condição de julgador — terceiro *supra partes* —, para assumir a posição política do ativismo judicial.

O ativismo judicial em sentido estrito, ligado à dimensão substantiva do devido processo legal, entendido como a intervenção corretiva dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas,²² não deve, na minha opinião, ser prestigiado, pois não é função do juiz julgar a lei como opção do legislador, ressalvados os casos de inconstitucionalidade.

Mas, em sentido lato, a exigir do juiz, diante de um fato a julgar, e sem prejuízo da sua imparcialidade — que não quer dizer neutralidade axiológica —, que esteja atento aos fins sociais da norma (LICC – art. 5º); e, em matéria criminal, às liberdades públicas e aos direitos e garantias fundamentais do acusado, é atitude que deve ser estimulada, pois o juramento do juiz não lhe suprime a condição de cidadão.

O juiz deve despachar com presteza — deferindo ou indeferindo — os pedidos de prisão temporária ou preventiva, de quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico, de busca e apreensão e outras medidas que reclamem urgência, para que a autoridade policial possa cumprir o seu papel, mas sempre atento à sua posição de magistrado, que atua acima das partes, sem envolver-se subjetivamente nas operações policiais, pois mais adiante poderá vir a julgar as pessoas investigadas, se denunciadas.

¹⁹Cf. Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, apud Luiz Antonio Rolim – *Instituições de Direito Romano*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2003, p. 36.

²⁰Cf. Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, Editora Martin Claret, 2001, pp. 258 – 262.

²¹Cf. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Editora Campus, 1992, p. 1.

²²Cf. Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Editora Saraiva, 5ª Edição, p. 220.

O juiz não pode “colaborar” com a autoridade policial, deixando, por exemplo, em nome do combate ao crime, de relaxar um flagrante ilegal, uma prisão preventiva indevida, ou deferindo escutas telefônicas sem fundamentos objetivos adequados, por mais antenado que seja política e socialmente, porque, em assim agindo, atuará como se fora um policial, em detrimento da sua função constitucional de julgar.

Não que a função policial seja menos valiosa dentro do sistema punitivo — já vimos que, sem o primeiro combate ao crime, a carga da polícia, muitos crimes reais não chegariam aos tribunais —, mas apenas pela diferenciação institucional das funções (investigar, acusar e julgar), que, no sistema acusatório, representam conquistas árduas dos países com maturidade democrática: quem investiga não oficializa a acusação; e quem oficializa a acusação não julga, ficando esta tarefa a cargo do magistrado, que, ungido pelas garantias constitucionais, está apto a emitir um julgamento justo.

Na etapa de julgar, o juiz aplica a lei penal, mas em certos casos a sua atuação judicante pode manifestar uma opção pela cidadania, especialmente em favor dos mais necessitados, como tem ocorrido, por exemplo, em processos criminais envolvendo delitos de pouca ou nenhuma significação social, como o descaminho praticado por sacoleiros, em relação ao qual o prejuízo causado ao Estado, em termos de impostos não recolhidos, é quase sempre insignificante.

Nessas situações, a ser vistas em cada caso, não se justificando a movimentação da máquina judiciária, a Justiça Federal tem aplicado a teoria da insignificância — criminalidade de bagatela — e dado pela absolvição, levando o direito de punir do Estado, em face da falta do interesse de agir, somente até onde é socialmente relevante. É que o direito penal, por imperativo da intervenção mínima, não sanciona toda a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que produzem graves conseqüências e resultem de ações especialmente intoleráveis.

No que se refere à esfera policial, julgo relevante pôr em destaque duas situações que, como atitudes operacionais, a meu ver, e com a devida vênia — advirto de logo que não pretendo criar polêmica, mas somente pôr os temas para reflexão —, são daninhas à cidadania dos acusados e de muitos inocentes envolvidos na investigação.

Refiro-me, em primeiro, às investigações policiais de grande envergadura fática e de repercussão política, via de regra nominadas de “operação isso” ou “operação aquilo”, que são conduzidas de forma estrepitosa, sob a pressão da mídia, em meio a entrevistas constantes dos Delegados por elas responsáveis, como se tem visto com freqüência nos últimos tempos, sob a justificativa de que o povo tem o direito de ser informado.

Sem dúvida que a comunidade precisa ser informada, até mesmo para que, sabendo do trabalho de combate ao crime, cresça em educação política e em cidadania, mas isso tem que ser feito com muito critério, sem apelos demagógicos (quando houver, *v.g.*, uma exata visão de conjunto dos fatos), para não condenar inocentes por antecipação — os julgamentos da mídia são implacáveis e, quando adversos à pessoa, jamais serão revertidos pela absolvição nos tribunais — e provocar reações indevidas das camadas sociais, que podem chegar aos linchamentos e depredações.

Deve a autoridade policial assegurar no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, como estabelece a lei (CPP — art. 20), e não convocar a imprensa para dar entrevista depois de cada diligência que desenvolva, considerando-se que, se isso pode lhe trazer uma projeção profissional instantânea, pode também, ao mesmo tempo, ferir de morte — uso o termo porque a lesão de um direito pela imprensa nunca pode ser devidamente reparada — os direitos individuais de pessoas inocentes, e mesmo dos indiciados que, mesmo dispondo de provas que infirmem a acusação, têm dificuldade de fazê-las aceitar.

Essa publicidade, chamada opressiva, ocorre também perante o juiz nos casos de repercussão popular, envolvendo pessoas de projeção social — o juiz, como cidadão, também pode, até mesmo subliminarmente, ser influenciado pelo estrépito social do caso —, o que pode não permitir à parte o acesso a um julgamento justo, isto é, apenas em função do delito que praticou, avaliado em face da prova dos autos.

O outro ponto, para o qual também não encontro justificativa, é a convocação da imprensa para apresentar os presos, como se os presos fossem animais de exposição, ou algum troféu a ser exibido com orgulho, muitas vezes forçando a que sejam fotografados pela imprensa.

Cenas grotescas aparecem em tais situações, ora quando um policial — ou alguém por ele — toma a

iniciativa de suspender à força a cabeça do preso para ser fotografado, como ocorreu com um famigerado meliante no Rio de Janeiro, acusado pelo assassinato de um jornalista; ora quando os presos, num salve-se quem puder, enfiam as cabeças pelas mangas da camisa ou as escondem com as mãos, com o cabelo ou uma outra peça de roupa, tudo sob as vistas da autoridade policial e sob a complacência do sistema, pois nunca ouvi uma voz que se opusesse a esse triste espetáculo, que não é permitido nem pelas leis da guerra, que não permitem a exposição injustificada de mortos e prisioneiros!

Além de ninguém estar obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei — a lei não obriga os presos a ser apresentados à imprensa —, a Constituição garante aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, incisos II e XLIX), sem falar que a lição clássica diz que o preso é uma coisa sagrada, devendo ser processado e punido, se for o caso, mas com respeito ao devido processo legal.

Pode-se objetar que os delinquentes não merecem todo esse respeito, pois eles também não respeitam os cidadãos, mas a questão não é essa, senão a de desenvolver uma consciência jurídica e uma cultura de respeito à lei, que dignifica os povos civilizados, mesmo para os criminosos, pois ninguém pode ser condenado — a exposição fotográfica do preso na imprensa, sem motivo justo, é uma forma de condenação — sem julgamento.

Por fim, e isso seria uma omissão imperdoável numa análise sobre segurança e cidadania, uma palavra sobre o advogado, que, por previsão constitucional, é indispensável à administração da justiça (art. 133) e, como tal, com os talentos que lhe reconheceu o constituinte, deve contribuir para o crescimento da cidadania — e para a segurança, pois a cidadania não viceja onde não há segurança e dignidade.

O advogado, segundo a observação arguta de J.J. Calmon de Passos, tem um papel político como cidadão, como qualquer profissional, mas algo de específico o distingue, que é a perspectiva ética, social, política e econômica do problema que lhe é confiado.²³

²³ Cf. A missão do advogado em face dos novos direitos fundamentais na Constituição brasileira, *Advocacia Dinâmica* – Centro de Estudos Superiores, abril de 1989.

No exercício do seu mister, o advogado pugna pelo triunfo da ordem jurídica na causa do seu cliente e, assim o fazendo, numa perspectiva ética, exerce função social. Seu dever é lutar pelo direito; porém, como adverte o quarto mandamento do advogado, quando o direito estiver em conflito com a justiça, incumbe-lhe lutar pela justiça.²⁴

Sendo sua arma o saber jurídico, e sendo o direito indissociável do político, do econômico e do social, está o profissional da advocacia adestrado e vocacionado a ser, no exercício da sua profissão, mais um agente construtor da cidadania, tendo, portanto, papel fundamental na busca incessante da segurança jurídica.

²⁴ Cf. Eduardo Couture, *Os Mandamentos do Advogado*, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª Edição, 1987.

O *periculum in mora* nas medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa

Luciano Rolim*

1 As medidas cautelares patrimoniais da Lei 8.492/1992

Atendendo o clamor popular por um combate mais efetivo à corrupção, a Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu art. 37, § 4º, que “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”.

Tão intensos foram os reclamos, que o Constituinte Originário viu-se impelido a prever, no próprio texto constitucional, uma medida cautelar patrimonial destinada a assegurar a efetividade perseguida: a indisponibilidade dos bens do agente acusado de improbidade administrativa.

Evidentemente, essa previsão não elide a possibilidade de a legislação ordinária instituir outras medidas cautelares, inclusive de natureza patrimonial, que melhor resguardem o erário¹; o objetivo dela, pois, é apenas garantir, mediante vinculação do legislador ordinário, um mínimo de efetividade à ação de improbidade administrativa.

Atenta a essa circunstância, a Lei 8.429/1992, imbuída do mesmo espírito moralizador que inspirou a Constituição de 1988, contemplou, além da indisponibilidade de bens, já imposta no texto maior, outra medida cautelar patrimonial, qual seja, o sequestro de bens, igualmente voltado à reparação do patrimônio público.

A primeira medida vem expressa no art. 7º da lei, nestes termos:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A seu turno, o art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa prescreve:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Ambas as medidas podem abranger, indeterminadamente, todos os bens do responsável, até o limite do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito. Mesmo nesse último caso, não exige a lei que a constrição patrimonial recaia especificamente sobre os bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente, bastando que o valor patrimonial a ser acautelado coincida com o valor do locupletamento indevido.

A indisponibilidade de bens, como o próprio nome sugere, importa tão-somente a privação do poder de disposição dos bens, remanescendo com o proprietário, contudo, os poderes de uso e fruição da coisa. Vale dizer, o responsável não se vê privado do livre uso e gozo do bem, ficando impossibilitado apenas de aliená-lo ou dele desfazer-se de qualquer forma. Cuida-se,

* Procurador da República em Pernambuco.

¹ Conforme frisou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a ampliação das medidas cabíveis não constitui infringência à norma constitucional. Essa estabeleceu algumas medidas possíveis, mas não limitou a competência do legislador para estabelecer outras” (*Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 678).

pois, de medida bem menos gravosa que o seqüestro de bens.

De fato, esta última medida pressupõe a apreensão da coisa, ficando, dessa forma, o seu proprietário ou possuidor privado do uso e gozo do bem.

Sob o ponto de vista processual, encontra-se o seqüestro de bens em ação de improbidade administrativa sujeito à disciplina dos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, consoante expressa determinação do §1º do art. 16 da Lei 8.429/1992. O mesmo não ocorre, entretanto, quanto à indisponibilidade de bens, como se pode constatar pela leitura do art. 7º do aludido diploma legal.

A diferenciação entre essas medidas é imprescindível à definição dos seus respectivos pressupostos materiais e processuais; e sem ela, o operador do direito não conseguirá precisar a medida cabível e, conseqüentemente, aplicar-lhe os requisitos que lhe são próprios.

Infelizmente, não raro tem-se verificado, tanto na teoria como na prática, a ausência de percepção da distinção, aparentemente tão clara, entre as medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa². Para isso tem contribuído a concepção eminentemente privatística do processo civil — ainda hoje dominante na doutrina e jurisprudência pátrias —, que tem inibido sobremodo a atuação contra a impro-

bidade administrativa, em evidente descompasso com o propósito explicitado pela Constituição de 1988 no art. 37, § 4º. Cumpre, pois, fazer sobressair a concepção constitucionalista do processo, interpretando-se a legislação ordinária a partir da Constituição Federal, e não o contrário.

2 O *periculum in mora* na indisponibilidade de bens (art. 7º)

No que tange à indisponibilidade de bens (art. 7º), tal medida, ao contrário do seqüestro de bens (art. 16), sequer é prevista no Código de Processo Civil. Logo, não é pertinente a exigência de requisito próprio desta última medida cautelar ou de outras medidas cautelares patrimoniais do CPC — em especial a demonstração de indícios de iminente dilapidação do patrimônio do requerido — para a indisponibilização de bens.

Na verdade, o *periculum in mora*, na indisponibilidade de bens, é “presumido”, ou, para ser mais preciso, dispensado ou simplesmente não exigido pela lei, em consonância com peremptória disposição inserta no art. 37, § 4º, da Constituição: “Os atos de improbidade administrativa *importarão* [...] a indisponibilidade de bens”. Não é difícil perceber que o intento do Constituinte de 1988 foi tornar, em caso de improbidade administrativa, mais efetivo o ressarcimento ao patrimônio público, num reconhecimento ostensivo de que é imensa a responsabilidade da corrupção pelas mazelas da sociedade brasileira.

Deflui, em primeiro lugar, do caráter imperativo da referida norma constitucional que a indisponibilidade de bens é a regra em ação de improbidade administrativa, e não a exceção. Perde sentido, assim, diante dessa expressa e específica determinação constitucional, o argumento, por vezes invocado, de que os princípios do contraditório e da ampla defesa vedariam a indisponibilidade de bens sem a prévia comprovação de atos tendentes à dilapidação patrimonial. Consoante destacado acima, tal medida tem o escopo evidente de tornar mais efetiva a recomposição do erário; por conseqüência, guarda harmonia com o princípio da função preventiva da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao resguardar, de modo eficaz, a integridade do patrimônio público e evitar o enriquecimento ilícito às custas do Estado.

² “Doutrina e jurisprudência, ao que parece, ainda não se preocuparam com o problema, pois as submetem ao mesmo regime jurídico. Não é essa a melhor solução.

Embora espécies do gênero cautelar, ambas destinadas ao mesmo fim assecuratório, as providências previstas na Lei 8.249, de 02/06/1992, apresentam requisitos diferentes. Cada qual é adequada, portanto, a uma modalidade de situação de vida.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 302 e 303.

Sobre a distinção entre indisponibilidade de bens (art. 7º) e seqüestro de bens (art. 16), conferir, ainda, MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 402; PAZZAGILINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 155; BEZERRA FILHO, Aluisio. *Lei de Improbidade Administrativa Aplicada e Comentada*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 43 e 145. Em sentido diverso, ressalta Carlos Mário Velloso Filho que não se está diante de duas medidas distintas, concluindo: “Efetivase a indisponibilidade através da medida cautelar de seqüestro, a ser processada de acordo com os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil (art. 16, *caput* e § 1º).” A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.492, de 1992. In: *Improbidade Administrativa: questões polêmicas...*, p. 127.

Trata-se, portanto, de uma hipótese em que a própria Constituição, diante da relevância do bem jurídico tutelado, presume a ameaça de lesão, o *periculum in mora*; tem assim a medida inegável função preventiva, pois visa salvaguardar a reposição do patrimônio público, como bem observou José Roberto dos Santos Bedaque:

[...] desnecessário o perigo de dano, pois o legislador contenta-se com o *fumus boni iuris* para autorizar essa modalidade de medida de urgência.

[...]

Identificam-se, portanto, as características da indisponibilidade prevista no art. 7º: está limitada ao valor do prejuízo causado e não necessita da demonstração do perigo de dano. O legislador dispensou esse requisito, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público³.

Conforme demonstrou o autor em percuciente análise, que a seguir nos esforçaremos para resumir, em virtude de sua inegável utilidade para o esclarecimento do tema, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa configura um caso de tutela de evidência:

Ao admitir a indisponibilidade de bens tão somente com fundamento na probabilidade do direito ao ressarcimento o legislador regulou a *tutela provisória de evidência*, o que não constitui novidade no sistema processual.

Uma das formas de abreviar o resultado pretendido com a propositura da demanda consiste em adotar mecanismos destinados a alcançar esse objetivo no próprio procedimento comum. Permite-se a antecipação provisória da solução postulada, enquanto não puder ser deferida definitivamente.

Medidas também provisórias, com conteúdo meramente conservativo e voltadas à preservação do resultado útil do processo, podem ser adotadas apenas com fundamento na verossimilhança.

Em princípio, as medidas urgentes e provisórias são previstas com a finalidade de afastar o risco de dano, cuja ocorrência a parte deve demonstrar concretamente. Trata-se do risco de inutilidade prática do resultado final, o que levaria à instituição de medidas assecuratórias, destinadas a preservar o bem da vida necessário à efetividade do provimento final.

Em outras situações, todavia, o legislador autoriza a tutela provisória, de conteúdo conservativo, independentemente desse risco. Contenta-se com a probabilidade de o autor ter razão. Convencendo-se o juiz de que a pretensão deduzida na inicial tem boas chances de ser atendida, poderá conceder-lhe a possibilidade de fruição provisória do bem da vida pretendido ou determinar a conservação de determinado estado patrimonial.

[...]

Convém observar, todavia, que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessário a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias e provisórias está relacionado à evidência e à urgência.

Pode, pois, o legislador, levando em conta a urgência e/ou a evidência, autorizar soluções provisórias, meramente conservativas ou antecipatórias, sempre pensando em assegurar o resultado final, definitivo, que ainda não se produziu.

[...]

A natureza cautelar da medida está nesse escopo de preservar ao máximo a efetividade da tutela jurisdicional. Tendo em vista características da situação, fica dispensado o risco concreto de dano. Busca-se afastar o mal causado pela demora do processo, por si mesmo fator de risco para a utilidade do resultado.

No caso específico dos processos versando improbidade administrativa, tendo em vista a natureza da relação jurídica material e o bem da vida tutelado, o legislador previu tutela provisória da evidência, mediante providência cautelar conservativa consistente na indisponibilidade de bens do réu. Para obtê-la basta a demonstração da verossimilhança do direito, representada pelo nexo entre os bens e o ato ilícito⁴.

Nesse diapasão, é possível afirmar, também, que a indisponibilidade de bens do art. 7º da Lei 8.429/1992 não ofende o devido processo legal. O que a Constituição assegura é que ninguém será *privado* de seus

³ Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade..., cit., p. 303.

⁴ Idem, p. 305-307. A lição é acompanhada por COSTA, Suzana Henrique da. A Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade por Meio da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade Administrativa. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 581-582. Para um estudo mais aprofundado sobre a tutela de evidência, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

bens — o que pressupõe perda da propriedade — sem o devido processo legal. Ora, a indisponibilidade, como visto, impõe apenas a privação do poder de disposição dos bens, restando ao proprietário, porém, os poderes de uso e fruição da coisa. Ademais, se há restrição ao direito de propriedade, é devido a explícita disposição constitucional, erigida em favor do interesse público.

Na doutrina, é majoritária a corrente segundo a qual o *periculum in mora*, em indisponibilidade de bens por ato de improbidade administrativa, considera-se presumido pela própria lei⁵.

Começemos por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Quando ao *periculum in mora*, parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7º da Lei de Improbidade, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano. Nesse sentido, argumenta Fábio Osório Medina que “O *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário”, sustentando, outrossim, que “a indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal”. De fato, exigir a prova, mesmo que indicará, da intenção do agente de furtar-se à efetividade da condenação representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal. Como muito bem percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, a indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade é uma daquelas hipóteses nas quais o próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano. Deste modo, em vista da redação imperativa adotada pela Constituição Federal (art. 37, § 4º) e pela própria Lei de Im-

probidade (art. 7º), cremos acertada tal orientação, que se vê confirmada pela melhor jurisprudência⁶.

José Antonio Lisboa Neiva também entende que “diante da imperatividade da norma [§ 4º do art 37 da Constituição da República: os atos de improbidade “*importarão ... a indisponibilidade de bens*”], que não pode ser ignorada, há necessidade apenas de se enfatizar o *fumus boni iuris*”⁷. Acrescenta, ainda, o autor:

A dispensa da demonstração do *periculum in mora* para a concessão da indisponibilidade dos bens poderia ensejar questionamentos sobre a sua própria natureza cautelar, uma vez que poderia ser visualizada como tutela assecuratória que apenas se utilizaria da roupagem cautelar. Por outro lado, é correta a observação de que o legislador na verdade presumiu o perigo diante de fatos tão graves para a Administração e a sociedade, propiciando a indisponibilidade e a efetividade de eventual provimento de procedência na ação cognitiva de improbidade administrativa⁸.

De igual modo, assevera Marcelo Figueiredo:

Quando à probabilidade do prejuízo, entendemos que o conceito pode ser deduzido da própria Lei de Improbidade. É dizer, ela já estaria presente nos valores de “probidade” que o agente administrativo aparentemente desprezou, ao praticar atos ímprobos⁹.

Ainda nessa esteira, o ensinamento de Wallace Paiva Martins Júnior, segundo o qual, “é indiferente que haja fundado receio de fraude ou insolvência [...]. Exsurge, assim, a indisponibilidade de bens como medida de segurança obrigatória nessas hipóteses”. Em seguida, o jurista conclui o seu raciocínio com uma menção ao conteúdo imperativo do art. 37, § 4º, da Constituição¹⁰.

Fábio Medina Osório, a seu turno, observa:

Primeiro, não se mostra crível aguardar que o agente público comece a dilapidar seu patrimônio para, só então, promover o ajuizamento de medida cautelar autônoma de seqüestro dos bens.

⁵ Em relação aos autores que perfilham a tese oposta, merecem ser consultados: VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.492, de 1992..., cit., p. 120-122; FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa: questões polêmicas...*, p. 417-418; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da Indisponibilidade Liminar de Bens Prevista na Lei 8.492, de 1992. In: *Improbidade Administrativa: questões polêmicas...*, p.185; e COSTA, José Armando da. *Contornos Jurídicos da Improbidade Administrativa*. 2. ed. rev., atual. e amp. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 145.

⁶ *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 641.

⁷ *Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005, p. 133.

⁸ Idem.

⁹ *Probidade Administrativa*, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

¹⁰ *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 396.

Tal exigência traduziria concreta perspectiva de impunidade e de esvaziamento do sentido rigoroso da legislação. O *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário.

A indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz conseqüência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Esperar a dilapidação patrimonial, quando se trata de improbidade administrativa, com todo respeito às posições contrárias, é equivalente a autorizar tal ato, na medida em que o ajuizamento da ação de seqüestro assumiria dimensão de “justiça tardia”, o que poderia se equiparar a denegação de justiça¹¹.

Consignou-se, anteriormente, que a visão preponderantemente privatística do processo civil, ainda hoje dominante na doutrina e jurisprudência pátrias, vem representando obstáculo à eficácia da Lei de Improbidade Administrativa, em manifesto descompasso com o objetivo do Constituinte de 1988. É o que se nota, de certo modo, no trato da presente questão. De fato, a despeito do que se expôs, não são poucas as abordagens doutrinárias e decisões judiciais que reclamam a demonstração de indícios de ocultação ou dissipação patrimonial, como pressuposto para o deferimento da indisponibilidade de bens; partem elas, quase sempre, da premissa, muitas vezes somente implícita, de que tal requisito seria exigido pelos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa linha de argumentação, os dispositivos da Lei de Improbidade que não prescrevem a comprovação daqueles indícios seriam inconstitucionais ou, ao menos, mereceriam interpretação conforme a Constituição, de modo a exigir-se a demonstração pelo requerente do *periculum in mora*, nos moldes das medidas cautelares patrimoniais reguladas pelo Código de Processo Civil.

Todavia, se é a própria Constituição que impõe a indisponibilidade de bens, revela-se um tanto quanto incompreensível essa limitação ao alcance da medida. Essa interpretação, segundo entendemos, é privatística e não constitucionalista; parte da legislação ordinária, mais especificamente do Código de Processo Civil, para a Constituição Federal, e não desta para a legis-

lação ordinária. Com efeito, se a presença de indícios de ocultação ou dilapidação de bens fosse exigida pela Constituição para a decretação de medidas cautelares patrimoniais, certamente tal imposição se estenderia a toda legislação infraconstitucional. Ocorre, por exemplo, que a legislação processual penal prevê o seqüestro de bens, independentemente de comprovação concreta do *periculum in mora*, medida esta cuja constitucionalidade nunca foi questionada.

Prescreve o Código de Processo Penal, em seu art. 126: “Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. Outrossim, de acordo com o art. 134, o ofendido poderá requerer a hipoteca legal dos imóveis do investigado, “desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”¹². “Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arretados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis” (art. 137).

A Lei 9.613/1998 (que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro), por sua vez, estabelece, no art.

¹² Quanto à dispensa do *periculum in mora* na cautelar em questão, é bastante ilustrativo o seguinte julgado:

Penal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Medida assecuratória. Hipoteca legal e arresto. Art. 142 do CPP. Ministério Público. Legitimidade. Violação ao Princípio da Presunção de Inocência. Inocorrência. Periculum in mora. Verificação. Destinação dos bens apreendidos.

1. Nos termos do art. 142 do CPP, em havendo interesse da Fazenda Pública, o Ministério Público tem legitimidade para requerer medida cautelar de arresto provisório e posterior hipoteca legal, bem como o arresto de bens móveis.

2. Para o deferimento da hipoteca legal exige-se prova da materialidade do fato criminoso e indícios suficientes da autoria, sendo desnecessária prova de que esteja o réu dilapidando seu patrimônio.

3. Não há ilegalidade ou afronta à Constituição Federal na garantia patrimonial cautelarmente ocorrida para satisfação dos danos causados pelo crime. A venda dos bens somente se dará com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que afasta críticas de desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

4. O *periculum in mora* se dá por presunção legal, já que havendo o recebimento da denúncia é admissível à vítima buscar a garantia patrimonial para seu ressarcimento.

5. Os bens cautelarmente arretados ou hipotecados terão como destino final o pagamento da multa, das custas do processo e o ressarcimento à vítima dos danos causados pelo crime. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal 2003.70.00.050510-1, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Néfi Cordeiro, j. 03/05/2005, DJU 18/05/2005, p. 896.)

¹¹ *Improbidade administrativa*. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 240-241.

4.º, que “*havendo indícios suficientes*, o juiz poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta lei”.

Na verdade, como bem evidencia a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, acima transcrita, é perfeitamente admissível, perante o sistema jurídico brasileiro, que o legislador dispense ou presuma a existência de *periculum in mora* em determinadas situações.

As normas processuais sobre improbidade administrativa — tais quais as normas processuais penais — objetivam a aplicação de Direito Público; não visam, como ocorre predominantemente com as normas do Código de Processo Civil, regulamentar a solução judicial de litígios entre particulares. Os princípios que informam uma e outra legislação são completamente diferentes: no primeiro caso, o bem a ser protegido se reveste de importância essencialmente pública, uma vez que, ao tutelar o patrimônio público, a Constituição tem por fim último garantir a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos; já no segundo caso, a finalidade principal é assegurar a tutela jurisdicional de interesses individuais.

Por isso, revela-se inconciliável com o nobre propósito que inspirou o texto constitucional exigir, para a concessão da indisponibilidade de bens, a demonstração de pressuposto específico de medidas cautelares disciplinadas no Código de Processo Civil, voltadas fundamentalmente à preservação de interesses patrimoniais privados, por natureza disponíveis.

É verdade que os atos de improbidade administrativa, consoante já assentou o Supremo Tribunal Federal, ostentam natureza cível; isso, entretanto, não implica negar o cunho eminentemente público do seu regime jurídico, inferido com nitidez do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Desse modo, diante da ameaça que a corrupção representa para a própria subsistência da sociedade, os atos de improbidade reclamam, mais até do que muitas infrações penais, uma enérgica atua-

ção dos órgãos estatais, inclusive por meio de medidas cautelares de eficácia não apenas ilusória, mas real¹³.

Obviamente, faz-se mister, para a indisponibilidade de bens, que existam indícios da materialidade e da autoria do ato de improbidade administrativa, sendo estes os únicos pressupostos reclamados para a decretação da medida.

3 O *periculum in mora* no seqüestro de bens (art. 16)

Todos os argumentos até agora expendidos aplicam-se igualmente à medida cautelar de seqüestro do art. 16 da Lei 8.429/1992, conforme se observará a seguir.

Do ponto de vista material, e caso se devesse considerar a sistemática do Código de Processo Civil, essa medida mais se aproximaria do arresto, pois recai sobre “os bens [isto é, todos os bens] do agente ou terceiro”, com a finalidade de garantir uma futura execução por quantia certa. Sob o aspecto procedimental, o § 1º do mencionado dispositivo legal estatui que “o pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil”.

Não obstante, o seqüestro do art. 16 da Lei 8.429/1992 constitui medida cautelar autônoma, apresentando *pressuposto material próprio*, que não se confunde com aqueles estipulados para as medidas cautelares típicas de arresto e de seqüestro do Código de Processo Civil. Atente-se para o que estabelecem o *caput* e o § 1º do artigo em questão:

Art. 16 *Havendo fundados indícios de responsabilidade*, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

[...]

¹³Relembre-se, a propósito, a advertência de Rogério Pacheco Alves: “De fato, exigir a prova, mesmo que indiciária, da intenção do agente de furtar-se à efetividade da condenação representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal”.

Como se vê, o § 1º desse preceito legal apenas submete o *processamento* da medida ao disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil; o pressuposto material, exclusivo, para a sua decretação, porém, já se encontra assentado na própria Lei de Improbidade: a existência de “fundados indícios de responsabilidade”.

Sobre o assunto, tem-se o valioso magistério de Ernani Fideli dos Santos¹⁴:

Quanto ao seqüestro, manda a lei que se atendam aos arts. 822 a 825 do CPC (art. 16, § 1º), mas é de se observar, por seus próprios termos, que a referência é quanto ao *processamento*, ou seja, não há exigência, para sua concessão, dos requisitos do seqüestro comum, mas apenas que, para a efetivação da cautela, se observe o procedimento ali previsto. Isto importa em dizer que, para os efeitos da Lei de Improbidade, o seqüestro é medida típica, sem qualquer relação, a não ser de mera semelhança — apreensão de bens —, com outras de previsão legal.

Ressalte-se, portanto, que, mesmo para o seqüestro de bens (art. 16), é dispensável que se indiquem sinais de ocultação ou dilapidação patrimonial¹⁵. Tal exigência, segundo já esclarecido, resulta de uma inter-

¹⁴ Aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/1992*. José Adércio Leite Sampaio, Nicolao Dino, Nívio de Freitas e Roberto dos Anjos (coords.). Belho Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112.

¹⁵ Vale transcrever, por oportuno, o ensinamento de José Antônio Lisboa Neiva:

Cumprir ressaltar que, de forma análoga o art. 16 da LIA estabelece que, havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão (do processo administrativo disciplinar) representará ao Ministério Público ou à procuradoria da pessoa jurídica prejudicada, para que seja requerida a decretação do seqüestro de bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. A despeito do § 1º do dispositivo citado referir-se à aplicabilidade dos arts. 822 e 825 do CPC, não se exigiria o enquadramento nas hipóteses dos incisos I a III do art. 822 do CPC, pois não se ajustam às situações ligadas à improbidade administrativa e à perda de bens por enriquecimento indevido, sendo certo que o *caput* do art. 16 da LIA é categórico no sentido de que, caso haja indícios de responsabilidade, deve ser decretado o seqüestro, presumindo-se o *periculum in mora*, de forma semelhante à demanda cautelar de indisponibilidade de bens. A *ratio* do § 1º do aludido art. 16 da LIA foi remeter à disciplina processual do seqüestro, com base nos arts. 822 a 825 do CPC (não 822 e 825 tão-somente, como consta do art. 16, com supressão inaceitável dos arts. 823 e 824), sendo certo que o seqüestro em caso de lesão ao patrimônio público, como será visto, assume contorno de arresto, sendo igualmente inexigível comprovação do estado de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

pretação privatística da Lei de Improbidade Administrativa. Ademais, mesmo sob esse enfoque, não haveria óbice à aplicação da medida, independentemente da satisfação de qualquer outro requisito, além daquele expressamente previsto no art. 16 da Lei 8.429/1992. É que o próprio Código de Processo Civil admite, em seu art. 822, IV, o seqüestro de bens com base em pressupostos próprios, fixados em lei especial¹⁶.

Conforme acentua Wallace Paiva Martins Júnior, “trata-se, pois, de um seqüestro diferenciado, em que se prescinde dos requisitos de certeza e liquidez da dívida, presumido o risco pela própria lei, e que recai sobre bens determinados e específicos ao patrimônio do agente público ou de terceiro com o fito de garantir a execução da sentença condenatória”¹⁷.

É importante frisar, outrossim, que há uma certa gradação entre os requisitos da indisponibilidade de bens (art. 7º) e do seqüestro de bens (art. 16): na primeira hipótese, é suficiente a presença de indícios da

Por outro lado, é possível identificar, quanto ao *periculum in mora* nas medidas cautelares patrimoniais da Lei 8.429/1992, uma corrente intermediária, a qual, conquanto o repute prescindível à cautelar de indisponibilidade (art. 7º), salienta a necessidade dele para o seqüestro de bens (art. 16). Comungam dessa posição BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade..., cit., p. 304; e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 646.

¹⁶ Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro:

I – de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;

II – dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;

III – dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando;

IV – nos demais casos expressos em lei.

Bastante pertinentes são os comentários de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ao inciso IV do art. 822 do CPC: “a esse respeito, parece acertado o entendimento de ser dispensada a evidência do risco, à consideração de que esse perigo se presume *ex vi legis*, por ter inspirado o legislador a autorizar a providência. Os pressupostos, inclusive quanto ao *fumus boni iuris*, serão assim apenas os determinados no texto especial. Não se extraia daí, no entanto, a conclusão de que a medida, nesse caso, deixará de ser cautelar, passando a satisfativa. O perigo de dano continua existindo, dispensada apenas sua demonstração, em virtude de presunção legal.” *Comentários ao código de processo civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, tomo II, 2002, p. 108. Apud NEIVA, José Antonio Lisboa. *Op. cit.*, p.134, nota 28.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 401.

materialidade e da autoria do ato de improbidade administrativa; na segunda, todavia, torna-se imperioso apontar “fundados indícios de responsabilidade”. Enfim, o *fumus boni iuris* para a decretação do seqüestro de bens pressupõe um grau de verossimilhança das alegações e de evidência da prova bastante superior ao necessário para a simples indisponibilidade de bens.

A respeito, é digno de registro o escólio de Sérgio Ferraz:

A rigor, trata-se [o seqüestro de bens] de medida mais severa que a da indisponibilidade, por isso que não só congela a comercialidade do bem, como também susta seu uso e fruição pelo proprietário. Por essas razões, mais cuidadoso ainda há de ser o juízo de concessão do pedido, não mais bastando, do ângulo da plausibilidade do direito, o *simples* indício de responsabilidade, exigindo-se que ele seja *fundado* (isto é, robustamente evidenciado). Em contrapartida, não é exigida a *prova* da responsabilidade, eis que essa, de regra, somente virá na ação principal¹⁸.

De um modo mais amplo, pode-se afirmar que todas as medidas cautelares fixadas na Lei de Improbidade Administrativa apresentam caráter autônomo, sujeitando-se ao Código de Processo Civil apenas no que se revelar necessário à sua instrumentalização. Verifique-se, a propósito, além das cautelares patrimoniais de indisponibilidade e seqüestro de bens (arts. 7º e 16), a cautelar de afastamento do exercício do cargo, emprego ou função pública, cujo pressuposto específico é a preservação da instrução processual (art. 20, parágrafo único)¹⁹.

A jurisprudência, contudo, não tem atentado muito bem para essa especificidade, notadamente no que se refere às cautelares patrimoniais da Lei 8.429/1992, porquanto se mostra ainda bastante vaci-

lante quanto à obrigatoriedade ou não de individualização do *periculum in mora*²⁰.

²⁰ Entendeu-se necessária a demonstração de indícios de ocultação ou dilapidação patrimonial nestes julgados: Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial 469366, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 13/05/2003, *DJUI* 02/06/2003, p. 285; Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial 220088, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, j. 02/08/2001, *DJUI* 15/10/2001, p. 255; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento 200101000296754, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, j. 27/10/2006, *DJUI* 13/11/2006, p. 124; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 200501000131044, Rel. Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes, j. 21/06/2005, *DJUI* 01/07/2005, p. 5; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 200601000231525, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, j. 06/04/2004, *DJUI* 07/05/2004, p. 22; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento 9602220155, Rel. Juíza Nizete Antônia Lobato Rodrigues, j. 13/11/1996, *DJUI* 11/11/1997, p. 95371; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 200004011094680, Rel. Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, j. 12/06/2001, *DJUI* 18/07/2001, p. 485; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 200004010342722, Rel. Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, j. 03/08/2000, *DJUI* 11/10/2000; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 199904010953901, Rel. Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, j. 03/02/2000, *DJUI* 17/05/2000, p. 172; Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Pleno, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa 2001.83.00.022867-2, Rel. Desembargador Federal Rivaldo Costa, j. 02/02/2005, *DJUI* 02/03/2005, p. 563; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nona Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 55627353, Rel. Desembargador Osni de Souza, j. 25/10/2006; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Primeira Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 60288754, Rel. Desembargador Francisco Vicente Rossi, j. 11/12/2005; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento 70012435590, Rel. Desembargadora Matilde Chabar Maia, j. 17/11/2005, *DJ09/01/06*; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Apelação Cível 7001160066, Rel. Desembargador Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 11/08/2005, *DJ03/10/2005*; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0148658-2, Rel. Desembargado Troiano Netto, j. 20/04/2004, *DJ10/05/2004*; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento 160423-3, Rel. Juiz Péricles Bellusci de Batista Pereira, j. 15/02/2005, *DJ04/03/2005*.

Nos acórdãos a seguir indicados, entretanto, os tribunais encamparam a doutrina dominante sobre o assunto, considerando prescindível a satisfação do requisito em apreço: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Seção, Mandado de Segurança 9401329516, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 21/02/1995, *DJUI* 10/04/1995, p. 20073; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento 200301000099819, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 26/08/2003, *DJUI* 25/09/2003, p. 52; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento 200201000449522, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 20/05/2003, *DJUI* 17/10/2003, p. 12; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento 200201000419581, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 19/03/2003, *DJUI* 10/04/2003, p. 24; Tribunal Re-

¹⁸ Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa..., cit., p. 418-419. Relembre-se, contudo, que o mencionado jurista filia-se à corrente que propugna ser indispensável a presença de indícios concretos de desfazimento patrimonial para a indisponibilização dos bens do requerido.

¹⁹ Embora entendamos, nesse caso, com apoio na melhor doutrina sobre o assunto, que o art. 21, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 deva ser colmatado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a fim de admitir-se o afastamento cautelar de cargo, emprego ou função pública também na hipótese em que a permanência do agente no exercício de suas atribuições ponha em risco a regularidade da Administração e a integridade do patrimônio público.

4 Conclusão

Urge ter em mente que a percepção da natureza específica do regime jurídico instituído pela Lei 8.429/1992 é vital ao bom êxito do projeto de combate à corrupção idealizado pelo Constituinte de 1988. Nesse contexto, sobrepõem-se as medidas cautelares da Lei de Improbidade Administrativa como instrumentos indispensáveis à efetividade da ação de improbidade.

No caso das medidas cautelares patrimoniais, o *periculum in mora* é presumido pela própria Lei 8.429/1992, em conformidade com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. A indisponibilidade e o seqüestro de bens, portanto, apresentam-se como medidas cuja urgência emana do próprio ordenamento jurídico, pois visam evitar que durante a tramitação do processo os responsáveis se desfaçam de seus bens, assegurando assim a restauração do patrimônio público.

Conforme exposto, é permitido ao legislador ordinário estabelecer medidas cautelares que prescindam

da indicação, no caso concreto, de fatos que revelem o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, porque ao fazê-lo tem ele como meta conferir máxima eficácia ao princípio consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Naturalmente, tal solução precisa revestir-se de um mínimo de razoabilidade; do contrário, a lei padecerá de inconstitucionalidade, por ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Uma vez demonstrado, porém, que há bases justificáveis para a opção legislativa, é legítima a primazia outorgada ao princípio da efetividade da jurisdição.

A improbidade administrativa atinge visceralmente a sociedade; entorpece o sentimento de cidadania; acentua de modo drástico as diferenças sociais, compelindo milhões de pessoas à situação de miséria humana. Por isso, deve submeter-se a regime punitivo rigoroso, dotado inclusive de modernos e eficientes instrumentos processuais para o ressarcimento do dano ao erário.

Nada mais razoável, destarte, que dispensar a penosa tarefa de demonstrar concretamente o *periculum in mora* nas cautelares patrimoniais concernentes à improbidade administrativa; aliás, tratando-se de indisponibilidade de bens, não poderia o legislador ter procedido de outro modo, haja vista que a medida é imposta pelo § 4º do art. 37 da Constituição de 1988.

Dessa forma, o Poder Legislativo exerce a sua função de intérprete primeiro do texto constitucional, concretizando em leis, mediante ponderação de princípios e regras constitucionais, os valores fundamentais da comunidade política.

Esperamos que, em matéria de repressão à improbidade administrativa, esses mesmos valores também sejam almejados e enaltecidos pela jurisprudência, o que sem dúvida representaria um enorme passo em busca do respeito à coisa pública.

gional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento 200302010014284, Rel. Juiz Benedito Gonçalves, j. 29/09/2004, *DJU* 20/10/2004, p. 180; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Sexta Turma, Agravo de Instrumento 200202010044983, Rel. Juiz André Fontes, j. 01/04/2004, *DJU* 08/09/2004, p. 185; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento 200102010386798, Rel. Juiz Sérgio Feltrin Corrêa, j. 26/09/2002, *DJU* 14/11/2002, p. 436; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 9802257974, Rel. Juiz Júlio Martins, j. 07/04/1999, *DJU* 31/08/1999; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 9802335860, Rel. Juiz Júlio Martins, j. 10/03/1999, *DJU* 15/06/1999; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento 200102010386798, Rel. Juiz Arice Amaral, j. 22/08/2000, *DJU* 16/11/2000; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento 199903000003158, Rel. Juíza Cecília Marcondes, j. 20/10/1999, *DJU* 24.11.1999, p. 353; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento 97030135641, Rel. Juiz Célio Benevides, j. 20/10/1999, *DJU* 29/10/1997; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Segunda Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 0525035, Rel. Desembargador Lineu Peinado, j. 12/05/1998; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 6073845, Rel. Desembargador Torres de Carvalho; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Vigésima Primeira Câmara, Apelação Cível 70004062097, Rel. Desembargador Marco Aurélio Hens, j. 19/03/2003; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento 70003548328, Rel. Desembargador Augusto Otávio Stern, j. 14/03/2002; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Quarta Câmara Cível Agravo de Instrumento 3223043, Rel. Desembargadora Regina Afonso Pontes, j. 13/06/2006, *DJ* 28/07/2006; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1202142, Rel. Juiz Airvaldo Stela Alves, j. 26.11.2002, *DJ* 16/12/2002.

Lançamento tributário na Espanha: um estudo comparativo

Paulo Adyr Dias do Amaral*

Como se sabe, a Espanha é notável pela profundidade de seus estudos em direito e processo tributário. O Prólogo que José Juan Ferreiro Lapatza redigiu para a obra *Protección Constitucional de los Contribuyentes* (coletânea — coordenação de Rubén O. Asorey) mostra claramente que os problemas enfrentados, no âmbito da relação Fisco – Contribuinte, são, lá e aqui, basicamente, os mesmos¹.

Foi publicada na Espanha, recentemente, a nova *Ley General Tributaria* (Ley 58, de 17/12/2003), que disciplina instituto análogo ao nosso *lançamento*: liquidación — visto como o ato administrativo que quantifica o tributo (detalhando todos os seus elementos estruturais) e do qual o contribuinte deve ser notificado (art. 102)².

Vê-se que o direito tributário espanhol contempla a figura da *autoliquidación*³, que, a despeito da similitude de denominação, tem efeitos distintos do nosso *autolanzamento*. Fernando Sainz de Bujanda define a *autoliquidación* nos seguintes termos: “un tipo de declaración formulada por el contribuyente en la que este no se limita a comunicar a las entidades gestoras la realización del hecho y los elementos necesarios para que la Administración determine la cuantía de la deuda, sino que lleva a cabo por si misma essa *fijación de la suma debida*, lo que permite proceder al cumplimiento de su prestación tributaria sin tener que esperar a que la administración le notifique ningún acto administrativo de Liquidación” (grifou-se. *Hacienda y Derecho I*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 461).

Chama atenção, na lei, a distinção entre *lançamento provisório* e *lançamento definitivo*⁴. É definitivo o

* Mestre em Direito Tributário – UFMG, Doutorando em Direito Público – UFMG, Diretor de Cursos da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT e Professor nos Cursos de Especialização em Direito Tributário do Centro de Estudos da Área Jurídica Federal – CEAJUFE e da Escola Superior da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – ESPGFN.

¹ Merece destaque o seguinte excerto: “Sin que la necesaria separación entre el legislativo que establece la norma, el ejecutivo que la aplica y el juez que resuelve las controversias sobre tal aplicación llegue a ser percibida con nitidez por el común de unos ciudadanos que ni entienden la orden, en general demasiado complicada y confusa, ni distinguen claramente entre la ley y las numerosas normas reglamentarias y actos de la Administración que han de obedecer, ni confían demasiado en la neutralidad de un aparato judicial que, en definitiva, ‘pertenece’ al aparato estatal que les obliga a pagar. (...) Los autores de este libro insisten repetidamente en la falta de claridad, en el carácter casuístico y prolijo, en los frecuentísimos cambios — a impulsos muchos de ellos de la propaganda o la demagogia —, en la utilización abusiva de conceptos indeterminados, en la atribución abusiva de facultades discrecionales a la Administración y en la proliferación de regímenes diferenciados para la regulación de situaciones similares que caracterizan a nuestros ordenamientos tributarios alejándolos fuertemente de las exigencias de la seguridad” (ASOREY, Rubén O. (director). *Protección Constitucional de Los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 18-20).

² Sección I. Especialidades de los Procedimientos Administrativos en Materia Tributaria.

Subsección I. Fases de los procedimientos tributarios.

(...)

Subsección II. Liquidaciones tributarias.

Artículo 101. Las liquidaciones tributarias: concepto y clases.

1. La liquidación tributaria es el acto resolutorio mediante el cual el órgano competente de la Administración realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la deuda

tributaria o de la cantidad que, en su caso, resulte a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria.

³ La Administración tributaria no estará obligada a ajustar las liquidaciones a los datos consignados por los obligados tributarios en las *autoliquidaciones*, declaraciones, comunicaciones, solicitudes o cualquier otro documento (grifou-se).

⁴ 2. Las liquidaciones tributarias serán provisionales o definitivas.

3. Tendrán la consideración de definitivas:

a. Las practicadas en el procedimiento inspector previa comprobación e investigación de la totalidad de los elementos de la obligación tributaria, salvo lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo.

b. Las demás a las que la normativa tributaria otorgue tal carácter.

4. En los demás casos, las liquidaciones tributarias tendrán el carácter de provisionales.

Podrán dictarse liquidaciones provisionales en el procedimiento de inspección en los siguientes supuestos:

a. Cuando alguno de los elementos de la obligación tributaria se determine en función de los correspondientes a otras obligaciones que no hubieran sido comprobadas, que hubieran sido regularizadas mediante liquidación provisional o mediante liquidación definitiva que no fuera firme, o cuando existan elementos de la obligación tributaria cuya comprobación con carácter definitivo no hubiera sido posible durante el procedimiento, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

b. Cuando proceda formular distintas propuestas de liquidación en relación con una misma obligación tributaria. Se entenderá que concurre esta circunstancia cuando el acuerdo al que se refiere el artículo 155 de esta Ley no incluya todos los elementos de la obligación tributaria, cuando la conformidad del obligado no se refiera a toda la propuesta de regulariza-

lançamento se precedido de procedimento de fiscalização (salvo exceções do item 4 do art. 101). Nos demais casos, o lançamento se considera provisório.

Esclarece Lapatza: “Las liquidaciones realizadas por el contribuyentes son sempre provisionales. La Administración, dentro del procedimiento liquidatorio, puede sempre, cuando constate su inexactitud, realizar las oportunas retificaciones” (Lapatza, Jose Juan Ferreiro. *Curso de Derecho Financiero Español*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 1990, p. 648).

Na edição mais recente de sua obra, aduziu: “la liquidación será provisional ‘cuando alguno de los elementos de la obligación tributaria se determine em función de los correspondientes a otras obligaciones que no hubieran sido comprobadas’. El carácter definitivo de una liquidación supone, por el contrario, su inmodificabilidad general por medios ordinarios; de tal forma que si la Administración quiere modiciar una liquidación definitiva tiene que acudir a los procedimientos especiales de revisión (nulidad, revocación etc.)”⁵.

Daí se infere que a *autoliquidación* é provisória. Tem natureza de etapa preparatória. Por isso, difere do nosso *autolancamento*. *Autoliquidación* é ato tendente a originar uma *liquidación* definitiva — levada a efeito pela Administração, ao passo que, no Brasil, o *autolancamento* deságua em *homologação do pagamento*. Esse aspecto é revelado pelo item 2 do art. 120 da LGT: “Las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios podrán ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, *que practicará, en su caso, la liquidación que proceda*” (grifou-se).

Autolancamento pressupõe pagamento da obrigação — art. 150 do Código Tributário Nacional. A *autoliquidación* não tem o pagamento como pressuposto, haja vista que o ato administrativo definitivo ainda está por vir.

Autolancamento → homologação de pagamento. A lei espanhola não dá esse passo. Corroboram essa conclusão os seguintes comentários de Sainz de Bujanda acerca da *autoliquidación*: “En estos casos la declaración-liquidación se presenta ante la Adminis-

ción, cuando se realice una comprobación de valor y no sea el objeto único de la regularización y en el resto de supuestos que estén previstos reglamentariamente.

⁵ *Derecho Tributario: Parte General*. Vol. II. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 159.

tración y ante ella se efectúa el correspondiente ingreso, limitándose esta última a desarrollar una actividade de caja, en tanto admite el ingreso sin prejuzgar la cuantía de la obligación tributaria respecto de la cual no existe pronunciamiento alguno, ni expreso, ni tácito, ni presunto” (grifou-se. *Op. cit.*, p. 463). Daí se infere a inexistência da figura da *homologação do pagamento*, porquanto o ato de homologar pressupõe o exercício de certo juízo, de certa valoração por parte da Administração — o que não ocorre no ordenamento espanhol.

Pelo disposto no art. 102, item 3, da LGT, cada vez que a Administração concluir que o crédito tributário supera o montante declarado pelo contribuinte, este deverá ser notificado⁶.

A definição legal de *autoliquidación* e sua respectiva disciplina estão no art. 120 da LGT⁷. Esse preceito é comentado por Lapatza: “Como ya hemos dicho, quan-

⁶ Artículo 102. Notificación de las liquidaciones tributarias.

1. Las liquidaciones deberán ser notificadas a los obligados tributarios en los términos previstos en la sección III del capítulo II del título III de esta Ley.

2. Las liquidaciones se notificarán con expresión de:

- a. La identificación del obligado tributario.
- b. Los elementos determinantes de la cuantía de la deuda tributaria.
- c. La motivación de las mismas cuando no se ajusten a los datos consignados por el obligado tributario o a la aplicación o interpretación de la normativa realizada por el mismo, con expresión de los hechos y elementos esenciales que las originen, así como de los fundamentos de derecho.
- d. Los medios de impugnación que puedan ser ejercidos, órgano ante el que hayan de presentarse y plazo para su interposición.
- e. El lugar, plazo y forma en que debe ser satisfecha la deuda tributaria.
- f. Su carácter de provisional o definitiva.

3. En los tributos de cobro periódico por recibo, una vez notificada la liquidación correspondiente al alta en el respectivo registro, padrón o matrícula, podrán notificarse colectivamente las sucesivas liquidaciones mediante edictos que así lo adviertan.

El aumento de base imponible sobre la resultante de las declaraciones deberá notificarse al contribuyente con expresión concreta de los hechos y elementos adicionales que lo motiven, excepto cuando la modificación provenga de revalorizaciones de carácter general autorizadas por las Leyes.

4. Reglamentariamente podrán establecerse los supuestos en los que no será preceptiva la notificación expresa, siempre que la Administración así lo advierta por escrito al obligado tributario o a su representante (grifou-se).

⁷ Artículo 120. Autoliquidaciones.

1. Las autoliquidaciones son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y *cuantificación* necesarias para determinar e ingresar el importe

do es el contribuyente el que liquida el tributo *no existe un acto administrativo de liquidación*. Evidentemente, tal acto no existe en el caso en que la liquidación y pago del impuesto se efectúen sin intervención alguna de la Administración (...). Tampoco existe, creemos, en el caso de las autoliquidaciones” (grifou-se. Lapatza, José Juan Ferreiro. *Curso de Derecho Financiero Español. Vol. II: Derecho Tributario: Parte General*. 24. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 161).

Diante de seu carácter ontologicamente provisorio, a lei contempla a possibilidade de retificação — cf. art. 120.3⁸. Embora não exista, em tais casos, a figura da lide propriamente dita, admite-se a possibilidade de inconformismo do contribuinte com a *liquidación* por ele mesmo procedida, nada havendo de estranho ou esdrúxulo em tal situação. A propósito, acrescenta Lapatza: “Con la regulamentación de este procedimiento se soluciona el problema que se plantea cuando el interesado no está conforme con la autoliquidación por él presentada teniendo en cuenta que la autoliquidación no es un acto administrativo y, en consecuencia, no puede ser impugnada a través de los recursos y reclamaciones previstos en la ley”⁹.

A lei espanhola também prevê figura análoga ao nosso *lançamento por declaração: Procedimiento iniciado mediante declaración* — por meio do qual o contri-

buinte manifesta o acontecimento do fato imponible e comunica à Administração os dados necessários para a quantificação do tributo¹⁰. A partir de então, a Fazenda Pública dá início a um *lançamento provisório*. Poderá, nessa ordem de idéias, notificar o obrigado para que esclareça dados de sua declaração ou apresente a correspondente justificativa, ou, ainda, deflagre procedimentos de comprovação de valores¹¹. Somente a partir daí ocorre o chamado *lançamento definitivo* — do qual o contribuinte é notificado¹². E, mesmo assim, fica res-

¹⁰ Sección II. Procedimientos de Gestión Tributaria. Artículo 123. Procedimientos de gestión tributaria.

1. Son procedimientos de gestión tributaria, entre otros, los siguientes:

- a. El procedimiento de devolución iniciado mediante autoliquidación, solicitud o comunicación de datos.
- b. *El procedimiento iniciado mediante declaración.*
- c. El procedimiento de verificación de datos.
- d. El procedimiento de comprobación de valores.
- e. El procedimiento de comprobación limitada.

2. Reglamentariamente se podrán regular otros procedimientos de gestión tributaria a los que serán de aplicación, en todo caso, las normas establecidas en el capítulo II de este título.

Subsección II. Procedimiento iniciado mediante declaración.

Artículo 128. Iniciación del procedimiento de gestión tributaria mediante declaración.

1. Cuando la normativa del tributo así lo establezca, la gestión del mismo se iniciará mediante la presentación de una declaración por el obligado tributario en la que manifieste la realización del hecho imponible y comunique los datos necesarios para que la Administración cuantifique la obligación tributaria mediante la práctica de una liquidación provisional.

2. La Administración tributaria podrá iniciar de nuevo este procedimiento para la liquidación del tributo dentro del plazo de prescripción cuando el procedimiento iniciado mediante declaración hubiera terminado por caducidad.

Artículo 129. Tramitación del procedimiento iniciado mediante declaración.

1. La Administración tributaria deberá notificar la liquidación en un plazo de seis meses desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la declaración o desde el siguiente a la comunicación de la Administración por la que se inicie el procedimiento en el supuesto al que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

En el supuesto de presentación de declaraciones extemporáneas, el plazo de seis meses para notificar la liquidación comenzará a contarse desde el día siguiente a la presentación de la declaración. La normativa de cada tributo podrá señalar plazos diferentes para notificar la liquidación.

¹¹ 2. A efectos de lo previsto en el apartado anterior, la Administración tributaria podrá utilizar los datos consignados por el obligado tributario en su declaración o cualquier otro que obre en su poder, podrá requerir al obligado para que aclare los datos consignados en su declaración o presente justificante de los mismos y podrá realizar actuaciones de comprobación de valores.

¹² 3. Realizadas las actuaciones de calificación y cuantificación oportunas, la Administración tributaria notificará, sin más trámite, la liquidación que proceda, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente.

de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar.

2. Las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios podrán ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, que practicará, en su caso, la liquidación que proceda (grifou-se).

⁸ 3. Cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la *rectificación* de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente.

Cuando la rectificación de una autoliquidación origine una devolución derivada de la normativa del tributo y hubieran transcurrido seis meses sin que se hubiera ordenado el pago por causa imputable a la Administración tributaria, ésta abonará el interés de demora del artículo 26 de esta Ley sobre el importe de la devolución que proceda, sin necesidad de que el obligado lo solicite.

A estos efectos, el plazo de seis meses comenzará a contarse a partir de la finalización del plazo para la presentación de la autoliquidación o, si éste hubiese concluido, a partir de la presentación de la solicitud de rectificación.

Cuando la rectificación de una autoliquidación origine la devolución de un ingreso indebido, la Administración tributaria abonará el interés de demora en los términos señalados en el apartado 2 del artículo 32 de esta Ley (grifou-se).

⁹ *Op. cit.*, p. 169.

salvada a possibilidade de discussão se houver discrepância entre os dados do Fisco e aqueles informados pelo contribuinte — que será previamente notificado do lançamento (agora “definitivo”), com a devida motivação, garantindo-se-lhe o exercício do contraditório e ampla defesa¹³.

Mas em nenhum momento a *Ley General Tributaria* equipara *lançamento por declaración* (*procedimiento iniciado mediante declaración*) a *autoliquidación* (*autoliquidación*), como aqui tem ocorrido. Ao contrário, distingue bem essas duas figuras. Na *autoliquidación*, o administrado declara o *quantum debeatur*. No *procedimiento iniciado mediante declaración*, o contribuinte informa dados, fatos e elementos para que o Estado quantifique o tributo. Ambas preparam terreno para o ato final. A *autoliquidación*, longe de resultar simplesmente em *homologação de pagamento*, servirá de base para o lançamento definitivo — procedido pela Administração¹⁴. Embora o administrado preste infor-

mações, a Fazenda Pública não se exime do ato administrativo de lançamento — do qual o sujeito passivo é notificado sempre que houver qualquer “*aumento de base imponible sobre las resultantes de las declaraciones*” — item 3 do art. 102, abrindo-se-lhe a oportunidade de impugnação¹⁵. A execução imediata, mediante supressão da fase contenciosa administrativa, apenas porque o sujeito passivo prestou declarações, seria ofensiva ao sistema. É exatamente o que afirma, em expressivas palavras, Josnelly Prieto Garcia, reportando-se à lei espanhola:

Consideremos que, en todos los casos, incluso en aquellos en que la administración conoce el importe de la deuda, porque el particular declaró pero no ingresó, ya dentro o fuera del plazo, es necesario que antes de la expedición del título ejecutivo se dicte un acto administrativo de liquidación, basado en el principio de que la autotutela ejecutiva de

¹³ Cuando se hayan realizado actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo y los datos o valores tenidos en cuenta por la Administración tributaria no se correspondan con los consignados por el obligado en su declaración, deberá hacerse mención expresa de esta circunstancia en la propuesta de liquidación, que deberá notificarse, con una referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho que la motiven, para que el obligado tributario alegue lo que convenga a su derecho. En las liquidaciones que se dicten en este procedimiento no se exigirán intereses de demora desde la presentación de la declaración hasta la finalización del plazo para el pago en periodo voluntario, sin perjuicio de la sanción que pueda proceder de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 de esta Ley.

Artículo 130. Terminación del procedimiento iniciado mediante declaración.

El procedimiento iniciado mediante declaración presentada por el obligado tributario terminará por alguna de las siguientes causas:

- a. Por liquidación provisional practicada por la Administración tributaria.
- b. Por caducidad, una vez transcurrido el plazo previsto en el apartado 1 del artículo anterior sin haberse notificado la liquidación, sin perjuicio de que la Administración tributaria pueda iniciar de nuevo este procedimiento dentro del plazo de prescripción.

¹⁴ Até porque não há homologação alguma, seja expressa ou tácita, como esclarece Lapatza: “Pero creemos, con Gota Losada, y como ya hemos dicho, que en estos casos la Administración no realiza ningún acto de liquidación. Realiza, simplemente, con relación a la cantidad ingresada, una actividad de caja. De modo expreso admite el ingreso sin prejuzgar la cuantía de la obligación tributaria respecto de la cual no existe pronunciamiento alguno ni tácito ni presunto. Y como ya asimismo dicho, tanto las declaraciones como las autoliquidaciones podrán ser comprobadas por la Administración que (art. 120 L.G.T.) ‘practicará, en su caso, la liquidación que proceda’” (LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Curso de Derecho Financiero Español. Vol. II: Derecho Tributario: Parte General*. 24. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 161).

¹⁵ A essa mesma conclusão chegou Estevão Horvath, em sua conhecida tese de doutoramento, defendida na Espanha:

“Justamente por tratar-se de um dever que o particular cumpre e que se traduz em uma forma de colaboração com a Administração tributária em sua função lançadora, as garantias devidas ao sujeito obrigado a ‘autoliquidar’ devem ser redobradas. Dever-se-á levar em conta que o particular estará realizando operações que, em princípio deveriam estar reservadas à Administração, que, ao menos em teoria, tem os meios pessoais e estruturais especializados para essa tarefa.

O particular pratica aquelas operações e as apresenta ao Fisco sob a forma de uma declaração-liquidação ou materializadas no pagamento diretamente, mas sempre corre o risco de equivocarse e cometer erros, sejam de fato ou de direito. Para assegurar-se de que o particular não seja prejudicado em sua atividade de colaboração, é mister ampliar ao máximo as possibilidades de retificação ou impugnação de sua autoliquidação, além de ser preciso que a Administração se organize devidamente com o fim de auxiliar o contribuinte em sua tarefa, administrando-lhe toda a informação para o bom cumprimento do dever.

(...)

Ao autoliquidar, o sujeito passivo estará aplicando o Direito ao caso concreto, desde o instante em que recolhe os fatos por ele realizados, os subsume na norma tributária correspondente para verificar se são fatos impositivos ou não, até o momento em que passa a quantificar sua dívida, aplicando a alíquota à base de cálculo em uma atividade que, materialmente, é idêntica àquela que a Administração realiza.

Contudo, a quantia à que chega o sujeito passivo é uma mera proposta de liquidação, porque o único ato liquidatório com caráter definitivo é o emitido pela Administração. Tal proposta se confundirá com a liquidação administrativa no momento em que, transcorrido o prazo para lançar, a Administração se mantém inerte, equiparando-se isso a um ato de liquidação tácito que, a rigor, confirma a ‘liquidação’ feita pelo sujeito passivo” (HORVATH, Estevão. *La Autoliquidación Tributaria*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade Autónoma de Madrid, 1990-1991, p. 250-252 apud BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, p. 835).

la Administración solo puede aplicarse para ejecutar actos administrativos de tal forma que, *sin acto de liquidación no existe materia para la ejecución.*

(...)

El título ejecutivo constituye el requisito de carácter formal para llevar a cabo la recaudación ejecutiva. El carácter de presupuesto formal se deriva del hecho de que no afecta las circunstancias de la obligación tributaria, sino que se limita a recoger de las mismas, particularmente los presupuestos materiales de la ejecución administrativa que ponen de manifiesto la ejecutoriedad de la deuda

(grifou-se)¹⁶.

A presunção de liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa – CDA, por si só (sem amparar-se em lançamento tributário válido), não tem o condão de legitimar a execução fiscal. Essa é a idéia que encontra viva ressonância nas palavras do mesmo Prieto Garcia: “Atendiendo a todos los argumentos planteados, afirmamos que en todos los supuestos resulta necesario un acto administrativo para proceder a la recaudación ejecutiva. Consideramos que *dicho requisito no puede entenderse cubierto con la certificación de descubierto* ya que dicho acto no tiene como misión liquidar la deuda, sino declarar la concurrencia de los presupuestos necesarios para recaudación ejecutiva, uno de los cuales es la liquidación previa de la deuda a través de un acto administrativo” (*op. cit.*).

Nessa ordem de idéias, assevera Lapatza: “Por el contrario, cuando la aplicación del tributo se inicia por la declaración es siempre necesaria una actuación administrativa posterior que la L.G.T. regula básicamente en sus artículos 128 a 130...”¹⁷.

Mesmo na hipótese levantada por Estevão Horvath (*vide* nota 16), em que a *autoliquidación* provisória se converte, tacitamente, em definitiva, por inércia da Administração, a distinção entre a *autoliquidación* espanhola e o *autolanzamiento* brasileiro é evidente. A conversão de um lançamento provisório em definitivo é algo substancialmente diverso da chamada *homologação tácita de pagamento* que se opera em nosso sistema. Con-

forme explicam Ayala e Becerril, ocorre “la conversión de la autoliquidación en liquidación definitiva por entender la Administración su perfecto ajuste conforme a las normas tributarias; o bien, esta autoliquidación, en otros casos, será sustituida, si no es conforme, por una liquidación de la Administración ya con carácter de definitiva”¹⁸.

E a distinção é clara: ao contrário do que ocorre aqui, a lei espanhola não atribui à *autoliquidación* a qualidade de *ato administrativo* (mas de simples ato de colaboração). Por isso mesmo, não poderia tal figura ensejar diretamente a execução forçada. A doutrina corrobora tal conclusão (cf. Prieto Garcia, bem como Ayala e Becerril)¹⁹.

¹⁸ AYALA, Jose Luis Perez de et BECERRIL, Miguel Perez de Ayala. *Fundamentos de Derecho Tributario*. 6. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 2004, p. 167.

¹⁹ Prieto Garcia, a esse propósito, aponta: “la unanimidad que actualmente existe sobre la consideración de la autoliquidación como acto del administrado con peculiares efectos en el seno del procedimiento de gestión *pero del cual no pueden predicarse las características propias del acto administrativo...* (...) Conforme a la doctrina jurisprudencial internacional, *las autoliquidaciones no son actos administrativos* ni, por tanto, liquidaciones provisionales, al no poderse dotar a los ciudadanos de competencia para dictar actos de esta naturaleza, sino que serán actos de los administrados impuestos por Ley, considerados actos de colaboración. (...) Además de las premisas metodológicas anteriores puede tomarse como punto de partida la unánime consideración doctrinal y jurisprudencial de la autoliquidación como un *acto del particular con relevancia jurídico administrativa*, dato que puesto en conexión con el acto administrativo que declara el derecho de la Administración que constituye presupuesto esencial legitimador del recurso al procedimiento de apremio, lo que contradice el mandato a favor de la ejecutoriedad de la autoliquidación. (...) El rechazo vendrá de la consideración de que *la liquidación es un acto administrativo típicamente decisorio, que obliga a su inmediato cumplimiento; lo que no acontece con la autoliquidación, que es un acto debido del administrado*, que en ningún caso exonera a la administración tributaria del poder-deber de practicar la liquidación, como tampoco participa de la naturaleza propia del acto administrativo que incorpora una manifestación de voluntad, constituyendo únicamente una actividad lógica que sirve al cumplimiento de la obligación impuesta por Ley” (grifou-se. *Op. cit.*).

Perez de Ayala e Becerril, comentando o art. 120 da *Ley General Tributaria*, seguem na mesma esteira: “Respecto a su naturaleza jurídica, la doctrina duda acerca de su configuración como auténtica liquidación, en cuanto que por su contenido y efectos determina la exigibilidad del crédito tributario (aunque de una manera provisional), o como mero acto del sujeto pasivo, que no puede ser encuadrado como una auténtica liquidación, por cuanto que no existe como tal un acto de la Administración. En todo caso, su contenido y efectos son similares a los establecidos para las liquidaciones provisionales giradas por la Administración; únicamente, al excluirse totalmente de la autoliquidación actuación administrativa, no será admisible en ningún caso su impugnación

¹⁶ *Las deudas autoliquidables frente al procedimiento ejecutivo*. Disponível em: <<http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/ponencias/trabajos%20penjur/PENJURIIjosnelly.doc>>. Acesso em 15/05/2006.

¹⁷ LAPATZA, José Juan Ferreiro. *La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 210.

Na Espanha, uma vez operada a conversão da *autoliquidación* em lançamento definitivo, subsiste, como regra geral, obrigação de notificação do contribuinte. É o que se infere da *Ley 1, de 26/02/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*. O art. 3º trata dos *derechos generales de los contribuyentes*, dispondo, na alínea a: “Derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias acerca del contenido y alcance de las mismas”. O art. 32, por sua vez, acrescenta: “La derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria al responsable requerirá la notificación al mismo del acto en el que, previa audiencia al interesado, se declare su responsabilidad y se determine el alcance de ésta”. A falta da notificação expressa é algo excepcional no sistema espanhol, a depender de prévia advertência da Administração ao obrigado tributário ou seu representante, como se infere do art. 102, item 4, da *Ley General Tributaria*.

Encerrado o período para o pagamento voluntário da obrigação tributária, tem início o *procedimiento de apremio* (momento inicial da execução), que pressupõe, necessariamente, a expedição do título executivo pela Administração (o próprio ato administrativo em

si²⁰). É o que se infere do art. 161²¹. Uma ilação se pode extrair: se o título executivo é o ato administrativo, esse ato, na execução fiscal, não pode ser outro senão o lançamento — pois é ele que identifica o fato jurígeno e quantifica a dívida. Isso significa que a presunção de

²⁰ Eduardo García de Enterría esclarece: “Pois bem, o título da execução forçada administrativa é sempre, justamente, um ato administrativo (uma decisão que sirva de fundamento jurídico à execução, art. 100, LPA) e mais concretamente um ato administrativo formal, do qual resulte uma obrigação precisa para um ou vários destinatários distintos da Administração autora do ato e que vai converter-se em executora do mesmo ante o não cumprimento de tal obrigação. Não há, pois, execução forçada de regulamentos, embora possa havê-la, eventualmente, dos atos aplicados que neles se originem. Exatamente o mesmo acontece com os contratos, cujas obrigações resultarão executáveis mediante um prévio ato administrativo de aplicação.

O ato administrativo há de fixar, pois, uma obrigação — como antes estabelecemos — e esta obrigação deve ter resultado não cumprida para que possa impor-se sua execução forçada. A obrigação há de estar, pois, vencida ou em ‘dívida ativa’ (é a terminologia relativa à execução forçada das dívidas de quantidade: arts. 129, LGT, e 94 e 101 do Regulamento Geral de Arrecadação de 14/11/1968, RGR), e assim haverá de determiná-la um ato administrativo de procedimento, o qual supõe que o obrigado, tem conhecido o ato mediante sua notificação formal; e, segundo, que tem disposto de um tempo para o cumprimento voluntário. Ainda mais, o procedimento de execução forçada inicia-se justamente dando uma nova oportunidade para que o obrigado cumpra por si mesmo, uma ‘advertência prévia’, como diz o art. 102, LPA, a intimação última de que, caso de persistir em resistir a obrigação, tal resistência recalcitrante será quebrantada coativamente (e, ademais, deverá arcar com as custas da execução)” (grifou-se. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 691-2).

²¹ Artículo 161. Recaudación en periodo ejecutivo.

1. El periodo ejecutivo se inicia:
 - a) En el caso de deudas liquidadas por la Administración tributaria, el día siguiente al del vencimiento del plazo establecido para su ingreso en el artículo 62 de esta Ley.
 - b) En el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si éste ya hubiere concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación.
2. La presentación de una solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario impedirá el inicio del periodo ejecutivo durante la tramitación de dichos expedientes. La interposición de un recurso o reclamación en tiempo y forma contra una sanción impedirá el inicio del periodo ejecutivo hasta que la sanción sea firme en vía administrativa y haya finalizado el plazo para el ingreso voluntario del pago.
3. Iniciado el periodo ejecutivo, la Administración tributaria efectuará la recaudación de las deudas liquidadas o autoliquidadas a las que se refiere el apartado 1 de este artículo por el *procedimiento de apremio sobre el patrimonio del obligado* al pago.
4. El inicio del periodo ejecutivo determinará la exigencia de los intereses de demora y de los recargos del periodo ejecutivo en los términos de los artículos 26 y 28 de esta Ley y, en su caso, de las costas del procedimiento de apremio (grifou-se).

por el sujeto pasivo, a expensas por supuesto de su convalidación por parte de la propia Administración.

Como ya hemos apuntado, contra estas autoliquidaciones, se establece la posibilidad de que la propia Administración gire las denominadas liquidaciones complementarias derivadas del procedimiento de verificación de datos, que si bien su función, según la ley, debe ceñirse a la corrección de errores materiales y de hecho, actualmente han pasado a servir de instrumento por el que se revocan y aumentan las autoliquidaciones por razones de calificación jurídica. Contra estas liquidaciones, ya sí, al ser actos administrativos, podrá reclamarse por el sujeto pasivo” (*op. cit.*, p. 167-8).

certeza e liquidez de que goza a Certidão de Dívida Ativa somente subsiste se esta CDA se ampara no regular lançamento tributário — que é, ontologicamente, ato administrativo (e não ato do particular).

Perez de Ayala e Becerril se reportam à jurisprudência do Tribunal Supremo para apontar os pressupostos do *procedimiento de apremio*, entre os quais está a *notificación al interesado*²². Com efeito, a consulta aos Acórdãos daquela Corte revela nitidamente a imprescindibilidade da *notificação*, o que pode ser exemplificado pela seguinte Ementa:

Núm. 3.876. Sentencia de 30 de diciembre de 1991

Ponente: Excmo. Sr. don José Luis Martín Herrero.

Procedimiento: Ordinario. Apelación.

Materia: Tributos. Impuestos de Transmisiones Patrimoniales. *Notificación de liquidación*.

Providencia de apremio. Impugnación. Cesión de solar a cambio de metros construidos. Sujeción.

Normas Aplicadas: Art. 94 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968; art. 45 de la Ley General Tributaria.

Doctrina : Entre los motivos de la impugnación de la providencia de apremio se incluye la *falta de notificación de la liquidación que la determina*, que no puede ser sustituida por la simple inclusión del nombre de uno de los sujetos pasivos en la liquidación y la notificación de ésta a uno solo de los dos a cuyo cargo figura. (...).

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha pronunciado la presente sentencia en el recurso de apelación

²²La jurisprudencia ha ratificado que para que se inicie el procedimiento de apremio es necesaria la providencia de apremio y su *notificación al interesado*. El Tribunal Supremo — además — ha venido a entender en numerosas ocasiones que es necesario — para el apremio — no sólo que no se haya saldado la deuda en el período voluntario, sino que incluso no se haya hecho antes de la notificación de la providencia. Así, por todas, la sentencia de 23 de enero de 1989 establece que “es manifiesto que éste — el apremio — es improcedente cuando la deuda tributaria se ha satisfecho voluntariamente incluso después de transcurrido el plazo para ello. El procedimiento de apremio no tiene otra finalidad que la de lograr el *ingreso coactivo* de los débitos de la Hacienda Pública, y por tanto establecer su procedencia en el caso de que se hubiese realizado el pago, aunque de una manera posterior; vulneraría esta finalidad”. Esta interpretación la viene a ratificar el devengo del artículo 27 L.G.T. ya estudiado, y del artículo 28 (*vid. infra*) para el supuesto de ingreso de la deuda una vez finalizado el período voluntario pero no, todavía, notificada la providencia de apremio (*op. cit.*, p. 219).

interpuesto por don Pedro Francisco y doña María Rosa contra la Sentencia dictada con fecha 22 de septiembre de 1989 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso núm. 563 al que se acumuló el 933, ambos del año 1988 (grifou-se).

Do corpo do Acórdão extrai-se o seguinte trecho:

Tercero: Los defectos mencionados en el razonamiento que antecede producen la *nulidad del apremio*, por aplicación de lo dispuesto en el art. 95.4, d), del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, que incluye entre los motivos de impugnación de la providencia de apremio la *falta de notificación* reglamentaria de la liquidación, notificación omitida en el presente caso, que no puede ser sustituida por la simple inclusión del nombre de uno de los sujetos pasivos en la liquidación y la notificación de ésta a uno sólo de los dos a cuyo cargo fue girada. No habiéndolo entendido así ni el Tribunal Económico-Administrativo de Ciudad Real ni la sentencia apelada, procede revocar ésta en este punto concreto y anular tanto la resolución del Tribunal Económico-Administrativo como todas las actuaciones seguidas a partir de la *liquidación apremiada, la cual deberá de ser notificada en período voluntario a los sujetos pasivos*.

(...)

Octavo: Como conclusión de todo lo razonado debe de confirmarse la sentencia apelada en cuanto declaró ajustada a Derecho la liquidación referencia T-000164, así como la resolución del Tribunal Económico-Administrativo que la confirmó, revocándose en cambio dicha sentencia en cuanto confirmó la resolución que había declarado ajustada a Derecho la *providencia de apremio, cuya providencia se declara nula* (grifou-se).

E da conclusão destaca-se:

3.º Estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Pedro Francisco y doña María Rosa contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo de Ciudad Real, de fecha 29 de febrero de 1988, en la reclamación núm. 396 de 1986, cuya resolución se anula, en cuanto declaró ajustada a Derecho la providencia de apremio recaída respecto de la liquidación referencia T 0001164, cuya *providencia también se anula, debiendo de procederse a notificar a los dos sujetos pasivos la liquidación mencionada para su pago en período voluntario* (grifou-se).

Outro aspecto que o Direito aplicado espanhol preza sobremaneira é o respeito ao chamado *período*

voluntario. Não se dá início à execução forçada sem que o obrigado tenha tido, previamente, a oportunidade de cumprir voluntariamente a obrigação tributária. É o que se ilustra pela seguinte Ementa:

Id. Cendoj: 28079130022005100558

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 2

N. de Recurso: 6297/2000

N. de Resolución:

Fecha de Resolución: 28/10/2005

Procedimiento: Contencioso

Ponente: Juan Gonzalo Martinez Mico

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUTOS. RECAUDACION. PROCEDIMIENTO DE APREMIO. Inicio del período ejecutivo: apertura de procedimiento de apremio sin notificar expresamente al administrado el fin de la suspensión y la apertura de un plazo para el pago voluntario. Estimada la reclamación interpuesta frente a una liquidación cuya ejecución se encontraba suspendida y que después fue anulada, no puede producirse automáticamente el apremio, sino que es necesario *que el órgano de gestión la notifique expresamente al interesado*, advirtiéndole que ha quedado sin efecto la suspensión y *señalando plazo para el ingreso en período voluntario*. Apremio improcedente.

A fundamentação do Acórdão mostra que a *notificação*, mais que mero procedimento, chega a ser quase “principio jurídico”:

Cuarto.— La cuestión que se plantea es si la Administración Tributaria puede iniciar el procedimiento de apremio, — tras la suspensión de la ejecutividad de la liquidación impugnada del canon y su anulación en primera instancia económico-administrativa, con posterior confirmación de la liquidación inicial practicada por el TEAC en alzada — sin notificar expresamente al administrado el fin de la suspensión y la apertura de un plazo para el pago voluntario. Se trata, en definitiva, de determinar si la Administración puede acudir a la vía de apremio automáticamente tras la confirmación, en última instancia administrativa, de una liquidación cuya ejecutividad ha estado provisionalmente suspendida, y eso sin tener que realizar ninguna notificación al administrado, que se considera que debe pagar voluntariamente al recibir la notificación de la resolución que agota la vía administrativa confirmatoria

de aquella liquidación (notificación que en este caso había sido recurrida en sede jurisdiccional).

Piénsese en que la Administración Tributaria de que se trate conoce cuándo se le notifican a ella las resoluciones de los Tribunales económico-administrativos o las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción, pero no tiene por qué saber cuando aquellas resoluciones o sentencias han sido notificadas al obligado al pago, por lo que no hay un término cierto con el que pueda operar para comenzar a computar el inicio del plazo de pago voluntario.

Por otro lado, el tiempo transcurrido durante la suspensión determina el devengo de los intereses correspondientes cuyo pago precisa inevitablemente una nueva liquidación por tal concepto, que *ha de ser notificada al obligado a su pago, previamente a la iniciación del procedimiento de apremio*.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, estimada la reclamación o recurso frente a una liquidación anulada cuya ejecución había sido suspendida, no puede producirse automáticamente el apremio sino que es necesario *que el órgano de gestión notifique expresamente al interesado advirtiéndole que ha quedado sin efecto la suspensión y señalando plazo para el ingreso en período voluntario*. En consecuencia, el órgano de gestión, una vez recibidas las actuaciones ejecutivas del órgano que hubiera resuelto el recurso, *tendrá que dirigir necesariamente una notificación expresa al interesado en ejecución de lo resuelto, advirtiéndole que ha quedado sin efecto la suspensión, señalando plazo para el ingreso en período voluntario y apercibiéndole del apremio y ejecución de la garantía si no se produce tal ingreso. De no cumplirse todos estos requisitos, el apremio será nulo, porque sin advertencia de que ha quedado sin efecto la suspensión, ni señalamiento de plazo para el ingreso en período voluntario, se sitúa al contribuyente en total indefensión*. (...)

La solución que aquí se adopta es la que, en el plano de la equidad, han venido aplicando los Tribunales de Justicia y es la que ha sido adoptada por el Legislador en la reforma que el Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo, ha introducido en el art. 20.8 del Reglamento General de Recaudación *Es, pues, obligado que el órgano de gestión conceda expresamente al interesado en estos casos un plazo para el ingreso de la deuda en período voluntario*.

(...)

(Grifou-se.)

Eduardo Garcia de Enterría detalha a seqüência das etapas, asseverando que a execução forçada do ato administrativo requer:

- a) que este tenha sido ditado;
- b) em matéria da competência administrativa (não, por exemplo, em matéria da competência dos tribunais ordinários);
- c) seguindo o procedimento legalmente estabelecido;
- d) que dele resulte uma pessoa singular obrigada a realizar um determinado e preciso comportamento;
- e) que tenha sido outorgada uma possibilidade de cumprimento voluntário ao obrigado e que tal cumprimento não se tenha produzido;
- f) que o meio executivo que se põe em aplicação seja legal em seu objeto, em seu alcance e em seu procedimento.

E assevera: “Sai aqui, pois, um conjunto completo de requisitos e de limites, perfeitamente claros”²³. Por fim, deixa claro que a notificação da *liquidación* é medida imprescindível para o início da execução forçada²⁴.

Enfim, a legislação espanhola é elogiável pela sua precisão, clareza e sistematicidade ao tratar das etapas que antecedem e sucedem o ato administrativo de lançamento. Não se pretende, com isso, sustentar que as relações entre Fisco e contribuinte sejam tranquilas e pacíficas. Ao contrário, em todo o mundo, as tensões entre Fazenda Pública e administrados são constantes. E o nível de litigiosidade, também na Espanha, é elevado²⁵. Mas seus diplomas básicos obstam, de forma

eficiente, o surgimento de figuras esdrúxulas — impeditivas do exercício do contraditório e da ampla defesa pelos administrados.

Considerações Finais

Pelas razões expostas, chega-se às seguintes conclusões:

a) todo lançamento é de ofício — art. 142 do Código Tributário. Essa é a única espécie possível. Pode ele se basear em informações prestadas pelo contribuinte (ex.: imposto de renda) ou em anotações já constantes do Banco de Dados da Fazenda Pública (ex.: IPTU);

b) a cada vez que, na relação jurídica de direito material, houver controvérsia, deve haver a garantia do contraditório no campo processual (administrativo e judicial);

c) o que torna o crédito tributário “*não contencioso*” não é a supressão arbitrária do processo administrativo (mas a inexistência de controvérsia na relação jurídica de direito material);

d) claro é que, inexistindo controvérsia na relação jurídica de direito material, não haverá razão para o contraditório no campo processual — numa tal hipótese, o contraditório não teria objeto;

e) não obstante, deve-se assegurar ao contribuinte a oportunidade de retificação de seus *atos de colaboração* (como, *v.g.*, a *autoliquidación* espanhola);

f) é necessário investigar se a figura do *crédito tributário não contencioso* existe no Direito Comparado (ou se é produto da criatividade brasileira). Ao menos na Espanha (notável por seus estudos em direito e processo tributário), ela não foi encontrada.

²³ Cf. *op. cit.*, p. 700.

²⁴ Uma vez notificada ao interessado a liquidação que tenha sido praticada, fica este constituído na obrigação de satisfazer sua dívida. Se não o fizer voluntariamente dentro do prazo previsto em cada caso, estendem-se pelos serviços correspondentes as certidões de dívida ativa creditoras da dívida. Estas certidões constituem, como já dissemos, o título necessário e suficiente para iniciar a via de mandado compulsório (arts. 129, LGT, e 94 e 101, RGR). Dois são, portanto, os requisitos necessários para que possa ditar-se pelos Serviços de Arrecadação a providência de mandado compulsório que inicia o procedimento: que exista um ato que obrigue ao pagamento de uma quantia líquida e que o pagamento tenha sido exigido em período voluntário, sem que o devedor o tenha efetuado.

Iniciado assim o procedimento de mandado compulsório, este já não se detém nem suspende se não se realiza o pagamento, ou se garante a dívida mediante aval bancário suficiente ou se consigna seu importe na Caixa Geral de Depósitos (arts. 136,1, LGT, e 93,2, e 190, RGR).

(*Op. cit.*, p. 702-3.)

²⁵ Lapatza denuncia o abuso estatal, no Prólogo mencionado linhas atrás: “No es el interés general sino interés propio de la Administración tributaria que se defiende cuando se vuelcan las

tareas propias de esta Administración en los agentes de retención; cuando se dirigen las tareas inspectoras, con absoluta preferencia, hacia quienes declaran y no hacia quienes ocultan los hechos imposables realizados; cuando se exigen a los ciudadanos deberes de información desproporcionados o desconectados de las situaciones concretas que se comprueban; cuando se incentiva a la Administración tributaria con participaciones en la recaudación necesariamente contrarias a la neutralidad y objetividad que deben presidir todas sus actuaciones. Las críticas a estas líneas de actuación se realizan también con insistencia en este libro” (Asorey, Rubén O. (director). *Protección Constitucional de Los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 22).

Redução da maioria penal

Gustavo Bregalda*

Particularidade própria de países compostos de instituições em fase de desenvolvimento é a discussão de temas que em tempos de normalidade social ficam esquecidos. Esses temas acabam eclodindo com determinados acontecimentos que atingem fulminantemente o senso comum e exigem do Estado justificativas e respostas imediatas. Assim, é objeto de diversos debates a redução da maioria penal como solução para a epidemia de práticas criminosas envolvendo menores.

Os defensores da tese em questão apresentam fundamentos que, por mais que acaltem a animosidade social com discursos politicamente corretos, se apresentam ineficazes. Não se pode partir da análise da conseqüência antes de passar pela gênese do problema. Deve-se apresentar uma solução para a origem da questão e, posteriormente, criar soluções para os atos subseqüentes.

A redução da maioria não é a resposta adequada para a onda de violência crescente que assola os grandes centros nacionais. A ineficácia da solução apresentada pode ser visualizada por meio do estudo de algumas legislações alienígenas, cuja maioria varia de acordo com os valores sociais adotados. No contexto social, verifica-se que a redução da maioria não seria uma saída consistente para os fins a que essa proposição é destinada. A violência não se aquietará, mesmo se a maioria fosse fixada no limite inicial da existência humana. A posição pela redução alicerça-se mais em um viés político do que, necessariamente, na resolução do problema social de criminalidade.

A diminuição da violência na sociedade não ocorrerá com a simples redução da maioria penal. É necessário que haja o fortalecimento de instituições fundamentais à implementação do mínimo existencial garantido constitucionalmente ao cidadão. A Constituição Federal (CF) de 1988 confere ao Estado, por intermédio de normas programáticas, o dever de implementar direitos por ela estabelecidos, materializando-se por meio de atos de gestão administrativa e

elaboração de normas infraconstitucionais como meio regulador de seu exercício.

A violência, entre outros motivos, está ligada à pobreza, à miséria cultural e ao enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. Sabe-se de antemão que a maioria dos internos de instituições que visam à reeducação de menores é habitante de regiões marginalizadas socialmente e de alta periculosidade criminosa. Regiões essas que ultrapassam os limites temporais da história.

A redução da maioria penal em nada vai modificar a nossa realidade atual. Sabemos que o sistema prisional não vem contribuindo muito para a ressocialização do criminoso adulto, tendo, muitas vezes, efeito contrário a esse intento. Ao adolescente, os efeitos serão ainda mais danosos, uma vez que ele não possui o mesmo poder de discernimento de um adulto, por se constituir pessoa em formação, em estágio de desenvolvimento físico e mental.

Para tanto, faz-se necessária uma boa aplicação dos institutos e das leis já existentes, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Vale esclarecer, ainda, que são indispensáveis a promoção e a efetivação dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição, fortalecendo-se, assim, o Estado Democrático de Direito, e também garantir o mínimo existencial ao cidadão. Isso pode ser feito por meio de políticas públicas, conseguindo-se, desse modo, atingir o desígnio, esperado pelos cidadãos, de habitar uma sociedade mais justa e, conseqüentemente, menos violenta.

Dessa forma, não basta a simples redução da maioria como o remédio de todos os males. Deve haver sim uma influência positiva na formação cultural de cada cidadão, em especial dos marginalizados, promovendo o seu desenvolvimento e a sua integração social.

A imputação criminosa ao adolescente não é a melhor saída para que se promova o recuo dos números da violência em nosso País. Além de ineficaz aos fins a que se propõe, pode ser vislumbrada a inconstitucionalidade do ato legislativo o qual traga em seu bojo esse específico conteúdo de redução.

*Juiz Federal em São Paulo e Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Ninguém nasce criminoso. O meio amolda seus integrantes de acordo com as circunstâncias de vida que lhes são proporcionadas. Essas circunstâncias, no entanto, não compõem motivo legítimo para justificar práticas delituosas, mas também não podemos olvidar o fato de que a maior parte dos adolescentes que têm ou já tiveram passagens criminosas é a mesma que ocupa os quadros da indigência, da injustiça social.

Ao Estado foi imposto o dever de zelar pelo cidadão, em especial por intermédio das políticas públicas, geralmente elencadas nas inúmeras normas programáticas transcritas no corpo da Constituição, cuja efetividade está pendente da edição de atos infraconstitucionais, e também da gestão administrativa. Todas essas normas e deveres previstos no diploma constitucional têm por escopo impor ao Estado o dever de materialização do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse fundamento da nossa República (art. 1.º, III, da CF).

O valor implícito do princípio da dignidade da pessoa humana consiste na imposição ao Estado do dever de abstenção (não violar ou restringir injustificadamente direitos fundamentais) e do dever de práticas positivas (complementação das normas programáticas de modo a garantir o mínimo existencial).

Tem-se, de longa data, a omissão do Estado no que se refere à prática de atos de viabilização das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Grande parte da população é excluída do digno convívio social, criando, assim, o desnivelamento de classes e ferindo, por via consequencial, o objetivo estampado no art. 3.º, III, da CF. Diante desse quadro, surgiu, na camada marginalizada da população, um núcleo de violência que atinge toda a coletividade. Esse fenômeno é a reação promovida pelos esquecidos perante o desprezo a eles manifestado pelo Estado.

Com efeito, a redução da maioridade penal, em contraponto com a Constituição Brasileira, configura uma restrição ao direito fundamental da liberdade, previsto no art. 5.º da Lei Suprema. Cumpre ressaltar, também, que é direito fundamental do cidadão, além de todos aqueles arrolados no art. 5.º da CF, outros decorrentes de princípios e regras por ela adotados.

O Prof. René Ariel Dotti manifesta-se pela inconstitucionalidade da redução da maioridade, uma vez que, para ele, a previsão da inimputabilidade prevista na CF constitui uma das garantias fundamentais

da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título II do diploma constitucional. Incabível, portanto, ser objeto de emenda, pois constitui cláusula pétrea, visto que o § 4.º do art. 60 prescreve não ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e as garantias individuais.

Nesse sentido, ensina-nos o Prof. Damásio de Jesus que a menoridade penal constitui causa de exclusão da imputabilidade, estando abrangida pela expressão “desenvolvimento mental incompleto”. Assevera ainda que “[...] se a imputabilidade consiste na capacidade de entender e de querer, pode estar ausente porque o indivíduo, por questão de idade, não alcançou determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico, ou porque existe em concreto uma circunstância que a exclui”.

Para alguns doutrinadores, em que pese a existência de texto expresso de nossa Constituição referente à maioridade penal, esse fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o art. 228 da Carta Política não trata de matéria considerada irreformável por meio de emenda constitucional, pois não se amoldaria ao rol de cláusulas pétreas dispostas nos incisos I a IV do § 4.º do art. 60 da CF.

Ocorre, no entanto, que o rol de direitos e garantias individuais previstos, em especial, no art. 5.º da CF e, conseqüentemente, abrangido como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4.º, é meramente exemplificativo. Qualquer ato antagônico ao princípio da dignidade da pessoa humana consiste na violação a um direito fundamental, esteja ele topograficamente descrito ou não no art. 5.º ou mesmo na própria Constituição do Brasil. José Afonso da Silva trata a dignidade da pessoa humana como o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os Direitos Fundamentais do Homem.

O recuo nos números da criminalidade envolvendo menores infratores, seja nos grandes centros, seja no interior do Brasil, ocorrerá com a eficaz implantação das políticas que promovam a valorização do indivíduo como um verdadeiro cidadão. A redução da maioridade em nada influenciará no sistema com o qual nos deparamos hodiernamente. Pelo contrário, pessoas em desenvolvimento psíquico terão o mesmo tratamento penitenciário dispensado àqueles com capacidade de discernimento pleno e com personalidade já maculada,

proporcionando certa confusão de valores e gerando um círculo vicioso de erros e conseqüências futuras. É notório que o sistema penitenciário brasileiro tem um baixo índice de ressocialização. Verifica-se que, caso seja adotada a aludida medida, teremos um verdadeiro retrocesso em relação aos direitos e às garantias conferidos ao menor pela Constituição, destacando-se, entre eles, o art. 227, o que produzirá um específico grau de invalidade da norma perante o sistema constitucional.

A solução das mazelas sociais e, em especial, dos atos criminosos praticados por menores de 18 anos envolve um conjunto de atos efetivos de alçada, simultaneamente, do poder público e da sociedade em geral. A precipitação e a discussão infundada, enfatizada por argumentos desarrazoados, podem desestruturar ainda mais a sociedade. A redução da maioria penal pode consistir em um verdadeiro retrocesso na política penitenciária brasileira. Ao menor, cabe a aplicação do ECA, que prevê regras específicas, proporcionais e adequadas à reeducação de pessoas em estágio de desenvolvimento mental personalíssimo incompleto.

As principais inovações da nova Lei de Drogas

Vitor Frederico Kümpel*

Desde a vigência da Constituição Federal (CF) de 1988, o sistema jurídico estava a reclamar uma nova disciplina legislativa, sob o ponto de vista material, a respeito da repressão ao uso e ao tráfico ilícito de drogas. O vetor da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), alicerçado na esfera penal nos dispositivos do art. 5.º, XLIII, que considera o tráfico ilícito de drogas inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, harmonizado com o inciso XLVIII, o qual determina que o cumprimento de pena se dá de acordo com a natureza do delito, passou a exigir um novo regramento, distinto da obsoleta Lei 6.368/1976. Isso porque essa lei, de maneira simplista, regulava duas grandes situações jurídicas, a saber: o tráfico de entorpecentes, no seu famoso art. 12, e o porte e o uso de entorpecente, no art. 16.

Em uma sociedade complexa como a nossa, contudo, as situações não são tão simples como se tivéssemos apenas o traficante e o usuário, de modo que, muitas vezes, a dignidade da pessoa humana era aviltada com condenações do pequeno traficante com a mesma pena dada àquele que financia a prática do tráfico de drogas em caráter supranacional.

Nesse sentido, a Lei 11.343/2006 foi equilibrada na medida em que apresenta uma situação mais benéfica para o usuário e mais gravosa para o traficante, o que nos possibilita fazer uma subdivisão na parte material da lei em dois tópicos. No primeiro tópico, podemos abordar a figura do usuário ou dependente; no segundo, podemos tratar da figura do traficante subdividindo-a em três grandes temas: aquele que trafica ou tenha aparato para o tráfico; a pessoa que simplesmente oferece drogas a terceiros e, por fim, a figura do financiador.

No que diz respeito ao usuário, ocorreu uma *novatio legis in melius*, visto que a lei nova é mais benéfica que a anterior e, portanto, tem caráter retroativo pleno, abrangendo desde o condenado até aquele que está em fase de inquérito policial.

De maneira acertada, a nova lei não pune o usuário ou dependente com pena privativa de liberdade, até

porque a pena carcerária, nesses casos, jamais atinge o seu objetivo, que é o da reinserção social e da terapia clínica. Desse modo, o art. 28 apresenta como principais sanções a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento a programa ou curso educativo (incisos II e III), no prazo de 5 ou 10 meses (§§ 3º e 4º). A grande inovação, porém, está no § 7º, ocasião em que o Juiz de Direito pode determinar ao infrator tratamento especializado e gratuito para sua desintoxicação.

Quanto ao tráfico de drogas, ocorreu uma *novatio legis in pejus*, de maneira que a lei incide apenas nas situações novas. Podemos destacar, entre as principais figuras:

a) a do traficante — para ele, a pena é de reclusão de 5 a 15 anos, e a multa varia de 500 a 1.500 dias-multa. Todo aquele que trabalha fabricando ou transportando maquinários e aparatos para o tráfico tem a pena de reclusão um pouco inferior, de 3 a 10 anos, mas a multa é mais gravosa, pois varia de 1.200 a 2.000 dias-multa. Visa o legislador desestimular o aparelhamento do traficante sob o ponto de vista econômico. A terceira situação aposta como tráfico, no sentido geral, é a do colaborador do traficante, que tem uma pena ainda um pouco inferior de reclusão (de 2 a 6 anos) e a multa um pouco mitigada (de 300 a 700 dias-multa).

b) a do incentivador — aquele que simplesmente oferece drogas, sem o intuito de lucro, para consumir com terceiro e que, na verdade, não é um traficante. A pena é de 6 meses a 1 ano e pagamento de 700 a 1.500 dias-multa, tendo todos os benefícios da lei, já que não há qualquer tráfico na hipótese em questão. De maneira semelhante, o médico ou operador do Sistema de Saúde que erra na dosagem de drogas também tem uma pena de 6 meses a 2 anos de detenção e pagamento de 50 a 200 dias-multa (art. 38) porque também não é traficante.

c) a do financiador — a mais preocupante figura do tráfico de drogas em geral é aquela que tem extraordinário poder econômico e custeia a logística do tráfico, chamado de grande traficante ou chefe do narcotráfico. Aqui a pena mínima é de 8 anos de reclusão, podendo chegar a 20 anos, e a multa varia de 1.500 a 4.000 dias-multa (art. 36). O número de dias-multa po-

* Juiz de Direito e Professor de Direito Civil no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

derá ser multiplicado por cinco, iniciando em um trinta avos do maior salário mínimo (art. 43, *caput*).

Com esse breve apanhado, foi possível observar que o legislador apresentou equilíbrio ao tratar do usuário e do traficante, respeitando os princípios da nova política criminal, a qual visa punir gravosamente condutas típicas relevantes e reinserir socialmente, e de modo rápido, condutas consideradas socialmente mais brandas, bastando apenas aos operadores do Direito dar efetividade ao novo regulamento legal.

Polícia Federal e Dossiêgate: para o exercício independente e equidistante da atividade de polícia judiciária, garantias funcionais mínimas devem ser implementadas

Eduardo Pereira da Silva*

A recente atuação da Polícia Federal no caso do dossiê da máfia dos sanguessugas engrossou a discussão acerca do uso político da PF e introduziu um novo tema no debate: a autonomia da Polícia.

A existência de órgãos autônomos na administração pública brasileira é muito maior do que se tem propagado. Uma série de prerrogativas sempre foi concedida sob o argumento de colocar determinadas instituições públicas a salvo da influência de grupos políticos e econômicos.

O Poder Judiciário e o Ministério Público são, atualmente, as instituições com maior poder de autonomia em relação ao Executivo e ao Legislativo. Seguindo a experiência estrangeira, os magistrados e membros do *Parquet* no País gozam das seguintes garantias, entre outras: a inamovibilidade, a independência funcional e a vitaliciedade. Isso quer dizer que não podem ser, em regra, transferidos contra sua própria vontade, demitidos sem ordem judicial — diversamente dos demais servidores públicos que podem ser demitidos por meio de processos administrativos —, responsabilizados pelos atos praticados no exercício das funções, salvo má-fé, ou mesmo designados casuisticamente para processos específicos.

Enquanto em boa parte dos países da Europa continental, como a França, a administração do Judiciário ainda é feita pelo Ministério da Justiça e as funções do Ministério Público são desempenhadas por magistrados, no Brasil, a Constituição de 1988 criou instituições bem distintas. Concedeu autonomia administrativa, financeira e orçamentária ao Judiciário e ao Ministério Público, o que significa que independem do Executivo para admitir e gerir seus servidores, além de decidir quanto, como e onde gastar seus recursos. Deu certo!

Já em 2004, por meio de emenda constitucional, as defensorias públicas estaduais — às quais cabe

a assistência jurídica dos necessitados, não raras vezes processando o Estado e seus governantes — receberam garantias (excepcionando a vitaliciedade) e autonomia idênticas.

Fora do sistema judiciário, é possível encontrar um bom número de órgãos que receberam o devido enaltecimento institucional e valorização profissional, em maior ou menor grau. Assim aconteceu com os tribunais de contas, os conselhos de fiscalização profissional, as universidades, o Cade e a Comissão de Valores Mobiliários. Estes e outros órgãos vêm recebendo garantias institucionais variadas como a autonomia administrativa, financeira, instituição de mandatos fixos aos dirigentes, alguns nomeados pelo presidente da República após aprovação pelo Senado, garantia de inamovibilidade e independência funcional aos seus servidores. Nenhuma destas garantias está imune a críticas.

Isso se tornou mais freqüente com a reforma administrativa do governo FHC que, em 1998, por meio de emenda constitucional, introduziu o princípio da eficiência na administração pública, prevendo a possibilidade de concessão de autonomia gerencial, orçamentária e financeira a diversos órgãos e abrindo caminho à criação das diversas agências que hoje gozam de algumas prerrogativas (ANA, Anatel, Aneel, ANP, etc.).

Curiosamente, as Polícias e os policiais não possuem nenhuma destas garantias. Na prática, isso significa que um delegado de Polícia Federal pode ser transferido a qualquer tempo de São Paulo/SP para Tabatinga/AM, Oiapoque ou Chuí e ser designado pela vontade dos superiores para qualquer caso, ou dele ser afastado, além de se submeter a um regime disciplinar criado em plena ditadura e que lhe permite ser punido pelo simples fato de fazer críticas à administração. Isso quer dizer, ainda, que o Executivo tem o poder para dizer o quanto, quando e como a PF irá gastar seus recursos.

* Delegado de Polícia Federal em Brasília/DF e Chefe do Serviço de Apoio Disciplinar da Corregedoria-Geral.

Para nós, delegados, a discussão acerca da concessão de garantias mínimas aos órgãos policiais surgiu já há muito tempo, fruto de dificuldades muito mais freqüentes do que pretendem aqueles que só agora entraram neste debate. Ela é apenas uma das pontas de uma discussão interna ampla que envolve um estatuto de investigação, prerrogativas compatíveis com a responsabilidade e riscos do cargo, independência funcional, com escolha do dirigente máximo por lista tríplice da categoria, o incremento dos mecanismos de controle da polícia e, principalmente, o papel que ela deve exercer em uma sociedade democrática.

Essas são algumas reflexões que ficaram esquecidas nas prateleiras de duvidosos defensores da democracia, que, ao tempo em que apregoam uma sociedade justa, igualitária, com controle dos atos policiais, coibindo excessos e abusos, contraditoriamente, querem assegurar a existência de uma Polícia submetida às intempéries do poder, sem um mínimo de garantias e prerrogativas, para a final, propagar a falsa idéia de uma Polícia a serviço do governo.

Corte Especial

Mandado de Segurança

2006.01.00.036847-3/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes

Impetrantes: Ademir Reis dos Santos e outros

Advogados: Dr. Alberto da Silva Campos e outros

Impetrado: Desembargador Federal da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Publicação: DJ 2 de 13/04/2007

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança. Ato judicial. Conversão de agravo de instrumento em agravo retido. Ausência de ilegalidade.

I – Destina-se o mandado de segurança à proteção de direito líquido e certo malferido por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXIX – CF), o que não ocorre na hipótese, na qual o despacho do relator, convertendo o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, III – CPC), reveste-se de legalidade. A documentação que instrui a inicial do mandado de segurança não comprova fatos em dimensão diversa da detectada pelo relator no despacho fustigado.

II – Denegação do mandado de segurança.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, denegar o mandado de segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 15/03/2007.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de mandado de segurança contra acórdão da 2ª Turma desta Corte, que, apreciando agravo regimental de despacho do Relator do AG 2005.01.00.029269-5/PA, que convertera o agravo de instrumento em agravo retido, por não ver caracterizada na hipótese a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, não conheceu do recurso, porque inadmissível regimentalmente.

Sustentam os impetrantes — Ademir dos Reis dos Santos e outros 13 impetrantes —, aposentados no INSS, na condição de ex-estivadores do Sindicato dos Estivadores e Trabalhadores de Estivas e Miné-

rios do Estado do Pará, que tiveram os seus benefícios suspensos sob a alegação de terem sido concedidos com irregularidades, sem que tivessem condições de exercício da ampla defesa, tendo em vista que os documentos necessários à defesa haviam sido apreendidos na sede do Sindicato, por ordem judicial, tendo, depois, sido devolvidos apenas parcialmente.

Afirmam que, ajuizadas ações anulatórias dos atos administrativos de suspensão das aposentadorias na Justiça Federal do Pará, por 55 dos ex-estivadores prejudicados pela ação do INSS, em todas elas foram antecipados os efeitos da tutela, exceto no seu caso, no qual entendeu a primeira instância que o reconhecimento da suposta ilegalidade do ato administrativo demandaria complexa análise meritória, o que ensejou

a interposição do agravo de instrumento, que veio a ser convertido em agravo retido.

Destacam que o despacho — e, por via de consequência, a decisão da Turma que não conheceu do agravo regimental — não deve subsistir, por tratar-se de matéria de urgência e de natureza alimentar, a exigir a pronta apreciação do agravo; porque, em casos análogos, os ex-estivadores obtiveram a antecipação dos efeitos da tutela, para o restabelecimento dos benefícios previdenciários, o que configura uma situação antiisonômica; e porque a suspensão das aposentadorias ocorreu sob a simplória alegação de que houve irregularidades nos processos de concessão. Sem busca de liminar, o pedido final é para que seja apreciado o agravo, ou que se determine que o faça o relator natural. (Cf. pedido de fl. 11.)

Prestando informações, o Des. Federal Carlos Moreira Alves afirma que não identificou no recurso a prova inequívoca da verossimilhança quanto à alegação em que se funda o direito buscado pelos recorrentes — alegação de ofensa ao contraditório, à ampla defesa ou irregularidades no processo administrativo do qual resultou a suspensão das aposentadorias —, nem, conseqüentemente, a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. Junta cópia do despacho que converteu o agravo de instrumento em agravo retido. (Cf. peças de fls. 173-176.)

Oficiando nos autos, o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Hugo Gueiros Bernardes Filho, ressalta que a hipótese não reclama manifestação do Ministério Público, mas, em nome do princípio da eventualidade, afirma que a decisão proferida no agravo de instrumento transitou em julgado, pelo que não cabe o mandado de segurança; que da documentação dos autos não consta a decisão judicial atacada, que somente veio aos autos com as informações; e que a impetração não faz acompanhar de cópia integral dos autos do agravo de instrumento. (Cf. manifestação de fls. 178-181.)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Embora os impetrantes aludam ao despacho que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, a impetração na realidade se volta contra o acórdão da 2ª Turma que não conheceu do agravo regimental interposto desse despacho, como deixam claro na inicial. Embora não tenham juntado nenhuma das decisões à inicial — o despacho de conversão, como lembra a Procuradoria Regional da República, somente veio aos autos com as informações —, não se tem certeza processual se tal acórdão passou em julgado antes da presente impetração, como ressalta a Procuradoria, para sugerir a não admissibilidade da segurança.

De toda forma, não vejo como possa prosperar a impetração, pois, para não falar de logo na deficiência da prova dos fatos alegados, o fato é que a decisão atacada não se reveste de ilegalidade ou de abuso de poder, senão da mais estrita legalidade. Com efeito, dispõe a lei que, recebido o agravo de instrumento no Tribunal, o relator convertê-lo-á em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa (art. 527, III – CPC), tal como o fez a decisão ora fustigada.

Pode-se dizer que, em face das alegações da parte, de tratar-se de matéria de urgência e de natureza alimentar, pois foram suspensas as suas aposentadorias; e de que, em casos análogos, os ex-estivadores obtiveram a antecipação dos efeitos da tutela, para o restabelecimento dos benefícios previdenciários, impor-se-ia o

*Votaram com o relator os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Aloísio Palmeira Lima e Carlos Fernando Mathias. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Assuete Magalhães, Catão Alves, Carlos Olavo e Selene Maria de Almeida (convocada em substituição ao Des. Federal José Amílcar Machado, em férias), ficando vencidos os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Souza Prudente (convocado em substituição ao Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, em férias), Antônio Sávio de Oliveira Chaves (convocado em substituição ao Des. Federal Cândido Ribeiro, em férias), Maria Isabel Gallotti (convocada em substituição ao Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, em férias), Maria do Carmo Cardoso (convocada em substituição ao Des. Federal Jirair Aram Meguerian, ausência por compromisso oficial) e Neuza Maria Alves da Silva (convocada em substituição ao Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, em férias).

exame do agravo, com o seu processamento. Mas, em verdade, os fundamentos não têm a pretensa serventia.

Em primeiro, o despacho do relator, como visto, afirmou que não identificou no recurso a prova inequívoca da verossimilhança quanto à alegação em que se funda o direito buscado pelos recorrentes — alegação de ofensa ao contraditório, à ampla defesa ou irregularidades no processo administrativo do qual resultou a suspensão das aposentadorias —, nem, conseqüentemente, a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação (fl.175); em segundo, não existe sequer prova de que os demais ex-estivadores obtiveram antecipação dos efeitos da tutela, pois, apesar das peças de fls. 62 e 67,* dando conta de decisão desse teor a cargo da 5ª Vara Federal/PA, a decisão de fl. 69-70, proferida nos autos do AG 2006.01.00.003882-6/PA, pelo Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes, atuando no Tribunal por convocação, da mesma forma converteu o agravo de instrumento em agravo retido. (O agravo voltava-se contra decisão de primeiro grau que negara a antecipação dos efeitos da tutela.)

Em terceiro, a alegação dos impetrantes, de que não puderam fazer uma defesa administrativa eficaz por falta da documentação que estava na sede do Sindicato dos Estivadores, que havia sido apreendida por ordem judicial, não vem aos autos com a necessária nitidez, pois eles próprios afirmam que a apreensão se dera sem maior identificação dos documentos — caixas contendo documentos diversos e avulsos (fl. 6) —, em duas Kombis. Não se sabe, portanto, que documentos alusivos aos impetrantes, em número de catorze, teriam sido apreendidos, e se o foram, o que torna genérica a alegação de dificuldade ou de impossibilidade de defesa, nos prazos que lhes foram concedidos pelo INSS. A suspensão dos benefícios, como consta da inicial, ocorreu depois da concessão de prazos de defesa.

Tudo isso vem ao encontro da afirmativa de que a decisão do relator, referendada pela Turma, a despeito da alegação de ofensa ao princípio da isonomia processual, não se reveste de ilegalidade ou abuso de poder, de modo a justificar o manejo do mandado de segurança, que, de resto, sequer abriga pedido de limi-

nar, que não seria indispensável, mas que seria mais consentâneo com a alegação de urgência.

A alegação de que a natureza alimentar dos benefícios seria suficiente para o processamento do agravo com antecipação da tutela recursal não opera de forma isolada, pois essa circunstância, sem o aconchego do *fumus boni juris*, que o relator disse não ter sido demonstrado, não tem a suposta serventia. Às vezes, a pretensão tem natureza alimentar, mas não encontra a base legal necessária, não merecendo de logo a proteção vindicada.

Em face do exposto — o ato fustigado não se reveste de ilegalidade ou abuso de poder; e o direito alegado, ao restabelecimento dos benefícios, não resta provado de logo, de forma documental, o que retira a liquidez e a certeza do direito —, denego o mandado de segurança.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, inicialmente, analiso a questão preliminar do cabimento ou não deste mandado de segurança contra ato judicial do eminente Relator, o Desembargador Federal Carlos Moreira Alves.

Conforme já bem explicitado, na tribuna, pelo ilustre advogado e também no voto do eminente Relator deste mandado de segurança, Desembargador Federal Olindo Menezes, a impetração fora ajuizada contra decisão do Relator, que converteu o recurso de agravo de instrumento em agravo retido nos autos, sob o fundamento de que “não identificou, no recurso, a prova inequívoca da verossimilhança quanto à alegação em que se funda o direito buscado pelos recorrentes — alegação de ofensa ao contraditório, à ampla defesa ou irregularidades no processo administrativo do qual resultou a suspensão das aposentadorias —, nem, conseqüentemente, a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação”. (Conforme letras do relatório apresentado pelo eminente Desembargador Federal Olindo Menezes.)

Ora, de logo já se vê, com todas as letras, diante do que dispõe o art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe dera a Lei 11.187,

* Consta, também, a decisão de fls. 128-131, proferida pela 2ª Vara Federal do Pará, embora sem identificação dos beneficiários.

de 19/10/2005, com eficácia plena após o prazo de 90 dias depois de sua publicação, mas, já agora, em pleno vigor e eficácia, que “o Relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa.”.

Assim, o único fundamento que a lei autoriza ao juiz relator no tribunal a proceder a conversão do agravo de instrumento em agravo retido nos autos e a remeter o recurso de agravo de instrumento ao juízo singular é exatamente a percepção da falta de uma tutela de urgência, ou seja, a falta do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, vale dizer, na clássica expressão latina, a falta pura e simples do *periculum in mora*.

Nesse ponto, a decisão do Relator se me afigura manifestamente teratológica, quando, ao converter o agravo de instrumento em agravo retido, já adentra o mérito do recurso de agravo e, expressamente, diz que não identificou, no recurso de agravo de instrumento, a prova inequívoca da verossimilhança quanto à alegação em que se funda o direito buscado pelos recorrentes, qual seja, alegação de ofensa ao contraditório, à ampla defesa ou irregularidades no processo administrativo, do qual resultou a suspensão das aposentadorias.

Vejam que o eminente Relator, Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, a quem rendo minha homenagem pelo brilho de seus votos, a rigor, julgou o agravo de instrumento no seu mérito, porque analisou exatamente o elemento que sustenta o recurso de agravo perante os tribunais. A relevância da fundamentação do agravante, que não poderia ser analisada neste momento, porque Sua Excelência convertera o agravo de instrumento em agravo retido, e a lei diz que, para fazê-lo, terá apenas que verificar o requisito do *periculum in mora*, e nada mais. Nesse ponto, a decisão se manifesta teratológica.

De outro lado, há que se ver que a clássica jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos firmou-se, solidamente, no sentido de que é vedado à autoridade administrativa previdenciária sustar o pagamento de benefícios previdenciários pelo simples fato de suspeitar de irregularidades nesse pagamento, restando, assim, ferida a garantia fundamental do de-

vido processo legal, como hoje consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal. Flagrante, pois, sob esse aspecto, a violação do direito líquido e certo do segurado de não ter suspensos os seus benefícios previdenciários sem a garantia plena da ampla defesa, que a Constituição consagra, e a jurisprudência, desde o extinto e sempre egrégio TFR, assim afirmava. É bem verdade que, contra a decisão do eminente Relator, que convertera o agravo de instrumento em agravo retido, já apreciando o mérito do agravo de instrumento, a parte, no desespero da proteção tutelar do seu direito, recorreu ao agravo regimental que, conforme já relatado, não foi conhecido pela 2ª Turma. E, se a Turma não conheceu, evidentemente que o ato coator, no caso, há de permanecer, como objeto do mandado de segurança, a decisão do Relator, que, teratologicamente, converteu um agravo de instrumento onde o *periculum in mora* se afigura evidente, onde o direito do recorrente é de ver processado o agravo de instrumento perante o órgão colegiado deste Tribunal em face do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ao suspenderem o seu benefício previdenciário de caráter alimentar sem a garantia do devido processo legal. Ora, Senhor Presidente, só por isso, o art. 527 não autoriza a conversão deste agravo de instrumento em agravo retido.

Peço vênia, assim, ao eminente Relator e aos doutos pares que o acompanharam, para conhecer do mandado de segurança e, no mérito, com as razões expostas, conceder a segurança para que o agravo de instrumento, no caso, que veicula, manifestamente, uma tutela de urgência, seja submetido ao julgamento do órgão colegiado competente neste Tribunal, que é a sua 2ª Turma, para que a decisão de mérito seja proferida por esse órgão jurisdicional.

Aditamento a Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, em aditamento a meu voto, esclareço, de início, que ninguém tem a intenção de desmerecer o voto e a decisão do eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, como ressaltai no meu voto, sempre brilhante nas suas colocações. Mas é preciso deixar claro que não se trata de um simples jogo de palavras, e que a Lei, no art. 527, inciso II, do CPC, é claríssima quando diz que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido só é possível quando o

relator verificar que não existe fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, quando o agravo de instrumento não veicula um pedido de tutela de urgência, e, em assim sendo, a conversão transpõe a questão que está no agravo de instrumento para o agravo retido, que é um agravo sem pressa.

Sua Excelência, o Dr. Olindo Menezes, colocou, em seu douto relatório, as palavras do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, que, ao converter o agravo de instrumento em agravo retido — e nesse ponto está a teratologia —, não identificou, no recurso de agravo de instrumento, a prova inequívoca da verossimilhança quanto à alegação em que se funda o direito buscado pelos recorrentes. E, aí, referiu-se que não verificou a ofensa ao contraditório, à ampla defesa e às irregularidades no processo administrativo, que resultou na suspensão de suas aposentadorias. Isso é matéria para ser apreciada por quem pretende apreciar o recurso de agravo, e Sua Excelência não quis apreciar, porque entendeu que não havia fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, *periculum in mora*. A lei só autoriza a conversão por esse último fundamento. A lei não autoriza o relator, na conversão do agravo de instrumento em agravo retido, a apreciar o pressuposto de verossimilhança ou de probabilidade da existência do direito, e nisso reside a teratologia da decisão.

Quanto à decisão colegiada que não conheceu do agravo regimental, se não conheceu, não pode ser o mandado de segurança contra ela ajuizado, mas, sim, contra a decisão do relator, que, com todas as letras, não só converteu indevidamente, porque existe, sim, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na espécie, como foi muito mais além, teratologicamente, julgando o agravo de instrumento, embora convertendo em retido, para que o juízo singular pudesse ali processá-lo, sem pressa.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Senhor Presidente, ouvi atentamente a sustentação do eminente advogado e o brilhante voto do eminente Relator.

A jurisprudência deste Tribunal tem se consolidado no sentido de que, primeiro, não cabe manda-

do de segurança contra ato da Turma. Aqui, já houve um pronunciamento da Turma, bem ou mal, não conhecendo do agravo regimental. Há uma decisão do Relator, que converteu o agravo de instrumento em agravo retido. Como bem disse o Desembargador Souza Prudente, essa decisão que converteu o agravo, na verdade, foi uma decisão híbrida. Ele apreciou o mérito e converteu o recurso em agravo retido. Na verdade, acabou afastando da Turma a possibilidade de referendar esse ato ou não. O que busca o impetrante, neste caso, é apenas e tão-somente que o agravo seja apreciado pela Turma. A cassação, no caso, é parcial, apenas para fazer com que o agravo seja submetido ao crivo do juízo natural que é a Turma. Confesso que tenho como um caso excepcional, porque, na verdade, não está sendo analisado o mérito da decisão do Relator; é apenas a parte da decisão que subtraiu da Turma o exame do efeito suspensivo por ele denegado.

Em face da excepcionalidade do caso, acho que é mais prudente acompanhar o Desembargador Souza Prudente para conceder a segurança, a fim de que a Turma seja dada a oportunidade de apreciar a questão e conceder ou não o efeito suspensivo. Nesse exame rápido da questão, pareceu-me que a medida que mais se ajusta ao direito e à justiça é no sentido de mandar que a Turma examine a questão.

Peço vênias ao eminente Relator e aos que me antecederam e acompanho a divergência.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor Presidente, foi afirmado nesta sessão, por mais de uma vez, que o Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, ao despachar pela conversão do agravo de instrumento em agravo retido, entrou no mérito do recurso, o que não procede, com a devida vênias. Isso ocorreria se ele se aprofundasse no juízo, para dizer se as pessoas têm ou não direito ao benefício previdenciário em discussão, ou se esse direito tinha ou não a qualificação para ser atendido ou indeferido de imediato.

É natural que, em face da nova sistemática processual, a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, nos termos do art. 527,II, do Código de Processo Civil, implica sempre um juízo de mérito, pelo menos de delibação. Seria um arbítrio se a conversão se desse sem uma fundamentação pelo menos

perfunctória do mérito. Foi o que disse o Desembargador, nestes termos: “Indefiro o pleito de antecipação da tutela recursal, pois os elementos constantes dos autos não permitem identificar, em cognição sumária, própria dos juízos liminares, a concomitante presença dos requisitos que autorizam a adoção da providência, prova inequívoca contra a verossimilhança da alegação em que se funda o direito postulado no arrazoado inicial de ofensa ao contraditório, ampla defesa, nem, por isso mesmo, a possibilidade de advir aos agravantes dano irreparável ou de difícil reparação. Não vislumbrando a possibilidade de dano irreparável, converto o agravo em agravo retido.” A questão, portanto, está devolvida inteiramente ao Juízo Federal do Pará, para que a decida como entender adequado.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Mas ele indeferiu a tutela, ele apreciou a questão.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Como já disse, para o juiz converter um agravo de instrumento em agravo retido, ele tem que fazer, pelo menos, o juízo de delibação do mérito. Isso não quer dizer que ele tenha julgado o mérito, em termos de entrega ou não da prestação jurisdicional. Temos que ver a decisão como um todo, não em uma frase isolada.

Se os agravantes têm direito, ou não, vai-se ver na ação de fundo, com amplitude, depois da produção da prova. Não é uma simples palavra do Relator, dentro de um contexto, que vai autorizar a afirmação de que se trata de uma decisão ilegal, abusiva ou, como se tem repetido, teratológica, sem forma ou figura de juízo. O caso em julgamento é um mandado de segurança contra um acórdão da Turma, que somente poderia ser deferido em casos muito especiais, de extrema ilegalidade, o que evidentemente não ocorre. São essas as explicações que tenho o dever de prestar como relator do *writ*.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Senhor Presidente, quando entrou em vigor a Lei 10.352/2001, que permitia a conversão, pelo relator, do agravo de instrumento em agravo retido, coloquei em prática essa medida, convertendo alguns agravos de instrumento em agravos retido. Segundo

aquela lei, quando o relator transformava o agravo em retido, cabia agravo regimental para a Turma, que poderia entender que o melhor seria fazer apreciar, de logo, o acerto da decisão agravada ou manter a retenção do agravo.

Naquela ocasião, lembro-me que converti em retidos alguns agravos contra decisões que concediam ou negavam liminares e antecipações de tutela. Tempos depois, chegavam as apelações ou as contra-razões de apelação, reiterando aqueles agravos retidos, que estavam sempre, na oportunidade do julgamento da apelação, prejudicados.

Isso porque, quando a Turma julga a apelação, ou o acórdão defere a pretensão do autor, e, nesse caso, já vai caber execução provisória da sentença (o recurso especial e o extraordinário, via de regra, não têm efeito suspensivo), ou então é julgado improcedente o pedido, e a pretendida antecipação será incabível, pois já decidido, em segunda instância, que não há direito algum.

Então, desde essa época, em 2002, eu me convenci de que decisão que aprecia pedido de liminar ou de antecipação de tutela, para concedê-la ou negá-la, não comporta retenção do agravo.

Se a parte agrava contra uma decisão que deferiu ou indeferiu uma liminar, é porque ela entende que sofrerá um grande prejuízo com a situação causada por essa decisão, ou por estar privada da liminar que ela entende necessária (no caso em exame, os recursos necessários à sobrevivência do autor e sua família durante os anos em que tramitará a causa), ou, ao contrário, se a liminar tiver sido deferida, o devedor poderá se sentir numa situação tão precária que não suportará a situação causada pela liminar deferida durante a tramitação da causa. O “mérito” do agravo é precisamente a conveniência ou não da manutenção da decisão agravada durante a duração da causa. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido, em caso de decisão que defere ou infere liminar ou antecipação de tutela, causava efeito semelhante ao da negativa de seguimento do agravo, quando em vigor a Lei 10.352/2001, porque tinha o agravante, em ambas as hipóteses, o direito de ter seu recurso apreciado pelo órgão colegiado, mediante a interposição de agravo interno.

Com a nova reforma processual, parece-me que a decisão de reter o agravo tornou-se muito mais grava para o agravante do que a que nega seguimento

ao recurso. Isso porque foi suprimido o agravo interno contra a decisão que transforma o agravo em retido, mas tal não ocorreu com a decisão que a ele nega seguimento.

Penso, portanto, que, quando a nova redação do CPC (Lei 11.187/2005) determina que o relator converta em retido o agravo, se não houver urgência, ele está se referindo aos agravos que não são relativos a decisões liminares ou antecipatórias de tutela.

Com efeito, em se tratando de decisão liminar, um dos pressupostos para a sua concessão pela decisão agravada é haver ou não urgência. Se o relator entende que não há urgência que justifique o processamento do agravo, que a parte pode esperar sem grave prejuízo a sentença de mérito convivendo com os efeitos da decisão agravada (que deu ou negou a liminar ou a antecipação de tutela), o correto é negar seguimento ao agravo, com base no art. 557, *caput* — manifesta improcedência do agravo. Assim, ficará aberta à parte a possibilidade de agravo regimental.

Agora, transformar em retido um agravo contra deferimento ou indeferimento de liminar, para que depois, quando houver uma sentença de mérito, em uma futura apelação, a Turma decida sobre o cabimento da liminar ou da antecipação de tutela — que é uma decisão que deve ser dada no início do processo e não no fim — parece-me contra a lógica do sistema processual, mesmo considerando a reforma mais atual.

Considero, em síntese, que somente comporta transformação em retido o agravo que ainda terá utilidade quando do julgamento da apelação. É o caso, por exemplo, do agravo contra decisão que indefere determinada prova, considerada inútil pelo juízo de origem. No julgamento da apelação, se a Turma julgar que a prova deveria ter sido feita, nada obsta seja dado provimento ao agravo retido para que seja anulada a sentença e produzida a prova. Mas não é o caso de agravos contra decisões que apreciam pedido de antecipação de tutela.

Com a devida vênia, não é legal a decisão que transformou em retido um agravo em que se busca questionar o indeferimento de uma antecipação de tutela, especialmente em caso como o presente em que se postula verba de caráter alimentar.

Por isso, com a devida vênia, acompanho a divergência e voto pela concessão da segurança, para que o agravo seja processado e julgado pela Turma.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso — Senhor Presidente, eu gostaria só de, antes de adentrar o voto, dizer que, com todas as vênias do Juiz Olindo Menezes, para um juiz, “deferir e indeferir” não é uma simples palavra. E vejo aqui, com todas as vênias também, que o nobre colega, excelente, grande processualista, Desembargador Carlos Moreira Alves, indeferiu e mandou reter. Então, penso, Excelência, que, realmente, não apreciado o dispositivo da lei que determina que só será retido aquele agravo que não apresentar essa lesão, e Sua Excelência aqui adentrou o mérito, sim, no momento em que examinou o processo administrativo e afirmou que não viu nenhum vício naquele processo, eu vejo que, não tendo outra alternativa recursal, cabível mandado de segurança, não diria também, como disse a Desembargadora Maria Isabel, da teratologia, mas seria de uma não-aplicação a lei como devido. E essas considerações são só para, *en passant*, porque, na verdade, vou tomar emprestadas todas as palavras aqui pronunciadas pelo Desembargador Souza Prudente e acompanhá-lo, Senhor Presidente.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias — Senhor Presidente, enquanto eu ouvia essas lições magníficas dos colegas num e noutro sentido, eu me recordava de uma observação tão sábia, oportuna e humorada do jovem de 82 anos — o mais jovem e dos mais autorizados processualistas brasileiros —, que é o Dr. Ovídio Baptista, quando dizia que os processualistas deveriam ser convocados como litisconsortes passivos necessários em todo processo de demanda do aperfeiçoamento processual.

Fizeram uma grande confusão com o art. 527 do CPC. Mandaram os agravos diretamente para os Tribunais, agora os transformam em retido. Aliás, Santa Teresinha de Lisieux dizia que, de gente bem intencionada, o inferno está cheio. São medidas bem intencionadas, mas que não resolvem o problema, que é mais profundo e mais complexo. Não há forma miraculosa

para isso. Então, eu não vou me ater em considerações processuais — e acho que ninguém faria a maldade de me acusar de processualista, pois seria uma acusação muito grave e eu a tomaria por altamente ofensiva. Qual a hipótese concreta *sub examine*? É uma tentativa de mandado de segurança contra ato de uma Turma. Na realidade, o juiz de primeiro grau não antecipou os efeitos da tutela, sobre isso também faz-se muita confusão. Antecipação dos efeitos da tutela é uma coisa, liminar é outra. Na liminar, sabemos todos, o juiz aprecia a evidência simultânea do *fumus boni iuris* e ou *periculum in mora*, para que, evidentemente, não pereça com o direito. Aí, ele não antecipa tutela nenhuma, ele evita tão-só que um direito pereça. Na antecipação dos efeitos da tutela não é isso o que ocorre, não. *In casu*, o juiz antecipa a própria tutela, e é por isso que ele tem que examinar se há prova inequívoca, se há o juízo de verossimilhança, se há dano irreparável. E o que fez o nosso colega de primeiro grau no Pará? Ele entendeu que não havia os pressupostos para a antecipação. Outros juízes entenderam ao contrário, mas isso não importa, ainda não há súmula vinculante de um juiz de primeiro grau para outro juiz de primeiro grau. Um juiz entendeu assim, e o outro entendeu de outra forma. Isso é da essência do Judiciário. No caso, o juiz entendeu que não. O que faz a parte? Agrava? Hoje, há processualistas fazendo estudos do recurso, com relação ao art. 273 e ao art. 461 do CPC, este último, cuidando das obrigações de fazer, isto é, se o recurso seria apelação ou não. Então vem a parte e agrava, e o que faz o relator? Ele entendeu que não era o caso de conceder o efeito suspensivo e determinou que o agravo devesse ficar retido. Que ilegalidade praticou Sua Excelência? Que ato teratológico há nisso? Com as vênias devidas, com o maior respeito às posições divergentes, entendo até que é uma coisa perigosa que uma Corte Especial pudesse, suprimindo instâncias, conceder um mandado de segurança manifestamente incabível. Machado de Assis disse de certa feita que a confusão era geral. Confesso que, *data venia*, oro todos os dias, e cada vez mais pelos processualistas e pela conversão dos juízes a àquela coisa mais pura do Direito. E, direito é mérito. Em outras palavras, substância é uma coisa; forma é outra. Na hipótese, se o juiz de primeiro grau não viu como deferir a antecipação dos efeitos da tutela Se ele não viu. Aí veio o juiz do segundo grau de jurisdição, que também não divisou como deferir o pleito. Será então que nós e que vamos nos transformar num terceiro grau de jurisdição concedendo, via mandado

de segurança, ao arrepio da lei, atropelando, violentando? Isso, com as vênias devidas, não é possível.

Peço mil vênias, mas não consigo antever como conceder a segurança, considerando ilegal ou teratológico o ato Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Acompanho o eminente Relator.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Senhor Presidente, com a devida vênias, com todo o acatamento e respeito ao pronunciamento do Relator, vou acompanhar a divergência, e não só subscrevendo literalmente as palavras do Desembargador Souza Prudente, as do Desembargador Antônio Sávio, as da Desembargadora Maria Isabel Gallotti e as da Desembargadora Maria do Carmo, eu queria apenas, talvez não fosse necessário, porque já está tudo bem dito, mas eu queria acrescentar que, para o meu raciocínio, o que é válido, o que é fundamental? Fundamental foi o fato de que as dúvidas sobre, se os documentos estavam ou não naquele cabedal, se o contraditório foi ou não foi obedecido, se havia ou não irregularidade na concessão do benefício, isso, na minha visão, milita, inexoravelmente, para o processamento do agravo. Isso jamais poderia ser tomado como motivo para se negar o processamento do agravo e transformá-lo em agravo retido. Eu, examinando uma situação em que essas ocorrências se evidenciam, o meu raciocínio seria exatamente em sentido contrário. Há dúvidas fundadas quanto à obediência ao contraditório, à ampla defesa, a irregularidades? Então, na dúvida, sou literalmente a favor de que se processe para apuração e que não se deixe para o final. É o meu voto.

Primeira Seção

Ação Rescisória

2004.01.00.037950-6/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado

Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradora: Dra. Isabela Cristina Pedrosa Bittencourt

Réus: Ana Paula da Silva e outros

Advogados: Dr. Paulo José de Souza e outro

Publicação: DJ 2 de 13/04/2007

Ementa

Ação rescisória. Prazo de decadência. Contagem. Trânsito em julgado da sentença e não do acórdão que não conheceu do recurso.

I – Não tendo esta Corte conhecido da remessa oficial, porque de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, a que se pretende rescindir, no caso, é a sentença proferida nos embargos à execução.

II – “O termo inicial do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória não se conta da última decisão proferida no processo, mas, sim, do trânsito em julgado da que decidiu a questão que a parte pretende rescindir.”(REsp 363169/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25/10/2004.)

III – Proposta a ação rescisória em 23/08/2004, sendo que a sentença rescindenda foi publicada em 27/06/2000, e a Secretaria certificou, em 01/09/2000, ter transcorrido o prazo de vista do INSS sem manifestação, observa-se que transcorreu prazo superior a 2 (dois) anos, estando assim configurada a ocorrência do prazo decadencial previsto no art. 495 do Código de Processo Civil.

IV – Processo extinto com exame do mérito, nos termos do art. 269, IV, e do art. 495, ambos do CPC.

V – Prejudicado o agravo regimental.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, julgar o processo extinto com exame do mérito, nos termos do 269, IV, e do art. 495, ambos do CPC e julgar prejudicado o agravo regimental.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 13/02/2007.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com o objetivo de rescindir sentença prolatada nos autos dos Embargos à Execução 1998.38.00.044313-8/MG e mantida por acórdão desta Corte. O INSS, nos embargos à execu-

ção, alega excesso de execução, porquanto haveria erro nos valores encontrados a título de PCCS pelos embargados, ora réus, porque reajustaram os valores desde outubro de 1987 até outubro de 1988, quando o julgado exequendo determina que o empréstimo patronal deverá ser pago a partir de outubro de 1987 e adiantamento do PCCS, a partir de janeiro de 1988 e sempre considerando o valor nominal. Sustentou,

ainda, excesso de execução quanto às diferenças após outubro de 1988.

Segundo o autor, por tratar-se de matéria constitucional, não incide o óbice da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal. Assevera, ainda, violação de literal dispositivo de lei e da existência de coisa julgada inconstitucional, visto que a sentença proferida nos embargos à execução ofende a decisão proferida no processo de conhecimento.

O pleito de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (fl. 272), tendo o INSS manifestado agravo regimental (fls. 276/279).

Os réus, na contestação, alegam, inicialmente, decadência do direito à impetração da rescisória. No mérito, pede a improcedência do pedido, uma vez que o autor objetiva rediscutir matéria decidida no processo de conhecimento e nos embargos à execução.

O Ministério Público manifestou-se pela extinção do processo sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial, ou pelo reconhecimento da decadência do direito ao ajuizamento.

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Por petição inicial ajuizada em 23/08/2004, o INSS pleiteia rescindir sentença prolatada nos autos dos Embargos à Execução 1998.38.00.044313-8/MG e mantida por acórdão desta Corte.

Observo, todavia, que o julgado desta Corte foi no sentido de não conhecer da remessa oficial, uma vez que de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução ajuizados pelo INSS. Dessa forma, o que o INSS pretende rescindir é a sentença monocrática e não o acórdão desta Corte, o qual não analisou nenhuma pretensão, tão-só reconheceu que não era cabível, na espécie, a remessa oficial.

O prazo para o ajuizamento da ação rescisória, na hipótese, deve ser contado desde aquele em teria

ocorrido o trânsito em julgado da sentença monocrática, que foi publicada em 27/06/2000, sendo que, em 01/09/2000, a Secretaria certificou ter transcorrido o prazo de vista do INSS sem manifestação.

Nesse sentido, destaco da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação rescisória. Prazo para o ajuizamento. Termo inicial. Decadência. Questões autônomas em uma só decisão. Irresignação parcial. Trânsito em julgado da matéria não impugnada. Prazos distintos. Súmula 514/STF. Remessa oficial. Matéria não prequestionada.

1. Em sede de recurso especial, não se conhece de questões que não foram apreciadas pelo acórdão recorrido. Incidência dos Enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. “1. O termo inicial do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória não se conta da última decisão proferida no processo, mas, sim, do trânsito em julgado da que decidiu a questão que a parte pretende rescindir.

2. Deliberando o magistrado acerca de questões autônomas, ainda que dentro de uma mesma decisão, e, como na espécie, inconformando-se a parte tão-somente com ponto específico do decisor, olvidando-se, é certo, de impugnar, oportunamente, a matéria remanescente, tem-se-na indviduadamente por transitada em julgado.

3. A interposição de recurso especial parcial não obsta o trânsito em julgado da parte do acórdão federal recorrido que não foi pela insurgência abrangido.

4. “Se partes distintas da sentença transitaram em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial com seu próprio dies a quo: vide Pontes de Miranda, *Trat. da ação resc.*, 5ª ed., p. 353.” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, de José Carlos Barbosa Moreira, volume V, Editora Forense, 7ª Edição, 1998, p. 215, nota de rodapé 224).

5. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (.)” (REsp 381.531/RS, da minha Relatoria, *in* DJ 19/12/2002).

3. “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos.” (Súmula do STF, Enunciado 514).

4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.” (REsp 363169/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25/10/2004).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Neuza Alves, a Exma. Sra. Juíza Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada), ficando vencido o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves.

Situação semelhante decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Ação rescisória. Seu prazo de decadência conta-se do trânsito em julgado da sentença e não do acórdão que não conheceu, por intempestiva, da apelação. (Re 108727/ GO – Goiás, Relator Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 30/05/1986)

Como a ação rescisória foi proposta somente em 23/08/2004, e a sentença rescindenda foi publicada em 27/06/2000, observa-se que transcorreu prazo superior a 2 (dois) anos, estando assim configurada a ocorrência do prazo decadencial previsto no art. 495 do Código de Processo Civil.

Por estes fundamentos, julgo extinto processo, nos termos do art. 269, IV, e do art. 495, ambos do Código de Processo Civil.

Condeno o INSS em honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa, bem como no pagamento da multa prevista no art. 488, inciso II, do Código de Processo Civil, caso a decisão seja por unanimidade de votos.

Isento de Custas (art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/1996).

É como voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor Presidente, vou pedir a mais respeitosa licença ao eminente Relator e àqueles que o acompanharam, mas entendo que, no caso, o trânsito em julgado da sentença proferida nos embargos à execução encontrava-se, por força de uma remessa oficial que, bem ou mal, foi determinada pelo juízo de origem, pendente de uma condição suspensiva, assim da confirmação ou da modificação do julgado, ainda que aquela viesse a ocorrer — como efetivamente ocorreu na hipótese em causa — por meio indireto, mediante o reconhecimento da inadmissibilidade do reexame necessário. Antes, pois, da deliberação do órgão de segundo grau, não se poderia falar, a meu sentir, em trânsito em julgado. Por isso, entendo que o marco inicial de fluência do pleito rescisório se deu não em função sentença submetida a reexame, mas do acórdão que teve aquele reexame por incabível na espécie.

Assim, Senhor Presidente, entendo que não se caracteriza decadência no caso em exame.

Segunda Seção

Embargos Infringentes e de Nulidade em Recurso Criminal

2004.31.00.002441-0/AP

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)
Relator para acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Embargante: Norte Brasil Telecom S/A
Advogado: Dr. Oscar Luís de Moraes e outros
Embargada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Oswaldo José Barbosa Silva
Publicação: DJ 2 de 13/04/2007

Ementa

Penal. Processual Penal. Embargos infringentes em apelação criminal. Crime ambiental. Responsabilidade penal. Pessoa jurídica. Possibilidade (CF: art. 225, § 3º, e Lei 9.605/1998: art. 3º). Pessoa jurídica demandada juntamente com a pessoa física. Hipótese de litisconsorte passivo necessário.

I – Com o advento da Lei 9.605/1998, que regulamentou o art. 225, § 3º, da CF/1988, são passíveis de punição, no âmbito penal, não só as pessoas físicas, como também as jurídicas, por condutas lesivas ao meio ambiente.

II – O art. 3º da Lei 9.605/1998, ao disciplinar a responsabilização penal da pessoa jurídica, prevê, para tal, hipótese de co-autoria necessária, não se podendo dissociar a responsabilidade da pessoa jurídica da decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sociedade, devendo, assim, a pessoa jurídica ser demandada com a pessoa física que determinou a prática do ato causador da infração.

III – Embargos infringentes providos.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, dar provimento aos embargos.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 21/03/2007.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — Norte Brasil Telecom S/A opõe embargos infringentes em face da divergência ocorrida no âmbito da egrégia Quarta Turma deste Tribunal, quando do julgamento do respectivo recurso em sentido estrito (fls. 162/176).

A denúncia foi rejeitada com o fundamento de não ser possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica por crimes ambientais de forma isolada, sem

que conste na denúncia a pessoa natural responsável pelo ato delitivo (fls. 47/54).

No julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, a Turma, por maioria, entendeu ser possível a persecução penal em desfavor de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental independentemente da responsabilização concomitante de pessoa física (fls. 160).

Postula a embargante a prevalência do voto vencido, que afasta qualquer possibilidade de a denúncia ser recebida, por não terem sido identificadas as pes-

soas físicas que atuaram em nome e em proveito da pessoa jurídica.

Alega que a pessoa jurídica não pode ser punida criminalmente por lhe faltar o requisito vontade inerente ao conceito de conduta penalmente relevante. Sustenta que não há como se vislumbrar a possibilidade desta agir, conforme o direito, por ser um ente fictício, absolutamente dependente da vontade de seus sócios que sequer foram denunciados.

O Ministério Público Federal, em parecer da vbra do ilustre Procurador Regional da República Dr. Oswaldo José Barbosa Filho, opina pelo não-provimento dos embargos (fls. 181/184).

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — O presente recurso foi interposto em função de decisão da Quarta Turma que reformou decisão de rejeição de denúncia a qual tinha como fundamento a impossibilidade de instauração de ação penal em face de pessoa jurídica de forma isolada, sendo necessário constar igualmente como denunciado a pessoa física responsável pela ação delituosa.

Na oportunidade, Sua Excelência o Desembargador Ítalo Fioravanti manifestou voto divergente no sentido de que a disposição do art. 3º da Lei 9.605/1998 não autoriza a responsabilização penal da pessoa jurídica de forma isolada. Os argumentos usados são repisados na peça de interposição dos infringentes.

Malgrado a proficiência com que foi alinhavado o voto que conduz a divergência não entendo que mereça qualquer reparo a decisão firmada na oportunidade.

Constato que o ponto nodal da controvérsia é a consideração do instituto da culpabilidade no fenômeno da responsabilização penal da pessoa jurídica, a partir de sua percepção estritamente individualista. Por

certo, a dificuldade surge do apego ao conceito clássico de culpabilidade como reprovabilidade da conduta, a qual pressuporia, de forma necessária, a noção de vontade, vontade humana e sua capacidade de discernimento da ilicitude: sem vontade não há conduta e muito menos possibilidade de reprovação e punibilidade penal. Para essa concepção, como tais elementos são incompatíveis com a realidade ontológica da pessoa moral¹, impunha-se obediência ao próloquio *societas delinquere non potest*. Contudo, a premissa — que não coloco em discussão posto que não encontro infringência à sua aceitação nos tribunais nacionais — de que a Constituição Federal admitiu a responsabilização penal da pessoa jurídica, em especial nos casos de crimes ambientais, impõe ao intérprete, aplicador do sistema normativo, a necessidade de uma postura questionadora desse entendimento cuja aceitação encerraria, de logo e inadequadamente, o debate.

De logo, cabe verificar que a postura do legislador constituinte em admitir a responsabilização penal das pessoas jurídicas possui condicionantes sociais de fácil percepção, o que foi bem acentuado pelo Desembargador Carlos Olavo no julgamento do Mandado de Segurança 2005.01.00.058946-8TO, fazendo constar Sua Excelência no voto vogal, acompanhando o voto vencedor, que:

Dos estudos que fiz, colhi que o direito é uma ciência viva; os conceitos se alteram conforme as circunstâncias da vida. Hoje, não é como ao tempo do código de 1940, em que as pessoas não se escondiam atrás da pessoa jurídica, como hoje comumente o fazem, para alcançarem fins nem sempre acobertados pela lei.

De fato, na atual sociedade de massas, os figurinos das ações criminosas foram ganhando novas conformações, em especial no campo dos delitos contra a ordem econômica e ambiental, sendo que a pessoa jurídica passou, cada vez mais, a ser instrumento de consecução dessas ações sem que se pudesse impor qualquer reprimenda penal haja vista, repise-se, a noção de que *societas deliquere non potest*.

Desse modo, a vontade constitucional nos impõe a necessidade de superação desse obstáculo teórico. É imprescindível, em atendimento ao princípio da máxi-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz, Tourinho Neto, a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada), ficando vencido o Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

¹ SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001, p.66.

ma efetividade das normas constitucionais, compatibilizar a noção de culpabilidade, inculpada no art. 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVII, da CF, com a disposição do art. 225, parágrafo primeiro, igualmente da CF, segundo o qual “as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O ponto de partida é ter-se a clara noção de que a culpabilidade retrata fenômeno de dimensão essencialmente normativa e histórica, não é fenômeno natural que se imponha ao conhecimento por força de sua própria evidência. Como fenômeno normativo e histórico, está sujeito a oportunidades e conveniências ditadas em determinado momento por forças instaladas socialmente, nesse sentido diz Francisco Muñoz Conde que:

A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. É, pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças sociais existentes em um determinado momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável da liberdade e da não liberdade².

Para perceber o acerto da colocação, é suficiente considerar que, mesmo no sistema clássico, a culpa em sentido estrito somente leva à imposição de pena por conformação normativa e não naturalística.

A partir daí entendo que a responsabilização da pessoa jurídica conduz-se desde uma noção de culpabilidade social que “surge a partir do momento em que ela [pessoa jurídica] deixa de cumprir com a sua função esperada pelo ordenamento jurídico e exigível a todas as empresas em igualdade de condições”³. Vale dizer, a pessoa jurídica possui um paradigma de ação firmado pelo ordenamento jurídico, informado por

²CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 128, *apud*, COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e infrações administrativas e ambientais*. 2ª ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.58.

³COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e infrações administrativas e ambientais*. 2ª ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.60.

expectativas sociais, cuja transgressão pode acarretar a reprimenda penal.

Acerca do ponto, Paulo José da Costa Junior e Edis Milarê bem expõem que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se funda em uma responsabilidade social, que seria uma categoria complexa, possuindo como elementos a *capacidade de atribuição e a exigibilidade*⁴. A capacidade de atribuição permite verificar se o fato deve ser atribuído à pessoa jurídica, ou seja, se se trata de ação institucional ou ação atribuível simplesmente à pessoa física que a apresenta, de forma individual. Nesse contexto, cumpre considerar o que chamo de vontade institucional, pois, concretamente, pode-se perceber no campo da ação institucional uma “vontade” formada no seio dos mecanismos de decisão próprios das pessoas jurídicas e que se desprende de uma vontade individual (de uma pessoa física) identificável e com ela não se confunde, o que melhor se constata quando as decisões são tomadas por organismos colegiados. Portanto, o fato punível que pode ser atribuído à pessoa jurídica é aquele decorrente da vontade institucional, o que ficou bem retratado pela Lei 9.605/1998, que, no art. 3º, estabelece:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

A lei, de conseguinte, adotando o entendimento exposto, caracteriza a ação institucional como aquela decorrente de decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica, ou seu órgão colegiado, ou seja, oriundo da vontade institucional, agregando um componente econômico, que é a vantagem a ser obtida pela pessoa jurídica. Ressalte-se, então, desde logo, que dessa postura normativa, inafastavelmente, decorre que a responsabilização penal da pessoa jurídica prescinde de uma pessoa física identificável, posto que isso pode nem ser possível em algumas hipóteses de decisões colegiadas, mormente quando a manifestação dos membros do colegiado não for nominal ou mesmo secreta; ademais, passe o truismo, a vontade colegiada,

⁴COSTA Jr., Paulo José da; MILARÊ, Edis. *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98*.

em situações normais, não se confunde com a decisão individual de seus membros.

Assim que, identificada a capacidade de atribuição, para a definição da culpabilidade social, cabe perquirir a reprovabilidade ou não da ação em face do sistema normativo, considerando-se, ainda, a possibilidade de exigir-se ou não conduta diversa.

Cumprir curar que definitivamente não se cuida de responsabilidade pelo resultado, note-se que o enfoque é na ação reputada como delituosa e sua reprovabilidade social, enquanto na responsabilidade objetiva o que importa unicamente é o resultado, logo:

A responsabilidade social não equivale à responsabilidade objetiva, porque a responsabilidade social permite eximentes, tais como o erro de tipo e as causas de justificação...⁵

Com efeito, tal entendimento firma elementos suficientes para a imputação penal da pessoa jurídica sem que, para tanto, se considere imprescindível a determinação de uma co-autoria delitiva necessária com a pessoa física que seria o “verdadeiro agente”. Sem embargo, o entendimento contrário equivale dizer que a responsabilização da pessoa jurídica se daria unicamente como reflexo da responsabilização da pessoa física, o que é equivocado posto não atender a exigência constitucional de conformação de uma sistemática própria de responsabilização da pessoa jurídica, implementada pela Lei 9.605/1998.

Reitere-se, por ser de fundamental importância, que apesar da noção de que a pessoa física mais do que simplesmente representar a pessoa jurídica verdadeiramente a apresenta, corporificando-a, é possível isolar uma ação propriamente institucional, e que pode ter subjacentes ações de sujeitos físicos sequer identificáveis ou mesmo culpáveis, sendo que a sua base de responsabilização penal decorre da culpabilidade social conformada normativamente.

Disso resta inquestionável que o parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/1998, antes de prever um litisconsórcio passivo necessário, reconhece a independência do substrato fático-normativo da responsabilização da pessoa física e jurídica, deixando claro que a responsabilização de uma não exclui a da outra.

⁵COSTA Jr., Paulo José da; MILARÊ, Edis. *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98*, p. 22

Enfim, e em conclusão, entendo plenamente possível a instauração da ação penal exclusivamente contra a pessoa jurídica *quando não for possível identificar a pessoa física envolvida* (de outra forma entraria em debate a indivisibilidade da ação penal, que não vem ao caso), uma vez que sua responsabilização possui contornos próprios para além da de uma ação humana individualizada, com o que se dá máxima eficácia à norma constitucional.

Essa inferência ganha ainda suporte, sobejando aos argumentos aqui lançados, com os quais espero estar contribuindo para a construção decisória sobre o tema, no precedente desta egrégia Seção firmado no MS 2005.01.00.058946-8/TO (já mencionado), cuja ementa assim ficou assentada:

Processo Penal. Direito Ambiental. Ação Penal. Lei 9.605/1998, art. 29. Justa causa. Pessoa jurídica.

1. A denúncia para dar início à ação penal deve guardar fidelidade com a prova colhida no inquérito policial ou nos elementos de informação, já que a peça vestibular não pode e não deve afastar-se da realidade.

2. De acordo com a maioria da Seção, pode a pessoa jurídica sozinha ser denunciada por infração penal (Vencedores: Juizes Olindo Menezes, Cândido Ribeiro, Carlos Olavo e Guilherme Doheller; vencidos: Juizes Tourinho Neto, relator e Juiz Ítalo Mendes). (Rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ2 de 09/02/2006, p. 4.)

Por esses fundamentos, não merece reforma a decisão que determinou o recebimento da denúncia, visto que, superada a questão acima tratada, não vislumbro qualquer das hipóteses do art. 41 do CPP, razão por que nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Voto de Revisão

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz. — Examinados os autos, nada a acrescentar ao relatório de fls.

A denúncia foi oferecida contra a pessoa jurídica Norte Brasil Telecom S/A, pela prática de crime contra o meio ambiente, previsto no art. 63 da Lei 9.605/1998, *verbis*:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei,

ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Entendo que não merecem acolhida as razões que constam dos embargos infringentes.

Pretende o embargante que prevaleça o voto vencido do Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, segundo o qual a ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.

Ao rejeitar a denúncia, o voto vencido assim decidiu sob o fundamento de que “não merece recebimento a v. peça inicial acusatória, não pela impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, mas pela circunstância de a denúncia, sem observar o princípio da indivisibilidade da ação penal, ter sido oferecida única e exclusivamente em desfavor da pessoa jurídica identificada na petição inicial, com omissão daquelas pessoas físicas que, em seu nome (da pessoa jurídica), poderiam ter participado do evento apontado como delituoso.”

Sustenta o embargante que “a punibilidade da pessoa social está condicionada à sujeição de seus dirigentes, gerentes ou prepostos, à punição de acordo com a mesma norma incriminadora e pelo mesmo fato, porque só estes últimos é que detêm a capacidade de atuação no mundo físico”.

Alega, ainda, que “o recebimento da inicial acusatória oferecida exclusivamente em desfavor da pessoa moral, sem que tenham sido nela incluídas pessoas físicas que tenham atuado em nome e em benefício da pessoa jurídica denunciada é manifestamente inviável”.

A verificação da existência do crime imputado à embargante depende de exame de provas e de detalhada análise das circunstâncias do caso, o que somente pode com segurança aferir-se após a instrução da causa. Além disso, não é hipótese de manifesta atipicidade da conduta.

Não assiste razão à embargante com efeito, tratando-se de ação penal pública, não se aplica o princípio da indivisibilidade, segundo o qual a ação penal

deve abranger todos aqueles que cometeram a infração, podendo, no caso, o Ministério Público optar por processar apenas um dos ofensores, optando por coletar maiores evidências para processar posteriormente os demais.

Ademais, a respeito do tema, o legislador constituinte da Carta de 1988 fez inserir no texto constitucional a seguinte norma:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Com o advento da Lei 9.605/1998, que regulamenta o dispositivo constitucional acima transcrito, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, assim estabelece em seus arts. 2º e 3º, parágrafo único, *verbis*:

Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º. *As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado no interesse ou benefício da sua entidade.*

Parágrafo único. *A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.* (Grifos nossos.)

Assim, visando um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, em sendo este essencial à sadia qualidade de vida, optou o legislador, conforme se infere da leitura dos dispositivos legais retromencionados,

pela responsabilização não só das pessoas físicas, como também das jurídicas, no âmbito penal, objetivando a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações, de conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Em que pese entendimento contrário de parte da jurisprudência e da doutrina, no sentido de inaplicabilidade da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, *data venia*, entendo ser perfeitamente possível responsabilizá-las penalmente, à medida que a Lei 9.605/1998, ao estabelecer meios de punição das pessoas jurídicas, fê-lo não com a imposição de pena privativa de liberdade, mas com outras sanções peculiares à natureza jurídica das empresas que infringirem a norma ambiental legal.

A propósito, nesse sentido, trago à colação precedentes jurisprudenciais, *verbis*:

Penal e Processual Penal. Crime ambiental. Lei 9.605/1998. Competência. Justiça Federal. Pesca. Mar territorial. Prova. Responsabilidade penal. Pessoa jurídica. Princípio da insignificância. Inocorrência.

1. Compete à justiça estadual o processo e julgamento dos crimes contra o meio ambiente envolvendo também a fauna e a flora, bem de uso comum do povo (CF – art. 225). Todavia, incide a competência da Justiça Federal quando o delito ocorrer em águas ou terras da União, ou quando o bem atingido for de sua propriedade por ato jurídico específico. Precedente do STF (RE 300.244-9/SC).

2. A pesca ocorrida em mar territorial configura crime da competência federal, pois ocorrente em bem de propriedade da União (CF, art. 20, VI).

3. O sistema do Código de Processo Penal permite decisão condenatória que utiliza prova indiciária, quando esta se mostra concludente e exclui qualquer hipótese favorável ao acusado, e ainda se coaduna com a prova colhida nos autos.

4. *A Lei 9.605/1998, no seu art. 3º, atribui responsabilidade administrativa, civil e penal aos atos praticados por pessoa jurídica, por ordem de seu representante legal no interesse da empresa, por isso que se me apresenta correta a denúncia oferecida contra pessoa jurídica e seu diretor presidente.*

5. Descabe a alegação de ausência de dano ambiental se a quantidade de pescado apreendida é significativa.

6. Improvimento das apelações. (Grifo nosso.)

(ACR 2001.39.006832-7/PA, TRF/1ª Região, Terceira Turma, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado), DJ de 24/02/2006, p. 43).

Penal. Recurso criminal. Crime ambiental. Art. 63 da Lei 9.605/1998. Rejeição da denúncia. Pessoa jurídica. Legitimidade passiva. Possibilidade. Responsabilização penal da pessoa jurídica. Art. 225, § 3º, CF. Lei 9.605/1998, art. 3º parágrafo único. Denúncia que deve ser recebida. Recurso provido.

1. A responsabilização penal das pessoas jurídicas está prevista no art. 225, § 3º, da CF.

2. A Lei 9.605/1998 regulamentou a proteção constitucional dada ao meio ambiente, prevenindo sanção aos crimes contra ele praticado.

3. *É passível o oferecimento da denúncia e, portanto a existência de persecução penal em desfavor de pessoa jurídica, pela prática de crime ambiental.*

4. Denúncia que deve ser recebida.

5. Recurso Criminal provido. (Grifo nosso.)

(RCCR 2004.31.00.002441-0/AP, Quarta Turma, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, DJ de 25/05/2006, p. 24).

Criminal. RESP. Crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Responsabilização penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do legislador. Forma de prevenção de danos ao meio ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Co-responsabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Acusação isolada do ente coletivo. Impossibilidade. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Demonstração necessária. Denúncia inepta. Recurso desprovido.

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. (Grifos nossos.)

(REsp 610114/RN, STJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, *DJ* de 19/12/2005, p. 463.)

Habeas corpus. *Crimes ambientais. Inépcia da denúncia: incorrência. Existência de indícios de autoria e materialidade. Exame de provas. Ausência de constrangimento ilegal. Responsabilização penal da pessoa jurídica. Cabimento. Mitigação do princípio do "societas delinquere non potest". Responsabilidade social. Violação do art. 225, §3º, da CF/1988 e do art. 3º da lei 9.608/1998. Possibilidade do ajustamento das sanções penais a serem aplicadas à pessoa jurídica. Necessidade de maior proteção ao meio ambiente.*

Descabe acoimar de inepta denúncia que enseja a adequação típica, descrevendo suficientemente os fatos com todos os elementos indispensáveis, em consonância com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

A alegação de negativa de autoria do delito em questão não pode ser apreciada e decidida na via do habeas corpus, por demandar exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via eleita.

Ordem denegada. (Grifo nosso.) (HC 43751/ES, STJ, Quinta Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 17/10/2005, p. 324.)

Como se vê, nesta espécie de delito, as condutas praticadas por pessoas físicas e jurídicas não se confundem, sendo certo, conforme se extrai da norma legal, que a punição das pessoas físicas e/ou jurídicas, pela prática de crime ambiental, tanto nos âmbitos administrativo e civil, como também no penal, sem sombra de dúvidas, é perfeitamente possível, à luz da Constituição Federal e da Lei 9.605/1998, o que legitima figurarem no pólo passivo da ação penal.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Pedi vista para reexaminar a questão. O voto do eminente Juiz Relator, Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo, todavia, não me convenceu, *data venia*.

Ao votar, como relator, em que fiquei vencido, juntamente com o Juiz I'talo (vencedores os votos dos Juízes Olindo Menezes, Cândido Ribeiro, Carlos Olavo e Guilherme Doheller), o MS 2005.01.00.058946-8/TO, em sessão de 14/12/2005 (*DJ* 09/02/2006), disse:

1. Duas espécies de pessoas existem no ordenamento jurídico: as físicas, também chamadas de naturais, que são os seres humanos; e as jurídicas, conhecidas por morais (direito francês) ou coletivas (direito português), como as associações, sociedades, fundações, agrupamentos, em última palavra, de homens para determinados fins, com personalidade distinta da dos seus membros. Aquelas em Augusto Teixeira de Freitas, o baiano, jurisconsulto do império, chamava, inteligente e interessadamente, de pessoas de existência visível, as outras, de existência ideal. As duas são sujeitos de direitos e são capazes de obrigações.

Nos interessa, nesse estudo, a pessoa jurídica, explicando Orlando Gomes⁶ que:

“O fenômeno da personalização de certos grupos sociais é contingência inevitável do fato associativo. Para a realização de fins comuns, isto é, de objetivos que interessam a vários indivíduos, unem eles seus esforços e haveres, numa palavra, associam-se. A realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta somente se permitisse pela soma, constante e iterativa, de ações individuais. Surge, assim a necessidade de personalizar o grupo, para que possa proceder como uma unidade, participando do comércio jurídico com individualidade, tanto mais necessária quanto a associação, via de regra, exige a formação de patrimônio comum constituído pela afetação dos bens particulares dos seus componentes.”

Para uns, como Ihering, no entanto, não existe pessoa jurídica e sim associação de indivíduos, isto é, indivíduos reunidos para a realização de um mesmo fim, e, desse modo, temos esses indivíduos como sujeitos de direitos. Por uma ficção jurídica, são considerados em conjunto.

⁶ *Introdução ao direito civil*, 10. ed., 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 191 e 192.

Segundo outros, a pessoa jurídica tem personalidade própria, por força de uma ficção, como ensina Savigny, isto é tão somente uma abstração, resultante puramente da lei; ou porque são reais, uma realidade objetiva, conforme dizem Giorgi, Zitelman, Otto Gierke e outros; ou por força de uma realidade técnica, que lhe dá forma, segundo lição de Geny e de Ferrara.

O certo é que a personalidade resulta de um ficção do Direito. Diz Orlando Gomes⁷ que:

“O temor de dizê-lo [que a personalidade da pessoa jurídica é uma ficção jurídica] para evitar mal-entendidos, constitui, provavelmente, a razão determinante da afirmação de que as pessoas jurídicas têm realidade técnica.”

À família, por exemplo, a lei não deu personalidade jurídica.

Societas delinquere non potest. Sociedade não pode delinquir. Essa era a posição do direito romano-germânico. Já nos países anglo-saxões, admite-se a responsabilidade da pessoa jurídica, o que vem sendo seguido por diversos países. A Constituição portuguesa de 1976 (art. 66) e espanhola de 1978 (art. 45), segundo nos informa Uadi Lamêgo Bulos⁸, a prevêem. A França claramente com o Código Penal, que passou a vigorar a partir de 01/03/1994, admitiu, no art. 121, 2^o, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas¹⁰. México e Cuba também a admitem¹¹. Essa é a tendência de todos ordenamentos jurídicos.

No Brasil, a Constituição Federal ditou dois dispositivos que demonstram que passamos a seguir a posição anglo-saxônica. São o § 5^o do art. 173 e o § 3^o do art. 225.

O primeiro deles abre caminho para que se possa adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao dizer que:

“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, *sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza*, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (destaquei).

⁷ *Op. cit.*, p. 195.

⁸ Constituição Federal anotada, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1109.

⁹ “As pessoas jurídicas, à exclusão do Estado, são responsáveis penalmente”

¹¹ Keity Mara Ferreira de Souza. *A (ir) responsabilidade penal da pessoa jurídica. Jus navegandi* – www.jus.com.br

¹¹ Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. cit.*

“Punições compatíveis com sua natureza”. No inciso XLVI do art. 5^o, está estabelecido que a lei poderá adotar, além da pena de privação ou restrição da liberdade, as seguintes penas: perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos. Penas essas, sem dúvida alguma, compatíveis com a natureza da pessoa jurídica.

O § 3^o do art. 225 é mais incisivo. Diz:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou *jurídicas*, a sanções *penais* e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (destaquei).

Apesar da clareza desse dispositivo, alguns juristas, como René Ariel Dotti, Cezar Roberto Bitencourt, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Luiz Regis Prado e outros, entendem que a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada penalmente.

Luiz Regis Prado¹² afirma:

“Não há falar aqui em previsão pelo texto constitucional da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o dispositivo refere-se, expressamente, a conduta/atividade, e, em seqüência, a pessoas físicas ou jurídicas. Desta forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correlação significativa mencionada. Nada obstante, mesmo que ad argumentandum — o dizer constitucional fosse em outro sentido — numa interpretação gramatical (a menos recomendada) diversa —, não poderia ser aceito.”

René Ariel Dotti¹³ sustenta que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos, não podendo os crimes e contravenções ser praticados por pessoas jurídicas.

Os que não admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, partem do entendimento de que falta a tais pessoas: capacidade de ação, pois não têm elas consciência e vontade; capacidade de culpabilidade, uma vez que não possuem o juízo de censura, do conhecimento da ilicitude; e capacidade de pena, os fins da pena, retribuição, intimidação, reeducação, não lhe tocam.

Todavia, tais argumentos são, com vantagem, rebatidos. Francisco Munõz Conde¹⁴ explica:

¹² *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 32.

¹³ A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1995, v. 11, p. 201.

¹⁴ *Teoria geral do delito*. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 128.

“Refutar o conceito tradicional de culpabilidade não significa necessariamente ter que renunciar a ela como categoria jurídico-penal, mas sim a necessidade de buscar-lhe um fundamento distinto. Para isso, é preciso começar por abandonar de uma vez a velha concepção, produto da ideologia individualista dominante no momento em que surgiu como categoria autônoma dentro do direito penal. Essa concepção vê a culpabilidade como um fenômeno individual, isolado, que só afeta o autor do fato típico e antijurídico.”

E chama, com acuidade, a atenção¹⁵:

“Realmente, não há culpabilidade em si, mas sim uma culpabilidade com referência aos demais. A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. É, pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças sociais existentes em um determinado momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não-liberdade. Daí decorre que o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico: ela não é uma categoria abstrata ou histórica, à margem, ou, inclusive, como uns acreditam, contrária às finalidades preventivas do direito penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e para que, em um determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.”

Recentemente, reafirmou o ilustre jurista seu entendimento¹⁶:

“No hay, pues, em principio, inconveniente legal alguno de revisar la tesis tradicional y reinterpretar el Derecho positivo em un sentido más favorable a la exigencia de responsabilidad penal también a las personas jurídicas, aun dentro respeto más escrupuloso a la actual regulación vigente.”

Observe-se que a pessoa jurídica celebra contratos, é sujeito de direitos e obrigações. É dotada de subjetivismo. Não podemos nos esquecer que é o direito quem dá personalidade ao homem, tanto assim que os escravos não tinham personalidade. Por que, então, não pode a pessoa jurídica praticar atos ilícitos de natureza penal? E o que distingue o ilícito cível do penal? O penal é apenas mais grave do que o ilícito cível. Pode, em determinado momento histórico, um ato deixar de ser punido penalmente

e passar a ser considerado apenas um ilícito cível, como esse pode ser considerado penal.

A pessoa jurídica, dizem aqueles que são contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não tem vontade, logo não pode cometer uma infração penal.

Uma outra razão para não se aceitar tal responsabilidade é que a condenação da pessoa jurídica atinge pessoas inocentes. Ora, o argumento é pequeno, se considerarmos que a condenação do pai de família também atinge pessoas inocentes, os seus dependentes.

Modernamente, não se tem mais a pena como instrumento de reeducação, e sim o de reprovar a conduta criminoso, para “validar o conceito de bem jurídico para a maioria do grupo social”¹⁷.

Antes da Constituição de 1988, em 1986, Francisco de Assis Toledo¹⁸ já dizia:

“Acreditamos, porém, que, no futuro, o direito penal poderá estender suas malhas sobre a pessoa jurídica, desde que, para tanto, alargue e modifique o atual conceito de pena.”

A ação praticada pela pessoa jurídica deve estar, evidentemente, relacionada com sua atividade social, beneficiando-a, direta ou indiretamente.

Boa parte dos juristas entende que a responsabilidade penal dos dirigentes da pessoa jurídica é a melhor solução. Todavia, hoje em dia, é grande o poder que têm as empresas, envolvendo vários dirigentes, tornando-se difícil depois determinar a atuação deles, de quem partiu a ordem criminoso, o que dificulta e mesmo impossibilita a punição. E mais: quem se beneficia com a prática do ilícito é a empresa. Há de haver a máxima efetivação e a prevenção. O funcionário, que deu a ordem ilícita penalmente, na grande maioria das vezes, nada lucra. Sim, porque se o beneficiário direto foi ele, a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada. Explica Sérgio Salomão Shecaira¹⁹:

“A atual sistemática de responsabilidade individual é insuficiente para dissuadir o cometimento do delito no âmbito das grandes empresas. Quando ocorre um delito de natureza econômica o agente imediato é punido, mesmo não obtendo qualquer benefício direto com o cometimento do delito. No mais das vezes, a verdadeira beneficiária — a em-

¹⁵ *Op. cit.* p. 128/129.

¹⁶ *Teoria geral do delito.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65/66.

¹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.92.

¹⁸ *Princípios básicos de direito penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 137.

¹⁹ *Op. cit.* p. 148.

presa — obtém as vantagens do crime sem sofrer qualquer consequência legal ou patrimonial.”

Se o crime foi cometido no interesse da empresa, em seu benefício, deve por ela responder, também, penalmente. É o que dispõe o art. 3º da Lei 9.605/1998 (Lei dos crimes ambientais):

(...) as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, *no interesse ou benefício de sua entidade* (destaquei).

Explica Edis Milare²⁰:

“Se o ato praticado, mesmo através da pessoa jurídica, apenas visou a satisfazer os interesses do dirigente, sem qualquer vantagem ou benefício para a pessoa jurídica, essa deixa de ser o agente do tipo penal e passa a ser meio utilizado para a realização da conduta criminosa. Ao contrário, quando a conduta visa à satisfação dos interesses da sociedade, essa deixa de ser meio e passa a ser agente.”

Temos que a pessoa física ou jurídica, inclusive o Estado, que cometer crime ecológico responde penalmente pelo ilícito cometido. A Constituição Federal, no § 3º do art. 225, deixa claro que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais”.

Na verdade, porém, nos crimes em que a pessoa jurídica dele participa há uma *co-autoria necessária* entre a pessoa física, o seu representante legal, e a empresa. Explica Rodrigo Sánchez Rios²¹:

“O legislador — supostamente seguindo a orientação constitucional — ao editar a Lei 9.605/1998, confirmou a responsabilidade criminal das empresas nos delitos contra o meio ambiente. Verifica-se que em matéria de tutela penal ambiental, o legislador optou por art. 3º, pela teoria da co-autoria necessária entre agente individual e coletivo. Além disso, no seu art. 4º desta citada lei, resta expressa a adoção da teoria da desconsideração da pessoa jurídica sempre que a personalidade da empresa constituir-se em obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Esse é, igualmente, o pensamento de Sérgio Salomão Shecaira²²:

“A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, o que demonstra a adoção do sistema de dupla imputação. Através deste mecanismo, a punição de um agente (individual ou coletivo) não permite deixar de lado a persecução daquele que concorreu para a realização do crime, seja ele co-autor ou partícipe. Consagrou-se, pois, a teoria da co-autoria necessária entre agente individual e coletividade.”

O que se deve é, para a caracterização da responsabilidade da pessoa jurídica, ampliar, tão-só para essa finalidade, o conceito de representante legal, como salienta Ney Barros Bello Filho²³:

“O conceito do representante legal firmado pela lei deve ser interpretado extensivamente para abranger aqueles gerentes, administradores de fato e dirigentes que, mesmo sem poderes contratuais para representar a firma, dirigem o dia-a-dia da empresa.

A não se interpretar desta forma, a responsabilidade da pessoa jurídica seria afastada pela simples alegação de que o representante legal não dirige a empresa de fato e não poderia jamais ter tomado aquela decisão. Seria argumento suficiente para fazer letra morta o dispositivo que responsabiliza a pessoa jurídica.

Nas empresas de médio e grande porte, e sempre naquelas que possuem mais de um estabelecimento, seria inviável a comprovação da determinação para aquela prática do representante legal da pessoa jurídica.

Nas empresas de médio e grande porte, e sempre naquelas que possuem mais de um estabelecimento, seria inviável a comprovação da determinação para aquela prática do representante legal da pessoa jurídica.

A responsabilidade criminal do ente moral surgiu exatamente para atalhar a dificuldade, e até mesmo impossibilidade, de se comprovar que a ordem criminosa partiu do dirigente da pessoa jurídica. Ao se necessitar desta mesma comprovação para a responsabilização da pessoa jurídica estaria criando instituto aplicável, que esbarraria nas mesmas dificuldades que ensejaram a sua criação.”

²⁰ Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 356.

²¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Indagações sobre a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In PRADO, Luiz Regis (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 185.

²² SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In GOMES, Luiz Flávio (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias em direito penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 140.

²³ BELLO FILHO, Ney Barros [et al.]. *Crimes e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei n. 9.605/98*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 68.

Ademais, o princípio da indivisibilidade, *em face do princípio da obrigatoriedade*, deveria obrigar que a denúncia fosse ajuizada contra todos que tivessem, juntos, cometido o delito. Não poderia o Ministério Público, a seu talante, escolher contra quem deve ajuizar a ação penal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que (HC 74661/RS, rel. Min. Celso de Mello, sessão de 19/12/1996, Primeira Turma DJ 25/04/1997):

“O princípio da indivisibilidade. Peculiar à ação penal de iniciativa privada. Não se aplica às hipóteses de perseguibilidade mediante ação penal pública.”

Não é possível que, na hipótese, não se possa identificar quem foi o autor intelectual do delito ou o seu executor. A empresa, por si só, não poderia ter cometido o delito que se lhe imputa. “O Ministério Público, sob pena de abuso no exercício da prerrogativa extraordinária de acusar, não pode ser constrangido, diante da insuficiência dos elementos probatórios existentes, a denunciar pessoa contra quem não haja qualquer prova segura e idônea de haver cometido determinada infração penal” (HC 71429/SC, Rel. Min. Celso de Mello (DJ 25/08/1995), Primeira Turma.

No REsp 564960/SC, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 02/06/2005 (DJ 13/06/2005), relator Min. Gilson Dipp, decidiu que:

“A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.”

Assim, igualmente, decidi ao julgar o Edcl no Resp 622724/SC, em sessão de 02/08/2005 (DJ 29/08/2005), a mesma Quinta Turma, tendo como relator, agora, o Min. Felix Fischer, voltou a decidir que:

“Em momento algum, frise-se, a questão foi decidida à luz de dispositivos constitucionais, porquanto, apenas, procurou-se demonstrar que a responsabilidade penal se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Destarte a prática de uma pessoa penal pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a ação, bem como a culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal.

Mantenho, *data venia*, este entendimento e, assim, dou provimento aos embargos infringentes para acompanhar o Juiz Revisor, Hilton Queiroz, fazendo, pois, prevalecer o voto vencido, rejeitando a denúncia oferecida contra Norte do Brasil Telecom S/A.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia:
— Senhor Presidente, essa é uma matéria que foi apreciada na 4ª Turma, onde houve o entendimento, por na ocasião da decisão embargada, diverso do voto divergente, já que a maioria da 4ª Turma entendeu que poderia haver a cindibilidade da ação penal em relação à pessoa jurídica e à pessoa física, e que não prevaleceria o princípio da co-autoria necessária. Daí, em função da minoria existente, a impetração de embargos infringentes na Seção.

Ouvi, com atenção, a argumentação do voto do Juiz convocado Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo e, também, o próprio voto de Vossa Excelência, que foi bastante minudente em relação à argumentação pelo acolhimento dos embargos infringentes, e, agora, o voto do Desembargador Federal Tourinho Neto, no mesmo sentido, mas tinha já o convencimento de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não ocorre em concurso ou co-autoria necessária em relação à pessoa física. E essa questão, inclusive, já foi debatida na seara do Direito Administrativo, tomando em conta a pessoa jurídica do Estado. Desde o século XIX, na França, desde o julgamento do caso ou “Arrêt” Anguet, tomou-se em consideração não ser importante ou necessária a presença e a responsabilização definida de um agente público para, com isso, haver a possibilidade de acarretar consequências jurídicas para o Estado. No caso, o senhor Anguet foi retirado à força de uma agência postal (para onde ele teria ocorrido, supostamente, após o encerramento do horário de expediente) e então empurrado para fora da agência, e havia um ressalto na porta, e sofreu danos em função da lesão que sofreu. E entrou com uma ação responsabilizando, portanto, o Estado. O que ocorreu nesse processo? O agente responsável pela expulsão dele da agência não foi identificado. Não obstante a falta de indicação do agente responsável, o Estado foi responsabilizado. Daí originou-se, na França, a “Teoria da Culpa Anônima do Serviço”. E essa é uma construção que pode ser trazida exatamente a esse caso concreto, quando houve, por parte da empresa, a instauração de uma antena de celular. Ainda que não se identifique quem instalou a antena, qual foi o funcionário responsável, quem determinou a ordem da instalação (evidentemente uma tal instalação não aconteceria sem a participação ou a

omissão da empresa), parece-me que a tese de co-autoria necessária não se exige, até mesmo porque poderíamos estar diante de uma ausência de imputabilidade do agente, onde ele jamais figuraria na denúncia, se apresentada, e ainda assim teríamos a responsabilidade da pessoa jurídica a ser apurada. O próprio Desembargador Federal Tourinho Neto acaba de destacar, também, que o Supremo Tribunal Federal não acolheu o princípio da indivisibilidade nas ações civis públicas, de modo que esse princípio não poderia ser aventado ao caso. Visa-se, efetivamente, o princípio da dupla imputação. Não vejo como a previsão na legislação de desconsideração da pessoa jurídica pode implicar ou acarretar logicamente a afirmação de que estaria presente no direito brasileiro a idéia de co-autoria necessária. E lembrando esse precedente da França, no caso da responsabilidade civil do Estado, vejo que a culpa anônima é uma construção que impõe a conclusão de que a personalidade da pessoa jurídica pode, sim, ser independente da responsabilidade de seus agentes.

Com isso, acompanho o Relator, negando provimento aos embargos.

É o voto.

Terceira Seção

Ação Rescisória

1999.01.00.036481-6/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus

Autora: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogados: Dr. Ubiraci Moreira Lisboa e outros

Reus: Josélio Lopes da Silva e outros

Advogado: Dr. Amário Cassimiro da Silva

Publicação: DJ 2 de 13/04/2007

Ementa

Ação rescisória. FGTS. Juros progressivos. Ausência de apreciação de prova constante dos autos. Comprovada admissão dos litigantes no emprego em data posterior à Lei 5.705/1971. Inexistência de direito ao benefício. Erro de fato. Violação literal a dispositivo de lei. Rescisão do julgado.

I – É rescindível o julgado que concede o direito à capitalização de contas do FGTS com a taxa progressiva de juros a trabalhadores que não preenchem os requisitos legais para usufruí-la, por duplo fundamento: a) erro de fato, por ter o aresto rescindendo, ao deixar de apreciar prova documental constante dos autos, considerado que os autores manifestaram opção retroativa, nos termos da Lei 5.958/1973, quando, na realidade, tal não ocorreu, uma vez que foram eles admitidos no emprego em data posterior à edição da Lei 5.705/1971, que extinguiu o critério da progressividade de juros e instituiu taxa fixa de 3% ao ano e b) violação literal a disposição do art. 1º da Lei 5.705/1971.

II – Não havendo deliberação judicial acerca de prova relevante para o desate da lide, tem cabimento a ação rescisória porquanto presumível que o acórdão não teria julgado como fez se houvesse atentado para a prova (STJ/AR 852/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca).

III – Ação rescisória procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 20/03/2007.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Fagundes de Deus*: — A Caixa Econômica Federal ajuizou a presente ação rescisória objetivando desconstituir julgado na parte em que concedeu a titulares de contas do FGTS o direito ao depósito de juros, na forma progressiva, conforme previsto na Lei 5.107/1966.

Alega a autora, em síntese, que a decisão rescindenda se encontra fundada em erro de fato, por não ter

considerado prova constante dos autos, em que se vê que a data de admissão de quatro litisconsortes se deu posteriormente à edição da Lei 5.705, de 21/09/1971, que fixou a taxa fixa de juros de 3% ao ano, razão por que não lhes seriam devidos os juros progressivos previstos na Lei 5.107/1966. Sustenta, ainda, violação literal aos arts. 1º da Lei 5.958/1973, 2º da Lei 5.705/1971 e 4º da Lei 5.107/1966.

Foi parcialmente deferido o pedido de antecipação da tutela, “para suspender o processo de execução,

apenas na parte relativa aos questionados juros progressivos” (fls. 229).

Apesar de regularmente citados, os réus não apresentaram resposta.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pela procedência do pedido, ratificando pronunciamento anterior, de fls. 239-243.

É o relatório.

Voto*

O Exmo Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Busca a CEF, por intermédio desta ação, desconstituir julgado que concedeu o direito à capitalização de contas do FGTS com a taxa progressiva de juros a trabalhadores que não fazem jus ao benefício, por terem sido admitidos nos respectivos empregos em data posterior à edição da Lei 5.705/1971, que instituiu a taxa fixa de juros de 3% ao ano. Alega, para tanto, violação literal a dispositivos de leis e erro de fato, ante a não-consideração de prova documental constante dos autos, que atestava a data de admissão dos litigantes.

Com razão a autora. Com efeito, sobre o tema, o art. 4º da Lei 5.107/1966 estabelecia a incidência dos juros progressivos nas contas do FGTS da seguinte forma:

Art 4º A capitalização dos juros dos depósitos mencionados no art. 2º far-se-á na seguinte progressão:

I – 3% (três por cento) durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa;

II – 4% (quatro por cento) do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa;

III – 5% (cinco por cento) do sexto ao décimo ano e permanência na mesa empresa;

IV – 6% (seis por cento) do décimo-primeiro ano de permanência na mesma empresa, em diante.

Posteriormente, adveio a Lei 5.705, de 21/09/1971, que, alterando a Lei 5.107/1966, introduziu taxa de juros fixa de 3% (três por cento) ao ano e extinguiu o critério da progressividade, ressalvando, no entanto, o

direito adquirido dos empregados que já eram optantes à data de sua publicação, para que continuassem a se beneficiar da progressividade dos juros. Eis o texto do art. 1º da referida lei:

Art. 1º O art. 4º da Lei 5.107, de 13/09/1966, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei 20, de 14/09/1966, passa a vigorar com a seguinte redação, revogados os parágrafos 1º e 2º.

“Art. 4º A capitalização dos juros dos depósitos mencionados no art. 2º far-se-á à taxa de 3% (três por cento) ao ano.”

Em seguida, foi editada a Lei 5.958/1973, que permitiu aos empregados não optantes o direito de retroagir a opção pelo FGTS, *in verbis*:

Art. 1º Aos atuais empregados, que não tenham optado pelo regime instituído pela Lei 5.107, de 13/09/1966, é assegurado o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 01/01/1967 ou à data da admissão ao emprego se posterior àquela, desde que haja concordância por parte do empregador.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica também aos empregados que tenham optado em data posterior à do início da vigência da Lei 5.107, retroagindo os efeitos da nova opção a essa data ou à da admissão.

§ 2º Os efeitos da opção exercida por empregado que conte dez ou mais anos de serviço poderão retroagir à data em que o mesmo completou o decênio na empresa.

Como resultado dessas implicações legislativas, os tribunais passaram a entender que se achava configurado o direito dos empregados, até então não optantes, *admitidos antes da vigência da lei nova (Lei 5.705/1971)*, à taxa progressiva de juros, com efeitos retroativos a 01/01/1967 ou à data de admissão ao emprego, se posterior àquela, desde que tivessem permanecido na mesma empresa pelo tempo legal exigido e demonstrado que ainda não estavam recebendo a referida progressão. Isso significa que, mesmo aqueles que ainda não haviam manifestado a opção após a edição da Lei 5.705/1971, poderiam fazê-lo, de forma retroativa, passando a ter direito ao critério da progressividade.

Pacificando a matéria, a Primeira Seção do STJ, em 22/03/96, editou a Súmula 154, cujo enunciado reconhece o direito à taxa progressiva, nestes termos:

Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei 5.958, de 1973, têm direito à taxa progressiva dos juros, na forma do art. 4º da Lei 5.107, de 1966.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues, João Batista Moreira, Selene de Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente.

Na situação da causa, porém, observo que constava dos autos da ação originária documentação comprobatória de que Josélio Lopes da Silva, Luiz Geraldo do Nascimento, Maria Tereza Vidal e Zilda Maria Gomes foram admitidos no primeiro emprego, respectivamente, em 01/03/1979, 10/03/1986, 01/02/1983 e 15/02/1972 (fls. 35, 46, 50 e 53), ou seja, em datas posteriores à edição da Lei 5.705, de 21/09/1971, que, alterando legislação anterior, introduziu taxa de juros fixa de 3% (três por cento) ao ano e extinguiu o critério da progressividade.

Nítido, assim, que a decisão rescindenda se fundou em erro de fato, uma vez que, ao deixar de apreciar prova documental relevante para o deslinde da causa, considerou que os autores manifestaram opção retroativa, nos termos da Lei 5.958/1973, quando, na realidade, tal não ocorreu. O aresto impugnado, pois, acabou por reconhecer o direito dos litigantes à progressão de juros, sem que tenham preenchido os requisitos legais para tanto (admissão anterior à Lei 5.705/1971 e comprovação da retroatividade da opção).

Portanto o equívoco, assim levado a efeito, foi fator decisivo à errônea conclusão do julgado, configurando o denominado erro de fato a ensejar a rescisão do julgado (CPC, art. 485, inciso IX).

Cito, a respeito, precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Ação rescisória. Erro de fato. Omissão, no julgamento, quanto à prova. Configuração da hipótese versada no inciso IX, art. 485, CPC.

Não havendo deliberação judicial acerca de prova relevante para o desate da lide, tem cabimento a ação rescisória porquanto presumível que o acórdão não teria julgado como fez se houvesse atentado para a prova.

Ação julgada procedente.

(AR 852/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/12/1999, DJ de 27/03/2000, p. 62.)

Nessa perspectiva, não há dúvidas — em face do que dispõe o art. 1º da Lei 5.705/1971, que deu nova redação ao art. 4º da Lei 5.107/1966 — da ausência do direito dos ora réus à capitalização do saldo de suas contas do FGTS com a taxa progressiva de juros, pelo que se conclui que o julgado rescindendo, diante do erro de fato no qual incidiu, acabou por violar literal disposição de lei, concedendo benefício a quem não o

possui legalmente, sendo, também por esse fundamento, suscetível de rescisão.

Dispositivo

Ante o exposto, julgo procedente o pedido deduzido nesta ação rescisória, para desconstituir a decisão rescindenda na parte em que concedeu os juros progressivos em favor dos litigantes Josélio Lopes da Silva, Luiz Geraldo do Nascimento, Maria Tereza Vidal e Zilda Maria Gomes.

Sem condenação ao pagamento de honorários (Lei 8.036/1990, art. 29-C).

Restitua-se à autora a quantia referente ao depósito de que trata o art. 488, II, do CPC.

É o meu voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória

1998.01.00.066417-2/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias

Autora: Extramil Extração de Minérios S/A e outros

Advogados: Dra. Myrian Passos Santiago e outro

Ré: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Publicação: DJ 2 de 27/04/2007

Ementa

Processo Civil. Ação rescisória. Programa de integração social (PIS). Decretos-Leis 2.445 e 2.449/1988. Inconstitucionalidade. Certidão trânsito em julgado. Exigência. Prazo decadencial. Art. 495 do Código de Processo Civil. Termo a quo. Sistemática da Lei Complementar 7/1970. Constitucionalidade.

I – “Não é exigível certidão que indique a data em que se operou o referido trânsito em julgado, desde que os dados oferecidos permitam aferir-se quando ele ocorreu.” (REsp 111.096/AM, STJ, DJ 20/03/2000, p. 75.)

II – “[...] Sendo assim, na hipótese do processo seguir, mesmo que a matéria a ser apreciada pelas instâncias superiores refira-se tão somente à intempestividade do apelo - existindo controvérsia acerca deste requisito de admissibilidade, não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso.[...]” (EREsp 441252 / CE, STJ, Corte Especial, DJ 18/12/2006 p. 276.)

II – É cabível a ação rescisória — proposta com supedâneo em julgado do Supremo Tribunal Federal proferido em caso concreto —, uma vez que o *decisum* adquiriu eficácia *erga omnes*, quando a norma tida por inconstitucional foi retirada do mundo jurídico, por meio de resolução do Senado Federal.

IV – “São inconstitucionais, por impropriedade formal da via legislativa, os Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, que alteraram a contribuição para o Programa da Integração Social – PIS.” (Súmula 22/TRF 1ª Região.)

V – A Lei Complementar 7/1970 foi recepcionada no art. 239 da Constituição Federal de 1988, que manteve a contribuição para o PIS, alterando, tão somente, sua destinação. Precedentes nesta Corte.

VI – Preliminares rejeitadas. Ação rescisória provida.

Acórdão

Decide a Seção rejeitar as preliminares e dar provimento à Ação rescisória, por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 28/02/2007.

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Extramil Extração de Minérios S/A e outros propuseram ação rescisória, em 17/09/1998, com base no art. 485, V, do CPC para rescindir acórdão da 4ª Turma desta Corte, proferido em 07/08/1991 (fls. 234/239) nos autos da REOMS 89.01.09001-5/MG, cuja ementa é a seguinte:

Tributário. Contribuição para o PIS. Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988. Constitucionalidade.

1. O Plenário do Tribunal, em 16/05/1991, julgando incidente de inconstitucionalidade argüido na REO 89.01.10478-4/MG, rejeitou-o, proclamando a legalidade dos decretos-leis de regência do PIS.

2. Sentença modificada. Remessa oficial provida. (fls. 239)

No juízo *a quo* — em que pleiteavam a declaração de inexistência de relação jurídica que as obrigassem ao recolhimento da contribuição ao PIS (LC 7/1970) com as alterações dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, reputados inconstitucionais — a sentença concedeu-lhes a segurança, determinando que as contribuições para o PIS continuassem sendo feitas no *quantum* e nos prazos previstos na Lei Complementar 7/1970, até que, de modo diverso, venha a dispor a lei.

Alegam os autores que a decisão rescindenda, ao sujeitá-los ao recolhimento da contribuição ao PIS (LC 7/1970), com as alterações dos DL 2.445/1988 e DL 2.449/1988, que o STF declarou inconstitucionais, violou o art. 55, II, da CF/1969. Requerem a rescisão do acórdão, para que lhes seja concedida a segurança, suspendendo-se parcialmente a exigibilidade da exação nos valores que ultrapassarem o *quantum* e os prazos previstos na Lei Complementar 7/1970 e determinando o levantamento da caução depositada nestes autos, nos termos do art. 488, inciso II, do CPC.

Foram interpostos e admitidos recursos, especial e extraordinário, do acórdão ora rescindendo.

O STF, malgrado ter, inicialmente, julgado precedente o RE, acolheu preliminar de intempestividade argüida pela Fazenda Nacional, em Embargos de Declaração, e não conheceu do Recurso Extraordinário. (fls. 450/454). O REsp, por outro lado, teve seu seguimento negado no STJ, em decisão monocrática do re-

lator, sob o fundamento de não ser possível discussão de matéria constitucional em sede de Recurso Especial. (fls. 470/472).

Foi juntada cópia do trânsito em julgado da decisão do Recurso Extraordinário, fls. 473, a qual, em razão de estar ilegível, teve nova juntada pelos autores, quando das razões finais. Ela aponta o dia 09/02/1998 como data do trânsito em julgado do acórdão do STF. (certidão de f. 492).

Valor da causa: R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Depósito prévio aos fls. 474.

A Fazenda Nacional argüi o não conhecimento da rescisória, sob o fundamento de que os autores deixaram de instruir a inicial com a certidão do trânsito em julgado. Argüi, ainda, a decadência da ação, uma vez que o acórdão rescindendo foi prolatado em 07/08/1991, tendo, portanto, transitado em julgado em setembro de 1991, pois os recursos, especial e extraordinário, por ter o seguimento negado, o primeiro, e por não ser conhecido pelo STF, o segundo, não interromperam o prazo decadencial Alega, por fim, não terem as decisões do STF, carreadas aos autos, eficácia *erga omnes*, não podendo ser rescindido, portanto, o acórdão. (fls. 478/482)

Nas Razões finais, as autoras pugnam pelo afastamento das preliminares e sustentam que as ações rescisórias vêm sendo acatadas pelos Tribunais, não obstante a decisão do STF seja em controle difuso ou concentrado. (fls. 483/491)

A Fazenda Nacional, nas razões finais, (fls. 498), reitera os termos da contestação, pela inadmissibilidade da rescisória.

O Ministério Público Federal, no parecer, opina pela admissibilidade da rescisória e, no mérito, por sua procedência. (fls. 506/510)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — *Ab initio*, passa-se à análise das chamadas

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Luciano Tolentino Amaral, Antônio Ezequiel da Silva, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Amorim e Catão Alves.

prefaciais (preliminares ou prejudiciais) argüidas pela União (Fazenda Nacional).

Quanto à instrução da inicial, não merece acolhida a preliminar, uma vez que os autores não deixaram de juntar cópia da certidão de trânsito em julgado, quando do ajuizamento da rescisória. Observa-se, apenas, que ela não estava legível para permitir a verificação da tempestividade, defeito corrigido com a juntada de nova cópia aos fls. 492. Por outro lado, é sabido que, desde que se possa aferir a data em que o trânsito em julgado ocorreu, a certidão torna-se inexigível, conforme ilustra o seguinte julgado do STJ, *in verbis*:

Não é exigível certidão que indique a data em que se operou o referido trânsito em julgado, desde que os dados oferecidos permitam aferir-se quando ele ocorreu. (STJ, T4, REsp 111.096/AM, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 20/03/2000, p. 75.)

No que se refere à prejudicial de decadência da propositura da rescisória, em razão da inadmissibilidade dos recursos junto às Cortes Superiores, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara e contrária à tese, conforme se vê do seguinte julgado, *in verbis*:

Processual Civil. Ação rescisória. Prazo decadencial. Art. 495 do Código de Processo Civil. Termo a quo. Trânsito em julgado da decisão proferida sobre o último recurso interposto, ainda que discuta apenas a tempestividade de recurso. Precedentes. Embargos rejeitados.

I - Já decidiu esta Colenda Corte Superior que a sentença é una, indivisível e só transita em julgado como um todo após decorrido *in albis* o prazo para a interposição do último recurso cabível, sendo vedada a propositura de ação rescisória de capítulo do *decisum* que não foi objeto do recurso. Impossível, portanto, conceber-se a existência de uma ação em curso e, ao mesmo tempo, várias ações rescisórias no seu bojo, não se admitindo ações rescisórias em julgados no mesmo processo.

II - Sendo assim, na hipótese do processo seguir, mesmo que a matéria a ser apreciada pelas instâncias superiores refira-se tão-somente à intempestividade do apelo – existindo controvérsia acerca deste requisito de admissibilidade, não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso. Precedentes.

III - No caso específico dos autos, a questão sobre a tempestividade dos embargos de declaração opostos contra sentença que julgou procedente o pedido do autor refere-se à alteração do serviço de intimação dos atos judiciais, que antes era feita

pelo correio para o advogado residente em outra capital, e que posteriormente passou a ser por meio de publicação de edital.

IV - Prevalecendo o raciocínio constante nos julgados divergentes, tornar-se-ia necessária a propositura de ação rescisória antes da conclusão derradeira sobre o feito, mesmo que a matéria pendente se refira à discussão processual superveniente

V - Desconsiderar a interposição de recurso intempestivo para fins de contagem do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória seria descartar, por completo, a hipótese de reforma do julgado que declarou a intempestividade pelas instâncias superiores, negando-se a existência de dúvida com relação à admissibilidade do recurso.

VI - Embargos de divergência rejeitados. (REsp 441252/CE, STJ, Corte Especial, DJ 18/12/2006 p. 276.)

Por outro lado, e em harmonia com o aludido entendimento, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de a data do trânsito em julgado deve ser única para as partes, desde que, não se evidencie má-fé dos autores na oposição dos recursos, conforme se vê da transcrição parcial de voto proferido pelo eminente Des. Federal Luciano Amaral, *litteris*:

Não bastante o fato de a negativa de seguimento da apelação e da remessa oficial ter se dado por “improcedência”, (razão de mérito), o termo a quo para contagem do prazo decadencial é o trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos: “A data do trânsito em julgado é uma para as partes, salvo má-fé do recorrente (...)” (TRF1, S4, EIAR 1999.01.00.018012-7/DF, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, DJ 18/06/2004, p. 03), qual seja, a data do trânsito em julgado da decisão monocrática (STJ) que negou seguimento ao AG 362.922/MG (13/03/2002).

Por último, descabe a alegação de não cabimento da rescisória tendo em vista ser a decisão do STF *incidenter tantum*, uma vez que a ela foi dada eficácia *erga omnes*, a partir da publicação da Resolução 49, editada pelo Senado Federal, no dia 10/10/1995.

Ante o exposto, máxime por não estar caracterizada, *in casu*, má-fé dos autores na interposição dos recursos às Cortes Superiores, rejeitam-se as preliminares.

No mérito, quanto à constitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, que alteraram a alíquota do PIS e sua base de cálculo, em um primeiro

momento, foram eles entendidos constitucionais, por esta Corte, conforme ilustra o julgado a seguir:

Tributário. PIS. Modificação de base de cálculo. Redução do prazo de recolhimento. Alteração de alíquotas. Decretos-Leis 2.445 e 2.449/1988. Constitucionalidade.

I - O PIS e uma contribuição social e não um tributo, não se lhe aplicando, conseqüentemente, o princípio constitucional da anterioridade (art. 153, parágrafo 29 da Carta de 1967/1969), nem a restrição prevista no art. 21, parágrafo 1, que se refere a imposto, caso diverso do PIS. Precedentes do STF.

II - As alterações determinadas pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449/1988 dispensam lei complementar, eis que esta só se reveste de tal caráter em relação à matéria cujo regramento impescinde, por expressa determinação constitucional, de tratamento legislativo especial. Ademais, a regra do art. 62, parágrafo 2 da Carta de 1969 referia-se exclusivamente a tributos, o que o PIS deixou de ser após a Emenda Constitucional 8/1977.

III - O PIS, face a sua natureza, arrecadação, gestão e objetivos, constitui matéria de finanças públicas, podendo ser tratado através de Decreto-Lei, nos termos do art. 55, inciso II, da constituição passada.

IV - Não descaracteriza o PIS, de modo a tornar inconstitucional a sua exação, o fato de a nova base de cálculo estabelecida pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449/1988 não representar especificamente o lucro, porém a receita operacional bruta, desde que a empresa tenha lucro e que este comporte o recolhimento do PIS. precedentes da própria legislação complementar e regulamento do PIS, que determinavam que parte do recolhimento teria como base o faturamento da empresa.

V - As razões de urgência ou de interesse público relevante são de juízo exclusivo do presidente da República, cabendo ao Congresso Nacional, que dispõe de meios e elementos para discutir tais aspectos, considerá-las ou não no curso do prazo de sessenta dias previsto no art. 55, parágrafo único da Constituição anterior, tornando-se superada a questão com a aprovação, explícita ou implícita, do Decreto-Lei pelo Legislativo. Impossibilidade até material de o Poder Judiciário questionar a existência ou não da urgência ou relevância do interesse público dada a falta de acesso aos elementos concretos e face, ainda, a subjetividade que o tema encerra.

VI - O ato das disposições constitucionais transitórias, art. 25, parágrafo 1, incisos I e II, inexistem sejam os Decretos-Leis aprovados pelo Congresso Nacional no prazo de cento e oitenta dias a contar

a promulgação da Constituição de 1988, mas, sim, que haja a sua apreciação dentro daquele lapso temporal, fato ocorrente na espécie.

VII - Diversidade de fundamentos em votos majoritários.

VIII - Arguição de inconstitucionalidade rejeitada. (INREO 89.01.10478-4/MG, Plenário, maioria, DJ 20/06/1991, p. 14.331.)

Posteriormente, o Supremo Tribunal, ao julgar o Recurso Extraordinário 148.754/RJ, assim se pronunciou sobre os aludidos atos normativos, em voto da lavra do eminente Ministro Francisco Rezek, que se transcreve, em parte:

[...] Para que algo seja tributo, é preciso que seja antes receita pública. Não se pode integrar a espécie quando não se pode integrar o gênero. Dinheiros recolhidos não para ter ingresso no tesouro público, mas para, nos cofres de uma instituição autônoma, se mesclarem com dinheiros vindos do erário e resultarem afinal na formação do patrimônio do trabalhador; nisso o Supremo não viu natureza tributária, como, de resto, não viu natureza de finanças públicas. Não estamos aqui diante de receita.

De tal sorte, da Emenda Constitucional 8/1977 até a nova Carta da República o que se tem, no PIS, é uma contribuição social de natureza não tributária. Vai aí uma tese que o eminente relator, com poderosos argumentos refuta, mas que eu prefiro preservar, fiel ao que a Casa disse no passado.

Nesse contexto, defrontamo-nos com o art. 55, inciso II, da velha Carta. Essa é a norma constitucional que está em jogo:

“O Presidente da República, em caso de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

[...] II - Finanças públicas, inclusive normas tributárias;”

Parece-me que tem razão a empresa recorrente. Os dois decretos-leis, discutidos na espécie, foram editados numa hipótese em que não estava o Presidente da República autorizado à utilização desse instrumento normativo. Em tais circunstâncias, e pedindo vênias ao Min. Relator, voto no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário, para restabelecer a autoridade da sentença de primeiro grau.

O mencionado julgado recebeu a seguinte ementa:

Constitucional. Art. 55-II da Carta anterior.

Contribuição para o PIS. Decretos-Leis 2.445 e 2.449, de 1988. Inconstitucionalidade.

1. Contribuição para o PIS: sua estranheza ao domínio dos tributos e mesmo aquele, mais largo, das finanças públicas. Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC 8/77 (RTJ 120/1.190).

2. Trato por meio de decreto-lei: impossibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969). Inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, de 1988, que pretenderam alterar a sistemática da contribuição para o PIS (RE 148.754-2/RJ, STF, Pleno, maioria, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. 24/06/1993, DJ 04/03/1994 p. 3.290)

Roma locuta causa finita. Em consequência, o TRF 1ª Região, em 11/11/1993, modificou o entendimento anterior e pacificou a questão editando a Súmula 22, que tem o seguinte enunciado:

São inconstitucionais, por impropriedade formal da via legislativa, os Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, que alteraram a contribuição para o Programa da Integração Social – PIS.

Quanto à Lei Complementar 7/1970, ela foi recepcionada pelo atual texto constitucional, em seu art. 239, que manteve a contribuição, alterando, tão-somente a destinação, conforme se vê do aludido dispositivo:

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

Tal entendimento é pacífico na Corte, como se colhe, por ilustração, seguinte julgado:

Tributário. Programa de integração social (PIS), sistemática da Lei Complementar 7/1970. Constitucionalidade. Sistemática dos DDL 2.445 e 2.449/1988. Inconstitucionalidade.

1. A contribuição para o PIS, pela regência da Lei Complementar 7/70, de 07/09/1970, foi recepcionada pela Constituição de 1988, que vinculou a sua arrecadação ao financiamento do seguro-desemprego (art. 239).

2. As modificações introduzidas na sua sistemática, pelos Decretos-Leis 2.445/1988 e

2.449/1988, não podem subsistir, por inconstitucionalidade formal. Precedentes do STF, no RE 148.754-2/RJ – DJ de 10/09/1993, p. 18.831.

3. Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS 94.01.2439-9/DF – Rel. Juiz Olindo Menezes – 3ª Turma – DJ 09/02/1995, p. 5.063)

Ante o exposto, rejeito as preliminares e julgo procedente o pedido rescisório, para rescindir o acórdão na REOMS 89.01.09001-5/MG e negar provimento à remessa oficial, mantendo os termos da sentença *a quo*. Condeno a União no ressarcimento das custas e em honorários de advogado, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa nesta rescisória, uma vez que o feito anterior está albergado pela Súmula 512/STF. Autorizo o levantamento do depósito prévio, observado o art. 488, II, do CPC.

É o voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, como disse Sua Excelência, o Relator, são duas prefaciais. A primeira estaria prejudicada no sentido de que tenho defendido nesta Corte: na ação rescisória, deverá iniciar o prazo de decadência a partir do trânsito em julgado, quando se julga a questão de mérito, mas, como, já, por várias vezes, fiquei vencida, ultrapassando essa questão, gostaria de ver registrado o meu posicionamento. Acompanho o Relator no mérito.

Primeira Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2001.34.00.008700-8/DF

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana (convocada)

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero

Apelado: Oscar Andrade Mota

Advogados: Dr. Ayres de Oliveira e outro

Remetente: Juízo Federal da 16ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 16/04/2007

Ementa

Constitucional. Administrativo. Servidor público. “Abate-teto”. Aposentado. Adicional por tempo de serviço, décimos/quintos — vantagem do art. 15, Lei 9.527/1997. Vantagens de caráter pessoal. Exclusão. Art. 5º da Lei 8.852/1994. Opção de função. Limitação temporal. Valores pagos por sentença judicial. Natureza dos valores. Inclusão no teto constitucional. Gratificação pelo desempenho de atividade tributária — GDAT e da opção de 55% das. Vantagens de natureza funcional. Provimento parcial da apelação e da remessa.

I – As vantagens pessoais que estão excluídas da incidência do abate teto previsto na Lei 9.624/1998 são aquelas de natureza personalíssima, como o adicional por tempo de serviço e a vantagem pessoal denominada quintos/décimos — art. 15, Lei 9.527/1997 e, por isso, não integram o teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da CF com a redação dada pela EC 19/1998, limitando-se temporalmente à edição da EC 41/2003.

II – A vantagem funcional indicada pelos servidores para exclusão do abate-teto, que estaria baseada no art. 5º da Lei 8.852/1994, não existe, posto que o que ali se determina, dentre outras coisas, a redução das remunerações que ultrapassem o limite estabelecido no teto remuneratório. Assim, devem ser incluídas no teto constitucional as vantagens inerentes ao cargo: vantagem do art. 5º da Lei 8.852/1994 e a opção de função de servidor aposentado.

III – Os valores pagos em decorrência de sentença judicial dependem da natureza dos mesmos. O fato de se tratar de parcela remuneratória paga a tal título não a caracteriza como vantagem de caráter pessoal. No caso, o valor referente ao adicional por tempo de serviço deve ser excluído do teto, pois restou demonstrado que tal decisão judicial se refere a vantagem de natureza pessoal. A Gratificação pelo Desempenho de Atividade Tributária – GDAT foi considerada vantagem de caráter geral devida aos aposentados e pensionistas pela Suprema Corte, e, a exemplo da Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função – GADF, não constitui vantagem de natureza pessoal e sim gratificação pecuniária pelo exercício de função pública, logo, caracteriza-se como vantagem funcional, integrando a remuneração para fins de incidência do teto constitucional. A opção de 55% DAS também se inclui no teto constitucional, visto que não representa vantagem pessoal, mas sim funcional, pois decorre unicamente do exercício regular de determinada função ou cargo em comissão.

IV – Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Acórdão

Decide a 1ª Turma do TRF 1ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Juíza Relatora.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 05/03/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:
— Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Oscar Andrade Mota contra ato do Delegado de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal, objetivando que as vantagens de natureza individual e personalíssima não sejam computadas para efeito de limitação do teto constitucional.

Alega o impetrante que foi surpreendido com um desconto em sua ficha financeira denominado Abate Teto (CF, art. 37, e Abate Teto/Lei 8.852/1994) e que as vantagens de natureza individual (décimos, função gratificada, adicional de tempo de serviço, sentenças judiciais, etc.), não são computadas para efeito de limitação do teto constitucional.

Liminar deferida para fins de afastar os descontos a título de abate teto efetuados sobre os vencimentos do impetrante (fls. 26/30).

Na sentença de fls. 89/93, o MM. Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Francisco Neves da Cunha, concedeu a segurança para reconhecer o direito à não aplicação do redutor-teto na remuneração do requerente previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, bem como determinar a reposição quanto aos pagamentos irregulares realizados no curso do presente *mandamus*. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios (Súmula 512/STF).

Inconformada, a União interpôs o recurso de apelação de fls. 101/114, alegando, em síntese, que o teto constitucional previsto no inciso XI do art. 37 da CF/1988 se impõe a qualquer tipo de valor percebido em espécie por aposentado ou não, por ser norma de eficácia plena e de aplicação imediata, que deve ser combinada com as disposições do art. 17 dos ADCT da CF/1988. Aduz que a Lei 8.448/1992 não cuidou das parcelas remuneratórias que deveriam ser excluídas da base de cálculo do denominado abate teto.

Contra-razões às fls. 138/142.

Opina o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso de apelação e da remessa de ofício (fls. 147/149).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:
— Trata-se de remessa oficial e de apelação cível interposta contra sentença que concedeu a segurança para determinar que o impetrante receba seus proventos sem a submissão de suas vantagens pessoais ao abate teto previsto no art. 37, inciso XI, da CF/1988, bem como a reposição quantos aos pagamentos irregulares realizados no curso do processo.

Remessa oficial interposta nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/1951. Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conhecimento da apelação interposta.

Pretende o impetrante que o pagamento de seus proventos seja efetuado sem a incidência do redutor constitucional denominado “abate-teto”, alegando que as vantagens de natureza individual (décimos, função gratificada, adicional de tempo de serviço, sentenças judiciais, etc.) não são computadas para efeito de limitação do teto constitucional.

De acordo com o contracheque juntado, a remuneração do impetrante compõe-se de: provento básico; adicional por tempo de serviço (Lei 8.112/1990)-Apos; opção de função — aposentado; ressarcimento assistência à saúde; vantagem pessoal, art. 5º, Lei 8.852/1994; décimos — MP 1160/1995 — após e decisões judiciais transitadas em julgado.

Verifico que o desconto a título de limitação ao teto foi efetuado sob a rubrica “Abate Teto (CF, art. 37 — Apos e Abate Teto/Lei 8.852/1994 — Apos)”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes de editada a citada EC 19/1998, sempre foi no sentido de que as vantagens pessoais não deviam ser computadas para efeito de teto remuneratório. Confirmam-se os julgados a seguir transcritos:

Recurso extraordinário. Constitucional. Teto de remuneração. Quintos. Vantagens de natureza pessoal. Exclusão. Gratificação de Produtividade e Retribuição Adicional variável – RAV. Vantagem

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado. Ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (convocada).

inerente ao cargo. Inclusão.

1. Na fixação do teto remuneratório estabelecido pela Constituição Federal de 1988, excluem-se as vantagens de caráter individual ou pessoal e incluem-se as vantagens percebidas em razão do exercício do cargo.

2. Gratificação de Produtividade e Retribuição Adicional Variável (RAV). Vantagens percebidas em razão do cargo, que se incluem na fixação do teto remuneratório.

3. Cargo de confiança. Quintos. Incorporação. Vantagem de natureza pessoal que integra a remuneração permanente do servidor público. Exclusão do teto remuneratório.

Recurso extraordinário parcialmente conhecido e nessa parte provido. (STF, RE 185842/PE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Octávio Gallotti, maioria, DJ02/05/1997).

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Remuneração: Teto. Adicional por tempo de serviço e da sexta parte.

I – O adicional por tempo de serviço e o adicional da sexta parte constituem vantagens pessoais, que devem ser excluídas do teto da remuneração do servidor: CF, art. 37, XI. Devem ser calculados, entretanto, de forma singela sobre os vencimentos, não podendo ocorrer a sua recíproca e acumulativa incidência. É dizer, o que não pode ocorrer é o “re-pique” das vantagens, CF, art. 37, XIV.

II – R.E. conhecido e provido, em parte. (STF, 2ª Turma, RE 200363/PR, Rel. Ministro Carlos Velloso, unânime, DJ 27/02/1998).

Com a edição da Emenda Constitucional 19, de 04/06/1998, a redação do art. 37, XI, da CF/1988, foi alterada, passando a vigorar da seguinte forma:

Art. 37. (...)

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, *incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza*, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (Grifei).

Assim, as “*vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza*” passaram a integrar o cálculo para a aplicação do redutor teto constitucional.

Entretanto, no julgamento da Ação Originária 524-PA, o Plenário do STF decidiu, por maioria, excluir do redutor constitucional as vantagens de caráter pessoal, conforme se vê da seguinte ementa:

Constitucional. Aposentadoria de servidor público. Aplicação de “redutor constitucional” sobre o benefício previdenciário por resolução do presidente do Tribunal. Impossibilidade. Somente lei poderá estabelecer o teto constitucional — art. 37, XI, da CF, com redação da EC/19 —. Ausente a lei, vigente o sistema original da CF, que exclui do limite as vantagens de caráter pessoal. Precedentes. Segurança deferida em parte. (STF, AO 524/PA, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Nelson Jobim, maioria, DJ 20/04/2001).

Ressalte-se que o adicional por tempo de serviço e as vantagens denominadas “quintos/décimos”, transformadas em vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI, na forma do art. 15 da Lei 9.527/1997, como o próprio nome já diz, bem como em razão da sua natureza, são consideradas vantagens pessoais que integram a remuneração do servidor, devendo ser excluídas da incidência do teto remuneratório.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte, conforme segue, *verbis*:

Administrativo. “Abate-teto”. Vantagens de natureza individual. Incorporação de décimos. Exclusão. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

1. Sobre o tema da exclusão de determinadas parcelas da retenção do teto remuneratório, têm decidido reiteradamente esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça que não se incluem no cálculo do também chamado “abate-teto”, de que cuida o art. 37, XI, da Constituição Federal, as vantagens de cunho pessoal.

2. Precedentes.

3. Apelação da União e remessa oficial às quais se nega provimento. (AC 2000.34.00.036212-4/DF, Primeira Turma, Relator Des. Federal José Amílcar Machado, DJ 21/06/2004, p.10).

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Servidor público. “Abate-teto”. Lei 8.112/1990. Correção monetária. Honorários.

I – A remuneração máxima do servidor público está fixada na Constituição, art. 37, XI. Sua redução ao limite-teto da Lei Maior não ofende nem o instituto do direito adquirido nem a garantia da irredutibilidade de remuneração, princípios que, sobre não serem absolutos, admitem exceções, de sede também constitucional (art. 17 do ADCT).

II – Aplicação do art. 42, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.112/1990.

III – Exclusão das vantagens previstas nos incisos II a VII do art. 61 da mesma Lei e do art. 184, II, da Lei 1.711/1952 (precedentes colendo STF).

IV – A correção monetária incidente, mês a mês, sobre os atrasados.

V – Os honorários advocatícios são fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, consoante precedentes da Turma.

VI – Apelação e remessa oficial improvidas. Recurso adesivo provido de acordo com o item V. (AC 1999.38.00.007019-9/MG, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, *DJ* 03/05/2004, p. 56).

Administrativo. Proventos. Limite remuneratório. “Quintos/décimos”. Vantagem de natureza pessoal. Exclusão do teto.

1. Orientação jurisprudencial desta Corte, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a parcela relativa à vantagem incorporada à remuneração, denominada “quintos” ou “décimos”, está excluída do teto remuneratório constitucional, por se cuidar de vantagem de natureza pessoal.

2. Recurso de apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (AMS 1998.01.00.030983-3/DF, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, 2ª Turma, *DJ* 29/11/2000, p. 85)

Importante também ressaltar que a Lei 8.852/1994 determinou a redução das remunerações, ou dos proventos de aposentadoria, que ultrapassem o limite estabelecido no art. 3º da aludida lei, em atenção ao art. 37, XI, da Constituição Federal.

O referido diploma legal elencou, em seu art. 1º, inciso III, quais parcelas que não integram a remuneração do servidor, não sendo, portanto, computadas para o cálculo do teto salarial. A jurisprudência é no sentido de que se excluem da base de cálculo do “abate-teto” as parcelas discriminadas na Lei 8.852/1994.

Ocorre que a vantagem funcional indicada para exclusão do abate-teto, que estaria baseada no art. 5º da Lei 8.852/1994, não existe, posto que o que ali se determina, dentre outras coisas, é a redução das remunerações que ultrapassem o limite estabelecido no teto remuneratório. (Cf. AC 1999.01.00.021796-9/MG, Primeira Turma, Rel. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (conv.), *DJ* 22/04/2003, p. 62).

Assim, devem ser incluídas no teto constitucional as vantagens inerentes ao cargo: vantagem pessoal do art. 5º da Lei 8.852/1994 e a opção de função de servidor aposentado. Neste sentido a jurisprudência desta Corte sobre a matéria:

Administrativo. Funcionário público aposentado. Proventos. Abate-teto.

1. Orientação jurisprudencial assente nesta Corte Regional, firme no entendimento preconizado pela Suprema Corte, em face do sistema constitucional anterior ao da Emenda Constitucional 41, publicada no *Diário Oficial da União* de 31 de dezembro do ano próximo passado, a de que, enquanto não regulamentada, com a edição da lei de iniciativa conjunta a que se refere o inciso XV do art. 48 da Lei Fundamental, a disposição inscrita no inciso XI de seu artigo 37, o que não veio a ocorrer, continuaram excluídas do teto remuneratório as vantagens de natureza pessoal.

2. O simples fato de determinada parcela remuneratória ser paga em virtude de decisão judicial não a caracteriza como vantagem de caráter pessoal, impondo-se perquirir, para tal propósito, a natureza da mesma.

3. Não substanciam vantagens pessoais, incluindo-se, por isso mesmo, no teto remuneratório constitucional, as pagas a título de “Opção Função – Aposentado”, “Representação Mensal – Aposent.”, “Grat. Decreto-Lei 2.365/1987 – Apos. – AGRE” e “Opção GADF – LD 13/1992 AP”, objeto da controvérsia.

4. Recurso de apelação a que se nega provimento. (AMS 2001.34.00.009446-9/DF, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Segunda Turma, *DJ* de 09/07/2004, p.74)

Quanto aos valores pagos em decorrência de sentença judicial, impõe-se perquirir sobre a natureza dos mesmos. O simples fato de se tratar de parcela remuneratória paga a tal título não a caracteriza como vantagem de caráter pessoal.

No comprovante de rendimentos de fls. 20 (fevereiro/2001) constam 3 (três) valores relativos à “AO 88256-0-AD.TEMPO SER-AP”, “MS 9926435-1 15VF/DF GDAT” e “MS 967099-7 8VF/DF DAS/55%”.

O valor referente à “AO 88256-0-AD.TEMPO SER-AP” deve ser excluído do teto, pois restou demonstrado que tal decisão judicial se refere a vantagem de natureza pessoal (adicional por tempo de serviço).

A Gratificação pelo Desempenho de Atividade Tributária – GDAT foi considerada vantagem de

caráter geral devida aos aposentados e pensionistas pela Suprema Corte, e, a exemplo da Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função – GADF, não constitui vantagem de natureza pessoal e sim gratificação pecuniária pelo exercício de função pública, logo, caracteriza-se como vantagem funcional, integrando a remuneração para fins de incidência do teto constitucional. A opção de 55% DAS também se inclui no teto constitucional, visto que não representa vantagem pessoal, mas sim funcional, pois decorre unicamente do exercício regular de determinada função ou cargo em comissão.

A matéria foi apreciada por esta Corte, como se infere dos seguintes julgados:

Processual Civil. Constitucional. Redutor constitucional. “Abate-teto”. Ausência de lei. Sistema original da Constituição Federal. Exclusão das vantagens pessoais. Incidência sobre as vantagens funcionais.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Originária 524-0/PA, decidiu que somente lei poderá estabelecer o teto constitucional. Ausente esta lei, está vigente o sistema original da Constituição Federal, anterior à Emenda Constitucional 19/1998, que exclui do limite as vantagens de caráter pessoal.

2. As vantagens de natureza individual, como os quintos incorporados, estão excluídas do teto remuneratório do funcionalismo público. Incluídos neste teto, porém, as vantagens pessoais, como a Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função – GADF.

3. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (AMS 2001.36.00.006999-1/MT, Relator Juiz Federal convocado Velasco Nascimento, 1ª Turma, DJ 22/04/2003, p. 82)

Constitucional e Administrativo. Servidor público aposentado. Decesso remuneratório. Abate-teto. Vantagem pessoal nominalmente identificada — “quintos incorporados”. Adicional por tempo de serviço. Exclusão das vantagens de natureza personalíssima. Gratificação de atividade pelo desempenho de função – GADF. Inclusão das vantagens de natureza funcional. Apelações dos impetrantes e da União Federal, e remessa oficial desprovidas.

1. As vantagens pessoais que estão excluídas da incidência do abate-teto são aquelas de natureza personalíssima, e que, como tal, não integram o teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

2. As vantagens constantes do adicional por tempo de serviço e os “quintos ou décimos incorporados”, transformados em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) constituem-se gratificações de natureza personalíssima.

3. A Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função – GADF, por ser vantagem inerente ao cargo, não está isenta do redutor constitucional.

4. Apelações dos impetrantes e da União Federal, e remessa oficial desprovidas. (AMS 2003.34.00.005000-3/DF, Segunda Turma, Relatora Des. Federal Neuza Alves, DJ 04/08/2005, p. 13)

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Servidor. Abate-teto. Quintos incorporados. Lei 8.911, de 1994, art. 2º. Opção de 55% do vencimento ou das e opção de 55% da GADF.

1. Impossível conhecer do recurso de apelação apresentado sem qualquer fundamentação, fazendo apenas remissão às informações prestadas pela autoridade coatora.

2. A jurisprudência do TRF 1ª Região, assim como a do STF, tem entendido que as vantagens de caráter pessoal devem ser excluídas do teto remuneratório. Os quintos incorporados são vantagens pessoais, por corresponderem à particular situação do servidor na carreira.

3. As vantagens relativas à opção pelos 55% do vencimento fixado para o cargo em comissão, ou o DAS, ou pelos 55% da GADF, não são pessoais, pois decorrem unicamente do exercício regular de determinada função ou cargo em comissão. Devem, portanto, ser incluídas no teto remuneratório.

4. Apelação do INSS não conhecida. Apelação do impetrante e remessa oficial não providas. (AMS 1997.01.00.008192-6/DF, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, Segunda Turma, DJ de 29/07/2004, p. 2)

Dessa forma, não há como excluir as rubricas “MS 9926435-1 15VF/DF GDAT” e “MS 967099-7 8VF/DF DAS/55%” do teto, pois restou demonstrado que as decisões judiciais se referem a vantagens funcionais e não pessoais.

Ressalte-se que as normas trazidas ao mundo jurídico pela Emenda Constitucional 41/2003 que disciplinou a questão do teto remuneratório também devem incidir no presente caso, mas apenas a partir de sua vigência. Por isso não está sendo objeto de apreciação, já que o ato praticado pela autoridade impetrada foi praticado antes da EC 41/2003.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para excluir do cálculo da remuneração/proventos do impetrante Oscar Andrade Mota para fins de abate-teto o adicional por tempo de serviço (Lei 8.112/1990-APOS e “AO 88256-0-AD.TEMPO SER-AP”) e as vantagens pessoais denominadas “quintos/décimos”, transformadas em vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI, na forma do art. 15 da Lei 9.527/1997, até a edição da EC 41/2003, mantendo a r. sentença nos demais termos.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2003.01.99.014368-5/MG

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima
Relatora:	A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)
Apelante:	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora:	Dra. Justina Coutinho Modesto
Apelada:	Teresa dos Passos Ribeiro
Advogados:	Dra. Lindalva Aparecida Lima Silva e outros
Publicação	DJ 2 de 16/04/2007

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Meios de prova. Juros de mora. Correção monetária. Tutela antecipada. Remessa tida por interposta.

I – Remessa oficial tida por interposta, porquanto proferida a sentença após a vigência da Lei 9.469, de 10/07/1997. Não incide, na hipótese, o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 60 salários mínimos.

II – Para concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural, exige a Lei 8.213/1991, art. 55, § 3º, início razoável de prova material. É inadmissível prova exclusivamente testemunhal.

III – Cópias da certidão de casamento, celebrado em 09/12/1952, e de certidão de óbito, ocorrido em 31/01/1983, que consignam a profissão de trabalhador rural, representam início razoável de prova material da condição de rurícola do marido, extensível à autora.

IV – A teor do Enunciado 20 do CEJ/CJE, “A taxa de juros de mora a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês”, a contar da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores. (Orientação da 1ª Seção desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça).

V – A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei 6.899, de 08/04/1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

VI – Os honorários de advogado devem ser fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, em conformidade com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

VII – Havendo requerimento do autor, posterior à sentença, e, diante da existência de prova inequívoca, convincente da verossimilhança do direito, além da presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação — idade avançada, tem-se por satisfeitos os pressupostos legais insertos no art. 273, e, I e II, do CPC, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, antecipar parcialmente os efeitos da tutela, negar provimento à apelação e dar provimento, em parte, à remessa oficial, tida por interposta.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva: — 1. Teresa dos Passos Ribeiro propôs ação sumária contra o Instituto Nacional do Seguro Social, a fim de obter benefício de aposentadoria rural por idade.

2. Alegou que começou nas lides rurais com o seu pai, trabalhando sem vínculo empregatício, para o sustento próprio e dos familiares. Relatou que após o seu casamento continuou com o trabalho rural juntamente com o seu esposo nas turmas de volantes. Pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria desde a data do requerimento administrativo, com pagamento das prestações vencidas de uma só vez, com juros e correção monetária, custas processuais, emolumentos e honorários advocatícios fixados sobre o valor da condenação corrigido.

3. Citado, o INSS, na contestação, sustentou que a autora não comprovou a atividade rural pelo período de carência exigido para a obtenção do benefício pleiteado e a impossibilidade de prova exclusivamente testemunhal. Requereu, no caso de procedência do pedido, que a decisão retroaja a partir da citação, honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação.

4. Sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Bueno Brandão/MG, julgou procedente o pedido, assim concluindo:

Julgo procedente o pedido inicial, formulado por Teresa dos Passos Ribeiro, para o fim de condenar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a pagar-lhe pensão mensal de um salário mínimo, a partir de 30/11/1999, data do requerimento administrativo (f. 14). As parcelas vencidas deverão ser pagas de uma só vez, monetariamente corrigidas pelos índices baixados pela Corregedoria de Justiça deste Estado e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, estes a partir da citação. Condeno o réu a pagar os honorários advocatícios, que fixo em 10% do montante a ser apurado, excluídas as parcelas vincendas. Deixo de condenar o vencido a pagar custas processuais, por força de lei. Na execução dos débitos vencidos, deverá ser observado o comando contido no art. 100 da Cons-

tituição Federal e no art. 17 da Lei 10.259/2001. Sentença não sujeita ao reexame necessário, na forma do art. 475, §3º, do Código de Processo Civil, em redação conferida pela Lei 10.352, visto que o benefício e o direito controvertido não superam 60 salários mínimos.

5. Na apelação o INSS sustentou que a autora não comprovou a atividade rural pelo período de carência exigido e nem a condição de segurada especial. Alegou a impossibilidade de prova exclusivamente testemunhal. Requereu, no caso de manutenção da sentença, a fixação do termo inicial do benefício na data da citação e juros moratórios fixados em 6% ao ano.

6. Com as contra-razões, às fls. 54/57.

7. Às fls. 59/62, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais pugnou pela manutenção da sentença.

8. A autora, às fls. 71/73, requereu a prioridade na tramitação processual, bem como a antecipação dos efeitos da tutela.

9. Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva: — 1. De início, tenho por interposta a remessa oficial, porquanto de valor incerto a condenação contida na sentença, não incidente, pois, qualquer das hipóteses referidas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC.

2. Cuida-se de apelação do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de aposentadoria por idade rural.

3. São requisitos para a aposentadoria de trabalhador rural: contar com 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, e comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e a Exma. Sra. Juíza Federal Kátia Balbino de Carvalho Ferreira (convocada). Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves.

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 (art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/1991).

4. Resta demonstrado nos autos o atendimento do requisito da idade, uma vez que a cópia da certidão de casamento (fls. 8) comprova que a autora, nascida em 25/11/1936, contava com mais de 55 anos de idade, na data do requerimento administrativo (30/11/1999).

5. A legislação previdenciária impõe para a comprovação do tempo de serviço, seja ele urbano ou rural, a produção de início de prova material. Com efeito, estabelece o § 3º do art. 55 da Lei 8.213, de 24/07/1991:

A comprovação de tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

6. No mesmo sentido, os Enunciados 27 e 149, respectivamente da súmula da jurisprudência predominante nesta Corte Regional e no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural (Súmula 27/TRF);

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário (Súmula 149/STJ).

7. Na hipótese sob exame, foram juntados aos autos com a inicial, para efeito de comprovação de atividade rural:

a) cópia de certidão de casamento, celebrado em 09/12/1952, na qual consta a profissão de lavrador do marido;

b) cópia da certidão de óbito, ocorrido em 31/01/1983, que consigna a profissão de lavrador do marido;

8. Esses documentos representam início razoável de prova material do exercício da atividade de rurícola do marido extensível à mulher, a exemplo dos seguintes julgados:

Previdenciário e Processual Civil. Trabalhador rural. Benefício previdenciário. Aposentadoria por idade. Certidão de casamento. CTPS. Pressupostos configurados. Termo inicial. Juros de mora. Contagem. Correção monetária. Honorários advocatícios. Remessa oficial. Sentença proferida na vigência da Lei 10.352, de 26/12/2001. Valor da condenação. Incabível o duplo grau de jurisdição obrigatório.

I – Instruído o feito com certidão de casamento consignando a profissão de lavrador do autor, e tratando-se de documento que merece fé pública, não se pode negar a existência de razoável início de prova material.

II – Considera-se razoável início de prova material a CTPS com contrato de trabalho para atividade rural.

III – Comprovada a condição de rurícola do suplicante por mais de 5 (cinco) anos, ainda que de forma descontínua, por prova testemunhal baseada em início de prova documental, e a idade superior a 60 (sessenta) anos, tem ele direito ao benefício de aposentadoria por idade (art. 143 da Lei 8.213/1991).

IV – Os juros moratórios, em se tratando de ações previdenciárias, são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês (precedentes do e. STJ e da 1ª Turma deste Tribunal – AC 2001.38.00.041051-1/MG), contados a partir da citação os relativos às parcelas vencidas antes dela e a partir de cada mês de referência os incidentes sobre as parcelas vencidas após a data da citação.

V – Correção monetária pelos índices oficiais, de acordo com a Lei 6.899/1981 e legislação posterior pertinente, de conformidade com o Manual de Cálculos do colendo Conselho da Justiça Federal, incidindo a partir de cada mês de referência.

VI – A fixação dos honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre os valores das parcelas devidas até a data da prolação da sentença está em consonância com a legislação de regência e a Súmula 111/STJ.

VII – Valor da condenação correspondente à soma do benefício pelo período até a data da sentença, totalizando no caso *sub examine* 13 (treze) parcelas, à base de um salário mínimo mensal, o que, ainda que corrigido e acrescido de juros e da verba de sucumbência, jamais atingirá o total de 60 (sessenta) salários mínimos, na data da sentença.

VIII – Incabível remessa oficial da sentença, a teor do art. 475, § 2º, do CPC, na redação da Lei 10.352/2001, em vigor à época da lavratura da sentença.

IX – Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS parcialmente provida. (grifo nosso)

(AC 2005.01.99.061820-4/MG, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, *DJ* de 10/04/2006, p.78)

Previdenciário e Processual Civil. Trabalhadora rural. Benefício previdenciário. Aposentadoria por idade. Certidão de casamento. Pressupostos configurados. Juros de mora. Honorários advocatícios. Recurso adesivo.

I – A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido, constante dos assentamentos de registro civil, Certidão de casamento, é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural, quer seja em regime de economia familiar, quer seja em regime de emprego (Precedente da 1ª Seção, TRF-1, EAC 2001.01.00.032525-3/MG).

II – Comprovada a condição de rurícola do marido da suplicante pelo período correspondente à carência do benefício, conforme Tabela Progressiva do art. 142 da Lei 8.213/1991, ainda que de forma descontínua, por prova testemunhal baseada em início de prova documental, a autora tem direito ao benefício de aposentadoria.

III – Existindo início de prova material, atendendo o disposto no art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991, uma vez que apresentados diversos documentos que atestam a condição de trabalhadora rural do cônjuge da autora (Certidão de Óbito, Carteira de Sindicatizado, Contrato de Comodato), corroborada pela prova testemunhal, é devido o benefício de pensão por morte.

IV – As propriedades em nome do esposo da requerente são classificadas como minifúndios e sua produção mostra-se dentro de um limite de razoabilidade, o que se apresenta em um padrão médio de propriedades exploradas somente por um núcleo familiar.

V – Os juros moratórios, em se tratando de ações previdenciárias, são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês (precedentes do e. STJ e da 1ª Turma deste Tribunal — AC 2001.38.00.041051-1/MG), contados a partir da citação os relativos às parcelas vencidas antes dela e a partir de cada mês de referência os incidentes sobre as parcelas vencidas após a data da citação.

VI – Honorários advocatícios mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, neste incluídas apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença (Súmula 111 do e. STJ).

VII – Valor da condenação correspondente à soma do benefício pelo período até a data da sentença, totalizando no caso *sub examine* 18 (dezoito) parcelas, à base de um salário mínimo mensal, o

que, ainda que corrigido e acrescido de juros e da verba de sucumbência, jamais atingirá o total de 60 (sessenta) salários mínimos, na data da sentença.

VIII – Incabível Remessa Oficial da sentença, a teor do art. 475, § 2º, do CPC, na redação da Lei 10.352/2001, em vigor à época da lavratura da sentença.

IX – Apelação do INSS parcialmente provida. Recurso Adesivo da autora não provido. Remessa Oficial não conhecida. (AC 2004.01.99.017279-6/MG, Rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (conv), Segunda Turma, *DJ* de 23/03/2006, p. 19)

9. A Primeira Seção desta Corte decidiu, também, que pode ser considerado início de prova, documento contemporâneo à época dos fatos, mesmo que não cubra todo o período pleiteado. Como exemplo, a seguinte ementa:

Previdenciário. Embargos infringentes. Tempo de serviço rural. Início razoável de prova material corroborada pela prova testemunhal. Interpretação favorável aos segurados (pro misero. Entendimento majoritário desta 1ª Seção. Registro civil. Certificado de dispensa de incorporação. Improvimento.

1. Esta eg. Seção, pela maioria de seus membros, encampou o entendimento já adotado pelo STJ, e francamente favorável aos segurados — interpretação pro misero —, no sentido de que, apresentado um único documento contemporâneo ao período de tempo indicado e corroborado pela prova testemunhal, impõe-se o reconhecimento de todo o lapso temporal pretendido pelo autor(a).

2. “Configura início de prova material a consignação da qualificação profissional de ‘lavrador’ ou ‘agricultor’ em documentos como certidão de casamento, certidão de alistamento militar e carteira de identificação/filiação a sindicato. (AC 1998.38.00.031231-6/MG, Rel. Des. Federal Eustáquio Silveira, Primeira Turma do TRF 1ª Região, *DJ* de 26/09/2002, p. 78).

3. Precedentes desta Seção (EAC 2001.01.00.044183-6/MG, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, Primeira Seção do TRF 1ª Região, *DJ* de 17/06/2002, p. 8). (EAC 1999.01.00.089861-6/DF, Rel. Juiz Carlos Moreira Alves, Primeira Seção do TRF 1ª Região, *DJ* de 18/06/2001).

4. Embargos infringentes aos quais se nega provimento. (EAC 1999.01.00.070770-6/DF, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Seção, *DJ* de 19/05/2003, p. 21)

10. Assim, os documentos juntados aos autos configuram início razoável de prova material e são contemporâneos aos fatos que se quer provar, e, com-

plementados pelos depoimentos testemunhais de fls. 43/44, comprovam o tempo mínimo de carência do exercício de atividade rural exigida pelo art. 142 da Lei 8.213/1991. Esses depoimentos são unânimes em afirmar que a autora trabalhou na condição de rurícola, como se pode verificar:

Luiz Gonzaga Vieira: "...que o depoente conhece a autora há, mais ou menos, 15 anos; que o depoente não conheceu o marido da autora; que quando o depoente conheceu a autora, esta residia no Bairro Sertãozinho, neste município onde trabalha como lavradora; que, atualmente, a autora reside na cidade, onde tem trabalhado como doméstica, para terceiros; que a autora reside na cidade há, mais ou menos, 4 a 5 anos; que, durante o período em que está residindo na cidade, a autora tem trabalhado como doméstica." (fls. 43)

Luiz Heliodoro Neto: "...que o depoente conhece a autora há muitos anos; que também, conheceu o marido da autora; que a autora mudou-se para a cidade há, mais ou menos, 3 anos; que, antes, sempre residiu no Bairro Sertão dos Morais, neste município; que, quando a autora residia no referido bairro, esta trabalhava na lavoura, juntamente com seu marido; que o depoente trabalhou na lavoura, juntamente com a autora. ... *Dada a palavra à Dra. Justina Coutinho Modesto, respondeu:* que a autora trabalhou, por muitos anos, na fazenda de Júlio Luiz de Almeida, no Bairro Sertão dos Morais; que o depoente saiu primeiro da referida fazenda; que o depoente saiu da referida fazenda há, mais ou menos, 12 a 14 anos; que o depoente acredita que a autora ainda trabalhou na referida fazenda por mais 6 anos; que a autora trabalhava na roça, na referida fazenda." (fls. 44)

11. Com efeito, verifica-se que as prova trazidas aos autos demonstram a qualidade de lavradora da autora, ao contrário do que argumenta a autarquia previdenciária. Observa-se, também, que apesar da autora não estar desempenhando a atividade rural atualmente, não ilide o seu direito, haja vista já ter trabalhado no campo por muitos anos à época que completou a idade mínima de 55 anos.

12. Quanto à certidão de casamento, observo que, apesar de consignar a profissão da autora como doméstica, seu marido foi qualificado como lavrador, o que bastaria ao pleito, consoante precedente do colendo STJ, *in verbis*:

Previdenciário. Trabalhador rural. Aposentadoria por idade.

– Valoração da prova. A qualificação profissional do marido, como rurícola, constante de atos do registro civil, se estende à esposa, assim considerado como razoável início de prova material complementado por testemunhos.

– Honorários da sucumbência. Súmula 111 – STJ: "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas" (REsp 131.765-SP (97.0033353-1), Rel. Min. José Dantas, 5ª T. do STJ, unânime, *in DJU* de 01/12/1997, p. 62.780);

13. Ademais, no julgamento dos embargos infringentes em apelação cível, da douda 1ª Seção, prevaleceu a seguinte posição:

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Prova testemunhal baseada em início de prova documental. Requisitos comprovados. Certidão de casamento: marido qualificado como lavrador. Extensão à esposa. Trabalho rural em regime de economia familiar ou em regime de emprego. Embargos infringentes não providos.

1. Comprovada a condição de trabalhadora rural, por prova testemunhal baseada em início de prova documental, na forma do art. 39, I, da Lei 8.213/1991, e a idade superior a 55 anos, a segurada tem direito à aposentadoria por idade.

2. A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido, constante dos assentamentos de registro civil, é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural, quer seja em regime de economia familiar, quer seja em regime de emprego.

3. Embargos infringentes a que se nega provimento. (EIAC 2001.01.00.032525-3/MG, Relator Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Seção, *DJ* 17/06/2002, TRF 1ª Região.)

14. Quanto ao termo inicial do benefício de aposentadoria, mantenho a sentença que o fixou em 30 de novembro de 1999, data do requerimento administrativo, consoante entendimento da 2ª Turma, *in verbis*:

Previdenciário e Constitucional. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Início de prova material. Prova testemunhal. Idade. Termo a quo. Prescrição. Correção monetária. Juros de mora. Verba honorária. Diligências de oficial de justiça.

1. Porquanto de valor incerto a condenação contida no comando sentencial, resta inaplicável à espécie a regra inserta no § 2º do art. 475 do CPC.

2. Demonstração simultânea do início de prova material e da prova testemunhal acerca do exercício das atividades rurícolas da parte autora.

3. Preenchidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício previdenciário — início de prova material apta a demonstrar a condição de rurícola da parte autora, faixa etária e confirmação feita pela prova testemunhal —, é devido o benefício de aposentadoria por idade (arts. 55, § 3º, e 143, da Lei 8.213/1991).

4. *Atendidas as exigências para a concessão do benefício na data de seu requerimento administrativo, este deve ser o seu termo inicial, respeitada a prescrição quinquenal.*

5. Na atualização monetária devem ser observados os índices decorrentes da aplicação da Lei 6.899/1981, como enunciados no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida.

6. Os juros de mora são mantidos em 1% (um por cento) ao mês, fluindo da citação quanto às prestações vencidas anteriormente àquela data, e da data dos respectivos vencimentos no tocante às posteriormente vencidas.

7. A verba honorária deve ser mantida em R\$1.000,00 (um mil reais), sob pena de *reformatio in pejus*.

8. Por força da Lei 14.939/2003, o INSS é isento do pagamento das diligências de oficial de justiça.

9. *Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas.* (AC 2005.01.99.003826-3/MG, Rel. Des. Federal Neuza Alves, Segunda Turma, DJ de 17/11/2006, p. 18)

15. A teor do Enunciado 20 do CEJ/CJF, “*A taxa de juros de mora a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês*”, a contar da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores. (Orientação da 1ª Seção desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça).

16. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei 6.899, de 08/04/1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

17 Os honorários de advogado devem ser fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, em conformidade com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

18. No que se refere ao pedido do autor, posterior à sentença (fls. 71/73), de antecipação dos efeitos da tutela, presentes os pressupostos autorizadores, além do receio de dano irreparável ou de difícil reparação — idade avançada —, julgo devido o seu deferimento, para implantação imediata do benefício de aposentadoria rural, conforme entendimento desta Corte:

Processual civil. Previdenciário. Antecipação dos efeitos da tutela. Benefício de aposentadoria por tempo de serviço prestado em condições especiais. Pressupostos do art. 273, I e II, do CPC. Presença. Liminar concedida contra a Fazenda Pública. Vedações. Não incidência.

1. Havendo requerimento do autor, e, tendo vislumbrado o prolator da decisão recorrida a existência de prova inequívoca, convincente da verossimilhança da alegação, além da presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tem-se por satisfeitos os pressupostos legais insertos no art. 273, e, I e II, do CPC, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

(...)

3. Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, uma vez atendidos os pressupostos legais insertos no art. 273, I e II, do CPC, e, não se configurando nenhuma das vedações previstas nas Leis 4.348/1964, 5.021/1966, e, 8.437/1992, é lícito conceder a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública.

4. Decisão de antecipação dos efeitos da tutela mantida.

5. Precedente: AG 2001.01.00.019329-2/DF, Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Turma, DJ 11/11/2002, p. 94.

6. Agravo de instrumento desprovido. (AG 2004.01.00.000644-9/MG, Des. Federal José Amílcar Machado, 1ª T., unanimidade, 03/05/2004, DJ, p. 45).

19. Em face do exposto, antecipo parcialmente os efeitos da tutela para imediata implantação do benefício de aposentadoria por idade, nego provimento à apelação e dou provimento, em parte, à remessa oficial, tida por interposta, para que os juros de mora incidam a contar da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores, para que a correção das diferenças pretéritas obedeça aos termos da Lei 6.899/1981, conforme enunciado no Manual de Orientação e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e para que os honorários de advogado incidam sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da

prolação da sentença, em conformidade com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça, mantida a sentença nos demais termos.

É o voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2005.38.00.032154-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. Carlos Alexandre Ribeiro de Souza Menezes
Apelado: A apurar
Publicação: DJ 2 de 20/04/2007

Ementa

Processo Penal. Interceptação telefônica. Meio probatório drástico. Princípio da necessidade. Intervenção mínima. Meio cômodo e fácil de investigação. Interceptação de prospecção.

I – Não se pode admitir a interceptação telefônica quando a prova pode ser feita por outros meios disponíveis, outros meios legais processuais (Lei 9.296, de 24/07/1996, art. 2º, II). É necessário, pois, que a interceptação telefônica seja indispensável. *Conditio sine qua non* para a apuração do crime. Não pode haver, como diz Zaffaroni, *generosidade* nas autorizações de escuta telefônica. Para tentar localizar o indiciado, no caso *sub judice*, a autoridade policial pede a quebra do sigilo de 17 (dezesete) terminais telefônicos de diversas pessoas para quem o indiciado *provavelmente* telefonou!

II – E é bom frisar que a interceptação telefônica não pode ser determinada para apurar se o cidadão, contra o qual inexistente qualquer indício, só mera suspeita, está ou não cometendo algum crime. É vedada a interceptação de *prospecção*.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, vencido o Juiz Saulo Casali Bahia, negar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 13/02/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. Apela o Ministério Público Federal (fls. 12/15) da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, Francisco de Assis Betti, prolatada nestes termos (fls. 10):

Trata-se de representação feita pela autoridade policial que preside o Inquérito 2003.38.00.033506-1, instaurado para apurar a responsabilidade criminal de Mário Victor Leite Figueiredo, pelo possível cometimento do delito previsto no art. 171 do Código Penal.

Requer o afastamento do sigilo cadastral de 17 (dezesete) terminais telefônicos que constavam das contas do aparelho celular de propriedade de Heliana Ribeiro de Mello, que era utilizado pelo investigado.

Argumenta, o representante, que com os dados obtidos poderão ser feitas novas diligências no sentido de identificar possíveis fornecedores dos documentos ideologicamente falsos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento (fl. 6) e este Juízo, considerando que o pedido ministerial carecia da necessária fundamentação, houve por bem indeferi-lo e determinou o retorno dos autos ao órgão ministerial. Em

nova manifestação (fl. 9), o ilustre Procurador da República considerou que o pedido da Polícia Federal encontrava-se devidamente fundamentado.

É o Relatório. Decido.

Não obstante os argumentos apresentados pela autoridade policial e a alegação de que as pretendidas informações cadastrais poderão levar a novas diligências no sentido de se saber quem são os fornecedores dos documentos falsos de que se utiliza o investigado, verifica-se que não se encontram presentes, nestes autos, elementos suficientes que possam embasar um pedido de quebra de sigilo telefônico e que indiquem ser, tal medida, a única possibilidade de se apurar a responsabilidade criminal do investigado.

Vê-se, ademais, que constam do inquérito policial informações cadastrais bancárias e fiscais do investigado que, a despeito de serem legalmente protegidas pelo sigilo, não foram submetidas à devida autorização judicial para sua utilização na investigação. Por estas razões, indefiro o pedido.

2. Sem contra-razões.

3. Nesta instância, o representante do Ministério Público Federal, Procurador Regional da República Alexandre Camanho de Assis, opina pelo provimento do recurso de apelação (fls. 20/22), dizendo:

Ressalte-se que o investigado está foragido desde de 1999, até mesmo seus familiares lhe desconhecem o paradeiro. Das diligências realizadas pela Polícia Federal nada se apurou acerca da sua localização; muito menos quem seria o responsável pelas falsificações das carteiras de identidade utilizada nas fraudes.

Assim, fundamentado está o pedido de histórico de chamada, ao aventar, sucintamente, que com os dados cadastrais acaso obtidos, poder-se-iam instaurar novas diligências, com o fito de esclarecer quem são os fornecedores dos documentos falsos.

4. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. O pedido para quebra de sigilo cadastral telefônico formulado pela autoridade policial, Delegado de Polícia

Federal Sandro Alexander Ferreira, está assim posto (fls. 3):

Trata-se de IPL instaurado para apurar a utilização de documentos ideologicamente falsos para prática de diversas fraudes, em detrimento, inclusive, à CEF.

O protagonista das investigações Mário Victor Leite Figueiredo, que doravante chamaremos somente de Mário, já que se utiliza de pelo menos 4 (quatro) nomes distintos, além de sua esposa, filho e filha, têm aplicado diversos golpes no mercado.

Mário teve uma vizinha/amante que emprestou-lhe um celular para que Mário usasse. Seu nome é Heliana Ribeiro de Mello e as contas do aparelho estão nas fls. 125/139. Dessas contas extraímos alguns números para os quais Mário ligou, números esses que podem apontar os sujeitos com os quais Mário mantém contato, sobretudo no Rio de Janeiro.

Os números do Rio de Janeiro merecem especial destaque pois Mário e sua família valem-se de RG em regra expedidos pelo Detran e Instituto Félix Pacheco, ambos do Rio de Janeiro.

Com os dados cadastrais acaso obtidos, podemos tomar novas diligências, no intuito de saber-mos quem são os fornecedores dos documentos falsos.

Assim, para que tenhamos maiores condições de elucidar os fatos, solicitamos que sejam afastados os sigilos cadastrais dos seguintes números.

Não há qualquer fundamentação para determinar-se a quebra do sigilo telefônico, como se pode observar. Bem andou, portanto, o MM. Juiz *a quo* quando disse: “verifica-se que não se encontram presentes, nestes autos, elementos suficientes que possam embasar um pedido de quebra de sigilo telefônico e que indiquem ser, tal medida, a única possibilidade de se apurar a responsabilidade criminal do investigado” (fls. 10).

Meras ilações, destituídas de qualquer evidência material, não têm o condão de justificar a quebra do sigilo telefônico, garantia preconizada no artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal. A quebra de sigilo telefônico é recurso extremo usado pela Justiça.

Não se pode admitir a interceptação telefônica quando a prova pode ser feita por outros meios disponíveis, outros meios legais processuais (Lei 9.296, de 24/07/1996, art. 2º, II). É necessário, pois, que a interceptação telefônica seja indispensável. *Conditio sine*

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Saulo Casali Bahia e Lino Osvaldo Serra Souza Segundo (convocados).

qua non para a apuração do crime. Não pode haver, como diz Zaffaroni, *generosidade* nas autorizações de escuta telefônica. Para tentar localizar o indiciado, a autoridade policial pede a quebra do sigilo de 17 (dezesete) terminais telefônicos de diversas pessoas para quem o indiciado *provavelmente* telefonou, para conhecer os fornecedores dos documentos. Eis a fundamentação, repita-se, do seu pedido (fls. 3):

Mário teve uma vizinha/amante que emprestou-lhe um celular para que Mário usasse. Seu nome é Heliana Ribeiro de Mello e as contas do aparelho estão nas fls. 125/139. Dessas contas extraímos alguns números para os quais Mário ligou, números esses que podem apontar os sujeitos com os quais Mário mantém contato, sobretudo no Rio de Janeiro.

Os números do Rio de Janeiro merecem especial destaque pois Mário e sua família valem-se de RG em regra expedidos pelo DETRAN e Instituto Félix Pacheco, ambos do Rio de Janeiro.

Com os dados cadastrais acaso obtidos, podemos tomar novas diligências, no intuito de saber-mos quem são os fornecedores dos documentos falsos.

É bom frisar que a interceptação telefônica não pode ser determinada para apurar se o cidadão, contra o qual inexistente qualquer indício, só mera suspeita, está ou não cometendo algum crime. É vedada a interceptação de *prospecção*.

2. Diante do exposto, nego provimento à apelação.

3. É o voto.

Voto Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia: — Senhor Presidente, com todas as vênias, apresento voto divergente, entendendo que a fundamentação exibida traz elementos hábeis à medida restritiva buscada pela investigação, na medida em que não vejo outro modo de se alcançar o fornecedor de documentos falsos, que não o de tentar buscar, pela interceptação telefônica, o alcance da individualização dessa pessoa. Diversamente, então, dou provimento à apelação.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa

Segundo: — Senhor Presidente, entendo que a fundamentação não é suficiente para a decretação da quebra. Acompanho Vossa Excelência.

Quarta Turma

Agravo em Execução Penal

2005.01.00.002265-6/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro

Agravante: Justiça Pública

Procurador: Dr. Bruno Nominato de Oliveira

Agravada: Claudinéia de Andrade Gonçalves

Procurador: Dr. Dilo Correa Soares

Publicação: DJ 2 de 11/04/2007

Ementa

Processual Penal. Penas restritivas de direito. Não cumprimento. Conversão em pena privativa de liberdade. Pedido de reconsideração. Não cabimento. Agravo. Intempestividade. Não conhecimento. Prestação pecuniária. Impossibilidade.

I – Tendo sido a *intimação* editalícia ocorrida em 04/06/2003 (fl. 14), *publicada*, conforme informa a própria agravada, em 16/10/2003, e o pedido de *reconsideração* protocolizado em 11/12/2003 (fl. 15), não poderia o Juiz da Execução acolher o pleito formulado, posto que intempestivo. (O prazo recursal é de 05 (cinco) dias – CPP, art. 586).

II – A competência do Juízo das Execuções Criminais limita-se a alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e à limitação de fim de semana, ajustando-as “às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal” (Lei 7.210/84), não podendo substituí-las por outra pena restritiva de direitos diversa e, muito menos, por pena pecuniária.

III – Agravo provido.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 26/02/2007.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, que, em face de pedido de reconsideração, *converteu as penas restritivas de direitos* (prestação de serviço à comunidade e a limitação de fim de semana) impostas à Claudinéia de Andrade

Gonçalves, pela prática dos crimes previstos nos arts. 125, inciso XII, da Lei 6.815/1980 e 242, *caput*, do Código Penal, *em prestação pecuniária*, nos autos do Processo 1998.36.00.004126-9, “*pelo fato da ré não estar residindo no país*”, *ex vi* do § 2º do art. 44 do Código Penal, *in fine*.

Sustenta o agravante, preliminarmente, a nulidade da r. decisão recorrida, eis que cabível para impugná-la o agravo, conforme dispõe o art. 197 da Lei

7.210/1984; sendo, pois, o pedido de reconsideração além de incabível, intempestivo.

No mérito, sustenta, em síntese, que “a manutenção da decisão recorrida geraria ao Poder Judiciário extrema descrédibilidade e imensuráveis prejuízos, de ordem econômica e moral, posto que abriria precedentes para que, em um Estado fronteiriço como este, Sentenciados evadissem do distrito da culpa para países estrangeiros e retornassem, anos após, com o escopo de resolverem suas pendências criminais mediante o pagamento de prestações pecuniárias”; acresce, outrossim, que “a Lei de Execuções Penais disciplina taxativamente as hipóteses de conversão admissíveis no processo de execução, sendo certo que, nos termos do art. 181 da referida Lei, somente se admite a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade” (cf. fls. 36/37 – grifos no original).

Diante disso, requer o conhecimento e provimento do presente recurso, para, “em preliminar, declarar-se a nulidade da decisão proferida, ou, no mérito, reformá-la restabelecendo as penas fixadas inicialmente” (cf. fl. 37).

Por despacho de fl. 45, o MM. Juiz *a quo* manteve a decisão atacada.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte onde receberam parecer ministerial “*pelo improvimento do agravo de instrumento*” (fls. 58/63).

É o relatório.

Voto*

Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Claudinéia de Andrade Gonçalves foi condenada pela prática dos crimes previstos no art. 125, XIII, da Lei 6.815/1980 e art. 242 “*caput*” do Código Penal, ambos na forma do art. 69 c/c 29, da mesma codificação, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, convertida em duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana) (cf. Sentença de fls. 06/10).

Por decisão de fls. 22/23 o MM. Juiz da Execução, acolhendo pedido de reconsideração da ré, *converteu a*

pena privativa de liberdade em uma restritiva de direitos e uma de multa, com base no § 2º do art. 44 do Código Penal, *in fine*. E, ainda, ao argumento de que não se encontrando a ré residindo no país, “*tornar-se-ia extremamente difícil a execução da pena de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana em um país estrangeiro, pois os atos dar-se-iam através de carta rogatória, cujo processamento é demasiadamente demorado e burocrático*”; e que, “*Tendo a ré se manifestado em prestar contribuição pecuniária (...)*” (cf. fl. 23), determinou que a pena restritiva de direito consistisse em prestação pecuniária, de conformidade com o art. 43, inciso I, do Código Penal.

Daí o inconformismo do Ministério Público Federal que, em suas razões recursais, narra os seguintes fatos, destaco:

(...)

Trata-se de ação penal ajuizada em face de Philipp Scholch Deustsch e Claudinéia de Andrade Gonçalves, pela prática do delito tipificado nos arts. 125, inciso XII, da Lei 6.815/80 e 242, *caput*, do Código Penal, ambos na forma do art. 69 e combinados com o art. 29 do último diploma legal.

Consta dos autos que o primeiro denunciado, cidadão alemão, em conluio com a segunda denunciada, no dia 10/02/1994, levou a efeito o registro de nascimento de Luís Gustavo Gonçalves Scholch, nascido em 10/05/1989, *declarando-se, no Cartório de Registro Civil desta Capital, ser pai do menor, fato que efetivamente destoa da verdade*.

A partir daí, passou o primeiro denunciado a ajudar financeiramente seu suposto filho, bem como a segunda denunciada.

Em contrapartida, beneficiou-se com a empreitada criminosa, vez que, munido da certidão inverídica, dirigiu-se ao setor competente para solicitar a *transformação do visto de turista para permanente*.

A denúncia fora recebida em 16/07/1998, sendo os denunciados regularmente processados e julgados.

Às fls. 221, *foi decretada a revelia* da recorrida, tendo sido nomeado-lhe defensor dativo.

Ao prolatar sentença de mérito na respectiva ação penal, o d. Juízo a quo condenou a Recorrida e Philipp Scholch Deustsch como incurso nas penas do art. 125, XIII, da Lei 6.815/1980 e art. 242, *caput*, do Código Penal, ambos na forma do art. 69 c/c art. 29 do último diploma legal.

Na dosimetria da pena, *converteu-se, a ambos os denunciados, a privativa de liberdade aplicada*

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho.

(três anos de reclusão) em duas penas restritivas de direito, sendo uma a prestação de serviços à comunidade e outra de limitação de fim de semana, ambas pelo prazo de 3 (três) anos, na forma e condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

O d. Juízo da Execução, às fls. 280/2, determinou a forma, o horário, bem como o local de execução das penas supracitadas, com amparo no art. 66, V, a, da Lei 7.210/1984.

Intimados por edital, fls. 286, *frustraram os sentenciados o cumprimento das penas, razão pela qual foram as mesmas convertidas em uma privativa de liberdade*, consoante o r. despacho de fls. 289, datado de 29/07/2003.

No dia 11/12/2003 requereu a recorrida fosse reconsiderada a decisão de fls. 282, proferida em 04/06/2003, alegando que em razão de encontrar-se residindo em Lisboa, Portugal, desde outubro de 2000, ficou impossibilitada de cumprir as penas restritivas de direito.

Amparando o pleito, acostou aos autos os documentos de fls. 295/308.

Em manifestação de fls. 312/5, opinou este Órgão Ministerial pelo *indeferimento do pleito*, visto não se mostrarem justas as razões apresentadas pela requerente.

O d. Juízo *a quo*, ressaltando que a medida visava o efetivo cumprimento da pena, *converteu a pena privativa de liberdade em uma restritiva de direitos e uma de multa*, conforme possibilita o art. 44 do Código Penal.

Destaque-se o seguinte trecho do *decisum* impugnado:

“Verifico que pelo fato da ré não estar residindo no país, tornar-se-ia extremamente difícil a execução da pena de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana em um país estrangeiro, pois os atos dar-se-iam através da carta rogatória, cujo processamento é demasiadamente demorado e burocrático”

Em que pesem os fundamentos expendidos pelo d. Juízo *a quo*, entende este órgão ministerial que a decisão impugnada deve ser reformada, para o fim de serem aplicadas à recorrida as penas de *prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana*.

(...) (fls. 32/34 – grifos no original)

Pois bem.

Dispõe o art. 197 da Lei 7.210, de 11/ de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), *verbis*:

Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

Sobre o tema em questão, assim leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

No sistema do Código de Processo Penal, das decisões referentes à execução, cabe recurso em sentido estrito (art. 581, incisos, IX, XI, XII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV), com efeito suspensivo nos casos de concessão do livramento condicional, de unificação de penas e de conversão de multa em detenção ou prisão simples. Diante do art. 197 da Lei de Execução Penal, porém, das decisões proferidas pelo juiz, cabe recurso de agravo, sem efeito suspensivo. Certamente, quis o legislador antecipar-se à provável vigência do então futuro Código de Processo Penal, que, em seu projeto, previa o recurso de agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, salvo quando este for concedido pelo relator. Não estando ainda regulamentado em lei o processamento do agravo em execução, denominação adotada na jurisprudência a respeito do recurso previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal, discute-se sua natureza e aplicação.

Entendem alguns, fundados no art. 2º da Lei de Execução Penal, que devem ser aplicadas ao recurso de agravo, subsidiariamente, as disposições referentes ao recurso em sentido estrito, previsto no atual Código de Processo Penal. Para outros, porém, aplicam-se, por analogia, as regras referentes ao agravo de instrumento do Código de Processo Civil, quanto a prazos, ritos, requisitos etc. (arts. 522 a 529). *Na jurisprudência, o entendimento praticamente pacífico é o de que deve ser seguido o rito do recurso em sentido estrito.*

Outra questão surgida com a aplicação da Lei de Execução Penal diz respeito à abrangência do art. 197. Para a jurisprudência majoritária, cabe o recurso de agravo em todas as decisões do juiz da execução no procedimento judicial diante do disposto nos arts. 66 e 197 da Lei de Execução Penal. Há, porém, decisões em sentido contrário, argumentando-se que, em matéria não regulada pela Lei de Execução Penal, cabe o recurso, em sentido estrito, previsto no Código de Processo Penal, inclusive com efeito suspensivo nas hipóteses estabelecidas por esse Estatuto. Realmente, o art. 197 deve ser examinado em harmonia com o art. 194 da Lei 7.210/1984, que disciplina o procedimento judicial a ser observado nas situações previstas nessa própria lei e não em outros diplomas legais, estar a situação “prevista” na lei não é o mesmo que estar ela “mencionada” no estatuto. Assim, nas hipóteses referentes à unificação de penas, de aplicação da lei nova mais benigna prevista no Código Penal, de extinção da punibilidade por causa não prevista na Lei de Execução Penal etc., o recurso cabível é o previsto no Código de Processo Penal e não o agravo em execução.

(...)

Nos termos amplos do art. 197 da Lei de Execução Penal (refere-se genericamente a “decisões”), cabe o agravo das decisões interlocutórias, proferidas no curso do procedimento judicial, e não somente sobre a sentença de mérito. Evidentemente, não cabe recurso de agravo contra mero despacho de expediente sem características decisórias.

Em todas as decisões, o prazo para a interposição do recurso é de cinco dias, atentando-se para o disposto no art. 586 do Código de Processo Penal e para os termos da Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal: “É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”. (In Execução Penal - Ed. Atlas – 2004 – p. 818/819 – grifei.)

Compulsando os autos verifico que os condenados foram intimados por meio de Edital com prazo de 15 dias (fl. 14) para se apresentarem “(...) na data de 14/07/2003 às 09h, ao diretor Administrativo da Associação APAC – Associação de Proteção e Assistência aos condenados, localizada nesta Capital, na Av. Rubens de Mendonça, s/n, Fone 623-7285, onde deverá dar início ao cumprimento da pena de prestação de serviços gratuitos junto a entidade retro mencionada e quanto a pena de limitação de fim de semana deverão apresentar-se no dia 19/07/2003 ao delegado titular da Delegacia Pública Especializada de Roubos e Furtos de Cuiabá, devendo permanecer no local, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias. Parte dispositiva: “Reeducando deverá ser advertido de que o não cumprimento da pena, na forma exata que foi aqui fixada, resultará em sua conversão em prisão (art. 44, § 4º, do CP e art. 66, V, b, da LEP).”

Assim preceituam o § 4º - 1ª parte do art. 44 do Código Penal e art. 66, inciso V, b, da Lei de Execução Penal:

Art. 66 - Compete ao juiz da execução:

(...)

V - determinar:

(...)

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade

Não tendo os executados se manifestado acerca do cumprimento das penas restritivas de direito que lhes foram impostas, determinou o MM. Juiz da Execução a expedição de mandados de prisão em desfavor dos mesmos.

Por Petição de fls. 15/17, protocolada em 11/12/2003, Claudinéia de Andrade Gonçalves requereu reconsideração relativa ao item 14 da decisão de fl. 13, para que fosse a execução penal cumprida em regime aberto; bem assim para que fossem “transformadas suas atividades de 8 horas semanais, a APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, em contribuição pecuniária (em valores), 100% (cem por cento) a maior do que corresponderia contribuição em serviços prestados por uma pessoa àquela entidade. Dispensando assim a pena de limitação de fim de semana, a se recolher na Delegacia Pública Especializada de Roubos e Furtos de Cuiabá, por cinco horas diárias, aos sábados e domingos” (cf. fl. 16).

O MM. Juiz Federal da 5ª Vara, Dr. José Pires da Cunha, deferiu o pedido, nesses termos, que destaco:

(...)

Destarte, converto a pena privativa de liberdade em uma restritiva de direitos e uma de multa, conforme possibilita o § 2º do art. 44 do CP, in fine.

Verifico que pelo fato da ré não estar residindo no país, tornar-se-ia extremamente difícil a execução da pena de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana em um país estrangeiro, pois os atos dar-se-iam através de carta rogatória, cujo processamento é demasiadamente demorado e burocrático.

Tendo a ré se manifestado em prestar contribuição pecuniária, determino que a pena restritiva de direito consista em prestação pecuniária, nos termos do art. 43, inciso I, do CP.

Considerando a situação econômica da ré, cujo contrato de trabalho junto às fls. 306/308 consta que ela possui uma renda mensal de 350 (trezentos e cinquenta) euros, fixo a pena de multa em 11 dias-multa fixados a razão de meio salário mínimo para cada dia-multa. Quanto à pena de prestação pecuniária estabeleço o montante de 7 (sete) salários mínimos vigentes, a ser paga em favor da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, nos termos do art. 45, § 1º, do CP.

Ressalto que adoto tal medida visando o efetivo cumprimento da pena, posto que estabelecer outra pena restritiva de direito acabaria tornando-se inócua pelo fato da ré não mais residir no Brasil.

(...) (fls.22/23 – grifos no original)

Diante do acima exposto, tem razão o agravante, por isso que além de a pretensão da executada ter sido formulada pela via processual imprópria (pedido de re-

consideração), a petição que, ainda que fosse recebida como agravo, seria extemporânea, pois protocolada fora do prazo legal para sua interposição (11/12/2003 – fl. 15), a teor do que dispõe o art. 197 da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, várias foram as oportunidades dadas aos réus para que se pronunciassem acerca das *penas restritivas de direito* que lhes foram imputadas, contudo, *quedaram-se inertes*, conforme muito bem assinalou o douto Órgão Ministerial em sua manifestação:

(...)

A condenada/requerente, mesmo ciente de que existia inquérito policial federal instaurado em seu desfavor (no âmbito do qual foi devidamente inquirida – fls. 99), muito embora sabedora de que deveria, ao menos, buscar saber que fim havia sido dado à investigação contra si processada, apesar de cônica de que, em tese, poderia ser chamada a prestar contas à Justiça Federal brasileira, mudou-se do Brasil, indo residir em Portugal, não tendo sequer se interessado, mesmo à distância, em tentar descobrir qual fim houvera sido dado ao IPL que respondia em solo pátrio.

E mais, furtou-se a responder aos termos da acusação contra si formulada e a colaborar com a Justiça, apesar de citada ficticiamente, tanto que sua revelia fora decretada nos autos da ação penal contra si movida.

É curioso e estranho que passado tanto tempo sem se interessar pelo andamento da investigação levada a efeito em seu desfavor e mesmo sem buscar saber que fim havia sido dado àquela apuração e todos os desdobramentos resultantes da mesma (acusação, condenação e conversão da pena), venha a condenada, simplesmente do nada, alegar que em razão de estar residindo no exterior merece ter sua pena restritiva de direitos revista e transformada, posto não poder cumprir a punição que lhe fora aplicada (prestação de serviços a entidade assistencial e recolhimento semanal em estabelecimento policial, ambos instalados nesta capital).

O argumento apresentado pela requerente não se afigura ao representante ministerial signatário como justo, razoável e plausível, dadas as peculiares circunstâncias que envolvem o sumiço da mesma.

Não se preocupou a requerente (no petição de fls. 292/294) em informar onde esteve durante todo o tempo de tramitação da ação penal (se se encontrava no Brasil ou no exterior), não apresentou a requerente uma única explicação sequer para justificar o seu não comparecimento perante esse

d. Juízo a fim de responder a ação penal contra si movida (se desconhecia a existência da mesma, se já não residia mais no Brasil à época, se ficou impossibilitada de responder aos termos da ação por um motivo justo e relevante), enfim, *não apresentou uma justificativa minimamente plausível; preferiu argumentar, simplesmente, que por estar residindo atualmente no exterior (no propósito de dar uma melhor condição de vida a seus filhos), merece ter deferida em seu favor a substituição pleiteada.*

Este representante ministerial tem a opinião firmemente formada de que a revogação de decreto prisional, expedido em face do descumprimento de pena imposta em sentença transitada em julgada, só pode ser justificada mediante a apresentação de plausíveis razões e justos motivos, o que não ocorreu no caso sob exame, face a mera alegação de fixação de residência no exterior, sem a mínima explicação adicional e convincente sobre o sumiço durante a ação penal.

Portanto, resta claro que a condenada/requerente descumpriu, de forma injustificada, a pena restritiva de direitos que lhe fora imposta, razão pela qual autorizada está, no entender ministerial, a revogação da conversão concedida em favor daquela, nos termos do § 4º, do art. 44 do Estatuto Repressivo.

(...) (Fls. 20/21 – grifei.)

Com efeito, tendo sido a *intimação* editalícia ocorrida em 04/06/2003 (fl. 14), *publicada*, conforme informa a própria agravada, em 16/10/2003, e o pedido de *reconsideração* veiculado pela requerente/condenada em 11/12/2003 (fl. 15), não poderia o Juiz da Execução acolher o pleito formulado, posto que intempestivo. (O prazo recursal é de 5 (cinco) dias – CPP, art. 586).

Além disso, a sentença exequenda que condenou a agravada à pena de 3 (três) anos de reclusão, *com o benefício da substituição dessa pena privativa de liberdade em 2 (duas) restritivas de direitos*, consignou que, para seu cumprimento, deverá ser prestado *serviços à comunidade*, bem como *limitação de fim de semana*, não cominando pena pecuniária ou de multa (fl. 10).

A agravada, porém, deixou de cumprir a pena alternativa, e em face disso *converteu o MM. Juiz a quo a pena substitutiva em privativa de liberdade.*

Sem amparo legal à vista de pedido de reconsideração da agravada, sob a justificativa de que *“estar residindo e trabalhando na cidade de Lisboa em Portugal, desde outubro de 2000, com seus dois filhos”* (Petição fls.

15/17), o MM. Juiz *a quo* decidiu, então, transformar a *pena privativa de liberdade*, em 1 (uma) pena restritiva de direitos e 1 (uma) de multa.

E como se isso não bastasse, transformou essas em *pena pecuniária*, “*pelo fato da ré não estar residindo no país, tornar-se-ia extremamente difícil a execução da pena de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana em um país estrangeiro*”.

Assim sendo, legislou o MM. *a quo*, substituindo, sem previsão legal as penas fixadas em sentença transitada em julgado.

Por derradeiro, cabe consignar que assim preceitua o art. 66 da lei 7.210/1984 (LEP), *verbis*:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

(...)

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

(...)

Isto significa que, segundo o art. 148 do mesmo dispositivo legal: “*Em qualquer fase da execução poderá o juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal*”, sem, contudo, *substituí-la por outra pena restritiva de direitos*, como ocorreu na hipótese, sob pena de desvirtuamento do objetivo da aplicação sócio-educativa do mandamento processual penal.

Nesse sentido, aliás, recentemente decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Execução penal. Habeas corpus. Substituição pelo juízo das execuções criminais da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. A competência do Juízo das Execuções Criminais limita-se à alteração da forma de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade aplicada pelo Juízo Criminal processante (CP, art. 59, inc. IV), ajustando-a “às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal” (Lei 7.210/1984, art. 148), sem, contudo, substituí-la por pena restritiva de direitos diversa.

2. Ordem denegada.

(HC n. 38.052/SP, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 10/04/2006, p. 236)

Isto posto, por tais razões e fundamentos, dou provimento ao agravo, para decretar a nulidade da r. decisão agravada, restabelecendo as penas fixadas inicialmente.

É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

1999.38.00.036330-8/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Apelante: Universidade Federal de Viçosa – UFV
Procurador: Dr. Manoel Lopes de Sousa
Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
Procurador: Dr. Adriano Raphael Alves do Nascimento
Apelante: Universidade Federal de Lavras – UFLA
Procurador: Dr. Manoel Lopes de Sousa
Apelante: Universidade Federal de Uberlândia – UFU
Procurador: Dr. Belchior de Godoy
Apelante: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF
Procurador: Dr. Rodrigo Esteves Santos Pires
Apelante: Universidade Federal de Ouro Preto
Procurador: Dr. Manoel Lopes de Sousa
Apelante: Fundação de Ensino Superior de São João Del-Rei – Funrei
Apelante: Escola Federal de Engenharia de Itajubá
Apelante: Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina
Apelante: Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas
Apelante: Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro
Apelante: Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – Cefet/MG
Procurador: Dr. Manoel Lopes de Sousa
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. José Adércio Leite Sampaio
Remetente: Juízo Federal da 12ª Vara – MG
Publicação: DJ 2 de 19/04/2007

Ementa

Constitucional. Ensino superior público. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para reserva de vagas (cotas) para estudantes egressos da rede pública de ensino. Legitimidade ativa do parquet para propor ações coletivas na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). Legitimidade passiva das instituições de ensino superior públicas. Princípio da igualdade e ações afirmativas. Mérito acadêmico e isonomia. Interpretação conforme a Constituição.

I – Compete ao Ministério Público Federal promover ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais e interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (CF, art. 127, e art. 6º, VII, da LC 75/1993).

II – Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (arts. 81 e 111 da Lei 8.078/1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

III – “Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *strito sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser verdade a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classes de pessoas.” (STF, RE 163231-3, Rel. Min. Maurício Corrêa.)

IV – “O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.” (STJ, Resp 58682/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 16/12/1996, p. 50.864.)

V – “Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.” (STJ, Resp 95347/SE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 01/02/1999, p. 2.)

VI – Seja o pedido de reserva de vagas nos cursos oferecidos por instituições de ensino superior públicas considerado pretensão envolvendo direitos individuais homogêneos, com conteúdo de interesse social, seja entendido como pretensão coletiva que de forma reflexa ou secundária atende a direitos individuais homogêneos, o *Parquet* tem legitimidade para a demanda (Parecer da PRR).

VII – Em decorrência da autonomia administrativa universitária (CF, art. 207, *caput*), compete às instituições de ensino superior estabelecer a forma de acesso, observada a exigência do exame vestibular, daí resultando a legitimidade passiva exclusiva das rés.

VIII – A União não é litisconsorte passiva necessária, porque a sentença não afetará sua esfera jurídica, uma vez que, em virtude do comando judicial, não será obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa.

IX – Dispõem o art. 206, inciso I, da Constituição da República e o art. 3º, incisos VI e IX, da Lei de Diretrizes e Bases que o ensino será ministrado com base nos princípios de igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

X – A maioria dos alunos que concluem o ensino médio no Estado de Minas Gerais é egressa da rede de ensino pública, na proporção de quatro estudantes provenientes da escola pública para cada aluno egresso da rede de ensino médio privada.

XI – A questão da democratização do acesso ao terceiro grau tem a ver com o número crescente da procura de vagas por parte de jovens egressos das escolas públicas de segundo grau que não têm condições de concorrer em nível de conhecimento com alunos que cursaram o ensino médio na rede privada em melhor qualidade acadêmica.

XII – É notória a insuficiência de vagas nas universidades públicas; e o processo de privatização acelerado que o ensino superior está passando não atende às necessidades dos alunos de baixa renda que não podem pagar mensalidades.

XIII – Alguns fatores que conduzem à dificuldade de acesso de alunos da rede pública de ensino a terem pouca ou nenhuma oportunidade de ingressarem no nível superior são a deficiente qualidade do ensino médio, a ausência de incentivo familiar e da sociedade, a necessidade de ingressar no mercado de trabalho e a concorrência dos estudantes intelectualmente mais preparados da rede de ensino privada.

XIV – As enormes deficiências do ensino fundamental e médio da escola pública fazem com que os alunos de menor renda fiquem sub-representados na universidade pública. Somente 20% dos que iniciaram os estudos de segundo grau na rede pública concluem o curso.

XV – A qualidade do ensino ministrado influi na possibilidade de se competir no mercado de trabalho. As insuficiências do ensino público de primeiro e segundo graus ministrados aos segmentos mais pobres da sociedade brasileira fazem com que seja menor a possibilidade de ascensão social.

XVI – O desaparecimento de níveis de desigualdade intoleráveis no acesso à sociedade do conhecimento não se dará pelo livre funcionamento do mercado. Políticas universais de desenvolvimento em países de passado caracterizado por desníveis sociais e econômicos profundos só logram êxito de fazer desaparecer as desigualdades em longuíssimo tempo. Daí a necessidade de ações específicas para determinados grupos estigmatizados e marginalizados.

XVII – Os atuais métodos de seleção de candidatos ao ensino superior público fazem com que o Estado favoreça os que têm em detrimento dos que não têm recursos.

XVIII – O país não dispõe de recursos orçamentários para o ensino obrigatório (de qualidade ou não) dos sete aos quatorze anos e não há perspectiva alguma de se alterar a distribuição do orçamento para implementar a universalização do ensino de primeiro e segundo graus de qualidade.

XIX – As práticas institucionais dos órgãos do Estado permitem métodos excludentes. A má qualidade do sistema de educação prestada a grupos de crianças carentes não causa clamor público em virtude de ausência de cidadania simbólica (direito de ter direito) de que são acometidos certos segmentos da população.

XX – O acesso exclusivo do aluno ao terceiro grau mediante o concurso vestibular é um instrumento que avalia a capacitação intelectual dos iguais. A ausência de outros critérios de avaliação que não o somatório de notas no referido exame produz a igualdade dos iguais.

XXI – A igualdade formal padece de limitações, enquanto a igualdade material pressupõe a distribuição desigual de oportunidades para que os desfavorecidos obtenham um nivelamento de oportunidade. O princípio da igualdade material insere-se na Constituição nas normas programáticas que objetivam conceder direitos àqueles que não usufruem dos bens da vida.

XXII – Descumprindo o Estado o princípio de igualdade de condições (igualdade material ou substancial) em relação aos desiguais de escola pública, há que se promover uma desigualdade positiva para o efeito de obter a igualação jurídica real.

XXIII – A ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos. Assenta-se a ordem jurídica na consciência de que não será eficaz sem o concurso da vontade. As normas programáticas adquirem vigência por meio de atos da vontade humana.

XXIV – “Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão-somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas — isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido — o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”. (Joaquim B. B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio, Renovar, 2001, p. 40-A.)

XXV – “A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional demo-

crático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. Criação que refletiria uma “mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra”, que estariam mais conscientes da necessidade de uma “transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados” (idem p. 42-43).

XXVI – As ações afirmativas de discriminação positiva são métodos para diminuir as desigualdades estruturais de grupos expostos à discriminação. Mediante ações específicas, opera-se o favorecimento de certas minorias sociais de forma que se logre a isonomia de oportunidades. Busca-se, assim, uma inclusão de indivíduos na estrutura social que de outra maneira permaneceriam excluídos.

XXVII – As políticas compensatórias não têm por objetivo perdurar indefinidamente no tempo. São necessárias somente enquanto uma falsa estrutura de direitos formais, que favorece a apropriação e controle do acesso ao poder e aos benefícios sociais pelo grupo dominante, afasta sujeitos historicamente discriminados desses mesmos benefícios.

XXVIII – Apelações das rés improvidas.

XXIX – Remessa parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo das rés e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene de Almeida.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 13/12/2006.

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:
— Trata-se de apelações interpostas pela Universidade Federal de Viçosa, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Lavras, Universidade Federal de Uberlândia, Universidade Federal de Juiz de Fora, Universidade Federal de Ouro Preto, Fundação de Ensino Superior de São João Del-Rei, Escola Federal de Engenharia de Itajubá, Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina, Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas, Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais contra sentença do Juízo da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal

e determinou a reserva, em todos os cursos das rés apelantes, de 50% das vagas disponíveis a serem ofertadas aos alunos egressos do sistema público de ensino, vistos como tais aqueles que até a presente data hajam freqüentado escola pública por um lapso temporal mínimo de 2 anos, mediante regular concurso vestibular.

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra as rés, ora apelantes, pedindo que fossem condenadas a reservar 50% das vagas ofertadas em seus cursos a candidatos egressos das escolas públicas de ensino.

O autor fundamentou seu pedido nos artigos 6º, 205, 206 e 208 da Constituição da República segundo a qual a educação é direito de todos e dever do Estado e que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições de acesso e permanência na es-

cola, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e garantia de padrão de qualidade. Invocou, também, dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) que reafirmam os valores e princípios atinentes à educação insculpidos na Constituição Federal.

Inconformadas com a sentença que acolheu a pretensão autoral, as Universidades – rés, conforme se resume a seguir.

APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DE OURO PRETO

Argúi em preliminar a ilegitimidade ativa e a impossibilidade jurídica do pedido.

Alega que a defesa a título coletivo só será exercida quando se tratar de direitos difusos ou de direitos e interesses coletivos. A presente demanda cuidaria de direitos divisíveis e individualizados, atingindo pessoas certas. Diz que não se podem confundir direitos coletivos com a defesa coletiva de direitos individuais.

Afirma que o direito dos candidatos ao processo seletivo para ingresso nas instituições federais de ensino é disponível, o que, só por isso, afastaria a atuação do Ministério Público Federal e, conseqüentemente, torna ilegítima a sua posição subjetiva no pólo ativo da relação processual.

No mérito, em síntese, alega a Universidade Federal de Ouro Preto:

1. a destinação de 50% das vagas das universidades públicas para alunos originários da rede pública não resolve ou minimiza um problema tão complexo como é o da educação no país;

2. a decisão agride o princípio da proporcionalidade, com grave lesão à ordem pública e jurídica, lesão ao edital do concurso e ao interesse de todos os vestibulandos em detrimento dos originários da rede privada de ensino;

3. devem-se dar condições àqueles que pretendem cursar uma universidade sem ruptura do princípio da igualdade que deve inspirar a política educacional;

4. os candidatos aos próximos processos coletivos (vestibulares) ficariam afetados emocionalmente com uma profunda mudança das regras no último momento;

5. medidas do tipo das que essa ação pretende obter, em seu próprio país de origem, os EUA (*the affirmative action's quotas system*), foram decla-

radas inconstitucionais pela Suprema Corte Norte-Americana já em 1978 (Regents of the University of California versus *Bakke*) por ferirem o princípio da igualdade;

6. é fundamental a defesa do ensino público de qualidade;

7. o projeto de Lei 298/1999, aprovado pelo Senado e que institui o sistema de cotas, a reserva de 50% das vagas das universidades públicas para alunos egressos do ensino médio da rede pública ao menos possibilita a discussão democrática;

8. o direito à educação não pode implicar o direito à vaga nas universidades públicas sem análise meritória.

APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DE JUIZ DE FORA – UFJF

Alegou a recorrente em preliminar a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, pois não estaria em discussão o direito à educação, mas a adoção de um critério de seleção em concurso público, cujos titulares, detentores que são desses direitos individuais disponíveis e reunidos por sua homogeneidade.

Diz que “somente a relevância social do bem jurídico tutelado ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis”.

Ainda em sede de preliminar, argúi a nulidade do processo alegando ser necessária a citação de todos os alunos da rede particular de ensino, que poderão ser prejudicados com a sentença.

No mérito, sustenta a Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF:

1. a sentença violou o princípio da separação dos poderes e da legalidade;

2. a Lei de Diretrizes e Bases Nacional não estabelece critério discriminatório;

3. o ideal de aprimoramento do ensino médio público está longe de se consagrar. Outra alternativa não restou ao autor senão requerer que as universidades federais, num passe de mágica e mediante adoção do critério discriminatório genial e bastante em si mesmo, recebam em seus quadros, por meio de reserva de vagas, os incautos excluídos pelo sistema.

4. no que concerne à UFJF, não há disparidade considerável entre os índices de aprovação dos

alunos oriundos do sistema público de ensino médio em face dos advindos das escolas particulares;

5. a adoção do critério discriminatório ofende o princípio da igualdade.

APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Em preliminar, argúi a recorrente a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal porque, no presente caso, não haveria interesse coletivo que justifique a defesa em ação civil pública, muito menos interesses sociais, dada a abrangência somente de um número restrito e estanque de alunos de escolas públicas.

No mérito, sustenta a UFU:

1. nos cursos da Universidade Federal de Uberlândia, o número de alunos, via vestibular, provém, praticamente em números iguais, de escolas públicas e particulares de ensino médio;

2. alunos saídos de escolas públicas e particulares precisam complementar sua preparação, sem o que, certamente, terão dificuldade de ingresso nas escolas superiores, os dados demonstram que a maioria tenta o vestibular mais de uma vez;

3. a Universidade Federal de Uberlândia é a terceira instituidora, no país, de um programa alternativo de ingresso no ensino superior, o qual coexistia com o concurso vestibular, porém, adotando métodos seletivos diversos ao deste, não se tem descuidado da integração com o ensino médio, os termos do disposto no art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases de Educação (Lei 9.394/1996).

APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE LAVRAS

A Universidade Federal de Lavras apela, argüindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, pois estariam em discussão direitos divisíveis e individualizados.

No mérito, afirma a apelante, Universidade Federal de Lavras:

1. a igualdade de condições para o ensino está nas normas do edital como programa, critérios e número de vagas;

2. não há lei determinando reserva de vagas, como postulado pelo autor;

3. o processo seletivo (vestibular) é longo e se manifesta publicamente por meio de edital, que passa a fazer lei entre as partes;

4. se a qualidade do ensino público tem caído ultimamente, a solução não seria vincular por baixo, desqualificando o ensino universitário, mas, sim, qualificar o ensino fundamental e médio, a se iniciar pela valorização dos professores, financeiramente, dando-lhes condições de melhor qualificação e incentivos;

5. o processo seletivo (vestibular) tem respaldo na legislação vigente, em que a apelante é mera executora, qual seja, a Lei 9.394/1996;

6. a decisão hostilizada viola o princípio da legalidade (art. 37 da CF) e a autonomia universitária (art. 207 da CF);

7. a condição ao acesso no ensino superior é a capacidade de cada um (art. 208, V, da CF);

8. a decisão recorrida impede a Universidade de dar cumprimento ao princípio da igualdade na acepção constitucional e legalmente fixada como critério para acesso aos níveis superiores de ensino, a competência e a capacidade individuais;

9. há quatro perfis de alunos, a saber: a) os que cursaram o ensino médio somente na escola pública; b) os que cursaram somente na escola particular; c) os que cursaram a maior parte do ensino médio em escola pública e d) os que cursaram maior parte do ensino médio em escola particular.

APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

A Universidade Federal de Minas Gerais alega em preliminar a ilegitimidade *ativa ad causam* do Ministério Público Federal, pois o direito pleiteado seria individual homogêneo.

Afirma, ainda, ausência de interesse social, visto que o direito pretendido não se confunde com o direito universal e irrestrito à educação.

No mérito, diz a recorrente UFMG:

1. o Estado, sem possibilidade de proporcionar ensino superior indistintamente, efetiva um concurso, onde são selecionadas as melhores médias;

2. o concurso vestibular é até igualitário e, de forma justa, possibilita a todos terem acesso à universidade pública gratuita;

3. a sentença estabelece, num arremedo de justiça, um processo discriminatório de admissão, sem lei que o determine. Assenta regras que concedem vantagem a um grupo de pessoas em detrimento de outro, e contra o direito comum, em virtude da classe em posição social;

4. não ficou demonstrado, senão por meras conjunturas, que os alunos oriundos da rede pública de ensino concorrem em situação de desigualdade com aqueles da rede privada;

5. não pode o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, criar um novo texto legal fazendo tábula rasa da divisão de poderes;

6. não será a reserva de vagas que irá corrigir a injustiça e as discriminações impostas pela estrutura socioeconômica da comunidade;

7. “A Constituição não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.”

APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA

Apela a Universidade Federal de Viçosa argüindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa *ad causam* do autor desta ação civil pública.

No mérito, adota os mesmos fundamentos recursais do apelo da Universidade Federal de Lavras.

APELAÇÃO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO DE SÃO JOÃO DEL-REI, ESCOLA FEDERAL DE ENGENHARIA DE ITAJUBÁ, FACULDADE FEDERAL DE ODONTOLOGIA DE DIAMANTINA, ESCOLA FEDERAL DE ODONTOLOGIA DE ALFENAS, FACULDADE DE MEDICINA DO TRIÂNGULO MINEIRO E CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DE MINAS GERAIS.

Argüem as recorrentes a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, pois os titulares do pretensão alegado na inicial não expressam a condição de consumidores.

No mérito, afirmam as apelantes que:

1. a forma de seleção atual não ofende o princípio da legalidade, tendo as instituições de ensino réis agido em conformidade com os arts. 3º e 44 da Lei 9.394, de 20/12/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional;

2. a igualdade e o interesse público restariam feridos se fosse adotado o sistema do juiz sentenciante;

3. a circunstância de se estudar em escola pública não leva à conclusão de que o aluno seja menos favorecido;

4. a reserva de vagas para os alunos egressos da escola pública não garantirá o desenvolvimento da educação nacional.

O autor apelado apresentou as contra-razões de fls. 1.075/1.095, nos quais alega:

DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Alegam, todas as universidades apelantes, a ilegitimidade ativa deste Parquet para a presente ação, ao argumento de que o Apelante não pode pleitear a tutela jurisdicional de direitos individuais homogêneos, porquanto os alunos das escolas públicas de Minas Gerais constituem um grupo social claramente definido e identificado. Defendem, nesse diapasão, que a atribuição do Ministério Público se reduz à defesa de interesses difusos ou coletivos, o que torna inidônea e descabida a propositura da presente ação. Tal argumento não pode prosperar.

Com efeito, a legitimidade ativa do Ministério Público para defender os interesses albergados pela presente ação civil pública está constitucionalmente assegurada, sendo mesmo uma de suas funções institucionais:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Além destes dispositivos, a própria Lei 7.347/1985, que rege a ação civil pública, prevê:

Art. 1º – Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A Lei Complementar 75/1993 igualmente legitima a atuação do Ministério Público na hipótese dos autos, ao dispor:

Art. 6º – Compete ao Ministério Público da União:

VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Assim, a defesa coletiva será exercida quando se fizerem presentes interesses ou direitos difusos e *coletivos*. Estes últimos subdividem-se em *interesses coletivos propriamente ditos* e em individuais homogêneos. Interesses ou direitos difusos, nos termos do Código de Defesa do Consumidor são os transindividuais, nos termos do Código de Defesa do Consumidor são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias, *de natureza indivisível*, de que seja titular grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. *Interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.*

Destarte, o principal diferencial entre os direitos *coletivos stricto sensu* e os *individuais homogêneos* é a divisibilidade dos interesses albergados, já que em ambos seus titulares são determináveis e estão circunscritos a uma mesma base jurídica. Cuida a presente ação civil pública de direitos individuais homogêneos, já que os interessados são determináveis, ou seja, alunos da rede pública de ensino. Assim, mesmo que tais direitos se caracterizassem como direitos, ainda assim legitimar-se-ia a atuação do Ministério Público, pois esta se manifesta sempre que a tutela requerida envolva interesses sociais e a defesa de uma coletividade, no caso em pauta milhares de prejudicados pelo processo excludente de ingresso às universidades públicas. Conclui-se, portanto, que os direitos individuais homogêneos constituem apenas espécie de direito coletivo, passível de ser defendida por meio de ação civil pública e capaz de legitimar a iniciativa ministerial, já que a finalidade da presente ação é a proteção de um grupo, de uma coletividade, ligadas entre si por uma origem comum – *a ofensa ao direito de igualdade de condições para o acesso ao ensino público superior*, muito embora sua repercussão se faça sobre a esfera jurídica de pessoas consideradas isoladamente.

Este vem sendo entendimento acolhido pela nossa excelsa Corte de Justiça:

Recurso extraordinário constitucional legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do parquet para discuti-las em juízo.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1 A inderteminalidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinabilidade a daqueles interesses que envolvam os coletivos.

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, 111, da Lei 8.078, de 11/09/1990), constituindo-se em subespécie de direito coletivos.

4.1. *Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam com direitos individuais para o fim de ser verdade a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.*

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar de interesse na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos

interesses de uma coletividade determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir o julgamento da ação. (Recurso Extraordinário 163231-3, Rel. Min. Maurício Corrêa)

Portanto, embora não verse a hipótese dos autos sobre direito ou relação de consumo, fica demonstrada a legitimidade do Ministério Público Federal para a tutela de direitos individuais homogêneos, em particular em hipóteses como a do presente feito, em que se encontram presentes interesses sociais relevantes. De fato, o atual sistema de ensino, nitidamente excludente, prejudica as classes menos favorecidas, provocando assimetria social que torna forçosa às classes menos favorecidas, provocando assimetria social que torna forçosa a atuação do Ministério Público, em conformidade com a jurisprudência já consolidada no Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Ação civil pública. Legitimidade ativa do ministério público. Danos causados aos trabalhadores nas minas de morro velho. Interesse social relevante. Direitos individuais homogêneos.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público.

3. Recurso especial conhecido e provido.” (Resp 58682/MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, 16/12/1996, p. 50.864.)

Processual Civil. Ação civil pública. Direitos e interesses individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade. Recurso especial.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o

número de pessoas que envolvem a economia processual.

3. Recurso especial conhecido e provido. (Resp. 95347/SE, Relator Ministro Edson Vidigal, *DJ*, 01/02/1999, p. 0022.)

Em tais decisões, por conseguinte, vislumbra-se a superação de antiga corrente que sustentava a limitação da legitimidade do *Parquet* na tutela de direitos individuais homogêneos, apenas àquelas situações jurídicas fundadas em relação de consumo. Por outro lado, mesmo que não se entendesse apresentarem os interesses objeto da lide natureza homogênea, ainda assim, dado seu dúplice caráter de direito constitucional e de interesses indisponível de que são titulares os alunos egressos de estabelecimentos públicos de ensino médio, o *Parquet* Federal, apresentaria legitimidade *ad causam* para propositura da presente ação. Com efeito, o art. 127 da CF/88, dispõe ser missão institucional do Ministério Público a defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*”, enquanto o art. 129, apesar de afirmar que cabe ao *Parquet* promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos (inc. III), estabelece expressamente que outras funções podem lhe ser conferidas pela legislação infraconstitucional, desde que compatíveis com a sua missão institucional (inc. IX).

Particularmente, em relação ao Ministério Público da União, a Lei Complementar 75/1993, amparada no referido permissivo constitucional, dispôs expressamente caber à instituição promover a ação civil pública para proteção tanto de direitos constitucionais do cidadão (art. 6º, VII, a), quanto para a defesa de interesses individuais indisponíveis relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, *ao adolescente*, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor (art. 6º, VII, b).

Tais preceitos, ao contrário do entendimento esposado pelo Juízo *a quo*, não condicionam a legitimidade do Ministério Público Federal à homogeneidade do interesse tutelado, restringindo-a, apenas, no que concerne à natureza da ação proposta, que deve possuir, como a presente, índole coletiva.

Resta claro, portanto, que o Ministério Público detém legitimidade para pleitear a tutela tanto de direitos individuais indisponíveis heterogêneos, quanto de direitos individuais homogêneos, entendidos estes últimos como direitos disponíveis de índole coletiva, por decorrer do mesmo fato ou ter origem comum.

No que tange à alegação de que a parte legítima para figurar no pólo passivo da presente causa seria a União Federal, vez que “as regras que conduzem um concurso vestibular (processo seletivo) para ingresso nas universidades públicas são federais”, cabe ressaltar que, por força do princípio da autonomia universitária (CF. art. 207, *caput*) e da própria autonomia jurídico-administrativa de que gozam todas as instituições de ensino superior requeridas, cabe a cada uma das mesmas estabelecer os critérios de ingresso em seus cursos de graduação, obedecida, apenas, a exigência de concurso público. Dessarte, inafastável a legitimidade *ad causam* das apelantes.

MÉRITO

(...)

Primeiramente, há que se deixar claro que não se busca, nesta lide, interferir nos critérios eleitos pelas Universidades para selecionar os candidatos mais aptos a ingressarem e continuarem nos cursos oferecidos. Sem dúvida, compete às instituições de ensino definir, em seus editais de concursos vestibulares, os conteúdos curriculares que serão objeto de seus exames de admissão, bem como o quantum desse conteúdo o candidato deverá dominar para ser aprovado no concurso.

Neste passo, cumpre isolar, dentre os critérios de seleção, aqueles destinados/verificar a aptidão dos candidatos para ingressar e cursar qualquer dos cursos de graduação oferecidos pelas apelantes. Tais critérios se consubstanciam nos percentuais mínimos de conhecimento, estabelecidos invariavelmente pelas apelantes, como requisito elementar de aprovação dos candidatos que se apresentam em seus concursos vestibulares. Tais critérios quando não atendidos, importam na eliminação do candidato; quando preenchidos, fazem presumir sua capacitação para cursar, com proveito, o curso para o qual se inscreveu. Na presente ação, o apelo *não se insurge contra esses critérios de verificação da aptidão dos egressos de estabelecimentos de ensino médio para frequentar cursos superiores*, nem tão pouco, a pretensão deduzida veda às apelantes, *após obediência ao critério de paridade estabelecido na sentença proferida pelo Juízo a quo*, oferecer vagas eventualmente remanescentes em seus cursos a egressos de estabelecimentos privados de ensino.

Nessa esteira, os alunos egressos das escolas públicas não se beneficiariam inequivocamente com o estabelecimento de reservas de vagas, porquanto terão que preencher, da mesma forma que os candidatos advindos de escolas privadas, os requisitos mínimos exigidos no edital do vestibular. Ou seja, se as apelantes dispõem em seus editais, por exemplo,

que o candidato deverá acertar um mínimo de 60% (sessenta por cento) das questões, para ser aprovado no concurso vestibular, o estudante egresso de escola pública, da mesma forma que aquele proveniente de escola privada, deverá obter essa pontuação mínima para ingressar na universidade.

Dessarte, caem por terra todos os argumentos utilizados pelas universidades apelantes para desmerecer os alunos das escolas públicas, chegando algumas a afirmar que a reserva de vagas comprometeria a qualidade do ensino nas universidades, vez que os estudantes não conseguiriam acompanhar a aprendizagem dos outros alunos, advindos de escolas particulares, o que levaria a um suposto “nivelamento por baixo” do ensino oferecido pelas apelantes ou à dificuldade de os alunos egressos das escolas públicas concluírem seus cursos superiores.

Ora, o fator determinante para a exclusão dos alunos das escolas públicas do ensino superior gratuito, definitivamente, não repousa em sua suposta incapacidade de atender aos requisitos mínimos de ingresso nas universidades. Quando se alegou, na inicial, que o acesso à educação superior gratuita lhes é negado, não se cogitou ser isso devido à incapacidade ou inaptidão desses alunos para ingressar nas universidades públicas. Se o aluno egresso de escola pública preencher os requisitos mínimos estipulados no edital do concurso vestibular, encontra-se apto a ingressar na instituição de educação superior frequentar com sucesso o curso escolhido. Não obstante, os próprios dados apresentados pelas análises estatísticas realizadas pelas apelantes, a partir do desempenho dos candidatos em seus concursos vestibulares, demonstram que a assimetria existente entre egressos de escolas públicas e privadas encontra-se em um ponto de competição que extrapola o preenchimento dos requisitos de aferição de aptidão mínima.

Dada a alta procura pelos cursos oferecidos pelas instituições públicas, em virtude mesmo de sua gratuidade, tal desigualdade se manifesta no desempenho relativo dos candidatos em consideração, a qual apresenta raízes nos próprios objetivos a que se propõe alcançar os estabelecimentos em que realizam seus respectivos estudos de nível médio. Com efeito, os candidatos que tem acesso ao ensino em escolas privadas, que não se limitam em atender aos conteúdos curriculares mínimos estabelecidos pelo Ministério da Educação e Cultura e muitas vezes preparam seus alunos de forma específica para o exame vestibular, apresentam desempenho que extrapola em muito aquele obtido pelos alunos da rede pública, as quais não desenvolvem atividade de treinamento específico para os concursos de ingresso em instituições de ensino superior, até mesmo porque tais atividades lhe são vedadas,

por absolutamente incompatíveis com os propósitos traçados na LDB para o ensino médio (cf. Lei 9.394/1996, art. 35).

Dessarte, a perversidade do atual sistema seletivo das apelantes reside no nivelamento dos estudantes das escolas públicas e das particulares, que concorrem em igualdade formal de condições, quando são materialmente desiguais, quedando assim sem realização os arts. 5º, caput, 6º e 206, I da Constituição da República. Ao passo que aos alunos das escolas privadas é garantida toda uma estrutura de preparação para o vestibular, submetidos, ainda, a melhores condições de vida social e familiar, aos alunos das escolas públicas é oferecido um sistema de ensino que se limita a lhes permitir acesso, quando muito, aos conteúdos curriculares mínimos estabelecidos pelos órgãos públicos de gestão da educação no país.

Não obstante todas as dificuldades, limites e obstáculos, os alunos das escolas públicas ainda conseguem ser aprovados nas universidades públicas, ou seja, são considerados aptos a ingressarem e a cursarem um ensino superior, mas, no entanto, só se classificam naqueles cursos menos concorridos, porque não procurados pelos alunos advindos das escolas privadas.

Isso significa que a perversidade, e, por via de conseqüência, a contrariedade ao ordenamento constitucional, decorrente dos critérios adotados nos cursos vestibulares das apelantes, encontra-se na forma de concorrência estabelecida entre candidatos provenientes de escolas públicas e privadas. Concorrência desigual, porque, além de não considerar as disparidades existentes entre os candidatos oriundos dos dois sistemas de ensino em consideração, privilegia os parâmetros de preparação estabelecidos pelas escolas privadas. Em decorrência, ocorre sensível exclusão dos alunos oriundos de escolas públicas dos cursos mais concorridos. Dito de outra forma, os alunos oriundos de escolas públicas são considerados aptos a ingressarem nas universidades públicas, mas, ao se proceder a classificação, eles são, em suma grande maioria, suplantados pelos alunos das escolas privadas, que desde cedo são preparados especificamente para o vestibular, sendo tal exclusão chancelada pelas regras dos exames de admissão estabelecidos pelas apelantes.

Como bem salienta Canotilho,

“(…) o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de direito mas também um princípio de Estado social. Independentemente do problema da distinção entre ‘igualdade fática e igualdade jurídica’ e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (ex: política e teorias da distribuição e

redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um princípio de justiça social. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (equality of opportunity) e de condições reais de vida. Garantir a ‘liberdade real’ ou liberdade igual (gliche Freiheit) é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição in casu, no ordenamento constitucional brasileiro, dentre tais princípios e regras encontra-se aquelas inscritas nos arts. 206, I, e 208, V, da CF/1988] (...)”

Esta igualdade conexiona-se, por um lado, com uma política de ‘justiça social’ e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) (...) que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).”

Dessarte, a concretização do art. 208, V, da Constituição da República, que propugna a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, no marco do princípio da igualdade de acesso à educação (art. 206, I, da CF/1988), demanda necessariamente a compensação das reais desigualdades de oportunidades entre estudantes egressos de escolas de nível médio públicas e privadas, por intermédio da determinação de cotas específicas.

Diante de tal exigência e em razão da omissão do Poder Público em promover políticas que qualifiquem o sistema médio e fundamental de ensino público, urge que o Ministério Público, instituição criada para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais, intervenha para garantir o acesso de todos à educação superior.

Ressalta-se, entretanto, que não se defende a reserva de vagas como solução de caráter exclusivo para o problema de educação no Brasil, mas como a única alternativa para se enfrentar, de forma imediata, a exclusão sócio-educacional propiciadas pelo atual processo seletivo das universidades.

E não há que se falar em afronta ao princípio da ilegalidade por existir lei que disponha sobre a

reserva de vagas nas universidades e, conseqüentemente, ao princípio da separação dos poderes por se pretender, na presente ação, que o Judiciário atue como legislador. Como bem ponderado pelo eminente Juiz a quo, citando pronunciamento do Min. Marco Aurélio, “a independência entre os poderes é relativa, porque se fosse absoluta, não haveria na Constituição o julgamento dos atos do Poder Executivo e do Legislativo pelo Poder judiciário, inclusive e mais precisamente pelo STF”.

Por outro lado, faz-se desnecessário a existência de lei regulamentadora da reserva de vagas, para que o Judiciário possa determiná-la a fim de conferir efetividade ao princípio constitucional da igualdade, o qual é auto-aplicável. De fato, garantir a igualdade no acesso ao ensino superior gratuito significa suprimir o Estado a desigualdade imposta pelo sistema de acesso, hoje vigente, adotado pelas apelantes, e mesmo a própria ineficiência estatal na prestação de uma educação básica de qualidade, a qual refere a um só tempo os princípios insculpidos nos arts. 206 e 208 da CF/1988 e arts. 2º, 3º e 4º da LBD.

Os dispositivos constitucionais e legais não podem se transformar em letra morta. Não se pretender uma igualdade entre os homens por mera disposição normativa. Esse entendimento, máxima do Estado Liberal de Direito, já foi há muito superado. Para alcançar a propalada igualdade, há que se garantir, no mínimo, uma igualdade de condições a todos os cidadãos na medida em que se desiguam. E, para isso, requer-se do Estado, medidas concretas, de forma a ensejar aos menos favorecidos as mesmas oportunidades de desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Observando, no entanto, a omissão do Poder Público na concretização dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, em particular do *princípio da isonomia e do direito fundamental à educação*, torna-se forçosa a atuação do Estado-Juiz a fim de corrigir este flagrante desvio aos cânones constitucionais, mediante provocação do órgão legítimo para defesa dos interesses coletivos, o Ministério Público Federal.

Nivelar estudantes de escolas públicas e estudantes de escolas particulares em processo seletivo para ingresso na universidade pública, portanto, é inaceitável inobservância ao princípio da igualdade, ante a disparidade de condições a que estão submetidas estas classes de estudantes.

Acrescente-se que, ao agir dessa forma, a Administração distancia-se de um dos objetivos fundamentais da República qual seja o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça,

sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988, art. 3º, IV). Dessa maneira, por desatenderem aos fins colimados na Constituição e aos princípios e valores nela insculpidos, os processos seletivos, para ingresso nas universidades, devem ser imediatamente reparados pelo Poder Judiciário, com a conseqüente estipulação de quotas ou reserva de vagas a estudantes egressos de estabelecimentos de ensino médio públicos.”

É o relatório.

Voto Preliminar*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: —

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL

Não tem a União por que integrar o pólo passivo da lide. A circunstância de ser da sua esfera de competência legislar sobre o sistema educacional não a torna litisconsorte passiva necessária nesta lide.

A se admitir que o fato de a União ser a legisladora de determinado tema a torne obrigatoriamente parte na lide em que se discute relação jurídica da matéria sobre a qual a pessoa jurídica de Direito Público tenha editado norma, a União será litisconsorte passiva necessária em todas as demandas envolvendo Direito de família, Sucessões, Trabalho e Comercial e toda sorte de lide de natureza privada sobre a qual tenha expedido normas.

A União não é litisconsorte passiva necessária porque a sentença não afetará sua esfera jurídica porquanto não será obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa em virtude do comando judicial.

Rejeito, pois, o argumento de que a União deveria ser chamada para integrar o pólo passivo da relação processual.

Em face da autonomia universitária (art. 207 da CF) as rés possuem legitimidade passiva exclusiva para a demanda.

DA LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Decidiu a sentença monocrática ora recorrida que, “objetivando defender direito social relativo à for-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e João Batista Moreira.

ma de acesso às instituições de ensino superior públicas, tem o *Parquet* legitimidade ativa *ad causam* para vindicar tal direito, já que a sua ofensa afeta, com é de ver-se toda a sociedade em geral, legitimidade esta contemplada pelo art. 129 da CF de 05/10/1988.”

Aduziu ainda o juízo sentenciante que, com a Lei 8.078, de 11/09/1990, passou o Ministério Público a ter legitimidade para defender interesses individuais homogêneos indisponíveis.

O art. 127 da CF/1988 dispõe que incumbe ao *Parquet* a defesa dos interesses sociais.

A Lei 8.625/1993, em seu art. 25, inciso IV, b, estabelece que cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses coletivos e dos interesses individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, e 129, III, da CF/1988) e, bem como a defesa dos interesses individuais homogêneos indisponíveis, mediante ação civil pública.

Insurgem-se as apelantes contra o fato de que haja na espécie questão de relevância social ou que o acesso ao ensino seja direito indisponível.

Defendem as rés apelantes que a hipótese não cuida de interesses coletivos porquanto não interessam a universalidade de cidadãos da nação. Dizem que “no presente caso, não há interesses coletivos, na acepção da lei, que justifiquem a defesa de uma ação civil pública, muito menos interesses sociais, dada a abrangência tão somente de uma coletividade restrita e estanque de alunos de escolas públicas”.

Tais argumentos não merecem acolhida. Impressionam, todavia, pela visão apequenada que têm de educação e do acesso a ela como direito fundamental. A lide não diz respeito apenas ao aspecto material do acesso ao ensino superior público dos alunos egressos de escolas de ensino médio públicas. Qualquer pessoa comum do povo tem a percepção de que o direito à educação está na base do sistema democrático.

A *res indicium deducta* tem a ver com a democratização do ensino, em especial nas instituições de ensino superior. Numa sociedade democrática, o acesso à educação é sinônimo de igualdade de oportunidades à educação. Essa é a questão constitucional colocada pelo autor desta ação civil pública. Não precisa ser jurista para se apreender a natureza universal do pleito e sua relevância para o futuro do país.

É patente a fragilidade dos argumentos das rés no que tange à ausência de interesse social na controvér-

sia e sua limitação a um grupo de estudantes de ensino médio da rede pública.

Além do manifesto aspecto de interesse público quanto ao problema da elitização do ensino, não se pode esquecer o lado econômico do problema da educação da população e o seu desenvolvimento. Um projeto para o ensino superior tem de estar integrado a estratégias de desenvolvimento nacional e à política de emprego.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm reiteradamente adotado o entendimento, conforme se lê das ementas transcritas nas contra-razões de apelação de que o *Parquet* tem legitimidade ativa para demandar em ação civil pública visando à tutela de direitos individuais homogêneos, socialmente relevantes, inclusive quanto ao direito à educação.

Correta, pois, a manifestação da douta Procuradoria Regional da República no sentido de que, “quer se entenda que o problema aqui versado envolve interesses individuais homogêneos, com conteúdo social, quer se entenda que envolve interesses coletivos, que de forma reflexa ou secundária atende à defesa de interesses individuais homogêneos, o *Parquet* tem legitimidade ativa para a demanda”.

DA CITAÇÃO DOS ALUNOS DA REDE DE ENSINO MÉDIO PRIVADA PARA INTEGRAR A LIDE

As instituições de ensino superior públicas, rés nesta ação, demonstrando preocupação com as consequências de eventual acolhimento do pedido em relação aos últimos alunos da rede de ensino médio privada, em face de uma desigualdade no acesso ao ensino superior público, argüiram a necessidade de citação de todos esses alunos para ingressarem na presente lide.

Ocorre que os eventuais alunos da rede de ensino médio privado que podem concorrer com os alunos da rede de ensino médio pública no Estado de Minas Gerais são desconhecidos.

Em princípio, o MM. juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais deferiu pedido de liminar determinando que as rés reservassem 50% das vagas ofertadas pelas IESP, em todos os cursos oferecidos, para estudantes oriundos de escolas públicas. Tal decisão foi impugnada pela UFMG, e a liminar foi suspensa por essa egrégia Corte. Logo, a eficácia da medida judicial ficou suspensa.

Por conseguinte, até eventual confirmação da r. sentença recorrida e com trânsito em julgado do *decisum*, não se pode prever quem será efetivamente atingido pelo acórdão, quer sejam da rede pública ou da rede privada. Por outras palavras, até que sobrevenha a coisa julgada, e ninguém sabe quando isto ocorrerá, não se pode afirmar quem será atingido pelos limites subjetivos da coisa julgada.

A incerteza quanto aos sujeitos de direito que poderão ter sua esfera de interesses afetados torna materialmente impossível o pedido da citação dos estudantes do último ano do segundo grau da rede privada de ensino. Dada a indeterminação da situação fática, não merece acolhimento a preliminar.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A preliminar sustentada de impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que o ordenamento jurídico não abrigaria a pretensão ministerial e que a r. sentença recorrida violou o princípio da separação dos poderes, em verdade, confunde-se com o *meritum causae* e será com ele decidido.

A sentença decidiu com acerto todas as questões preliminares merecendo, pois, ser mantida.

Voto-Mérito

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — A presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Universidade Federal de Viçosa – UFV, Fundação de Ensino Superior de São João Del Rey, Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, Universidade Federal de Lavras – UFLA, Escola Federal de Engenharia de Itajubá – EFEL, Faculdade Federal Diamantina – FFD, Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas – EFOA, Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF e Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro – FMTM. Posteriormente, foram admitidas no feito a Universidade Federal de Uberlândia – UFU e o Centro Federal de Educação Tecnológica – Cefet.

O autor argumenta que, embora a Constituição preveja oportunidades iguais para todos os cidadãos, os menos favorecidos têm negado o direito fundamental à educação, tendo em vista que o Estado não cumpre com a obrigação de oferecer ensino público gratuito e de qualidade.

Relata que a grande maioria dos estudantes que concluem o ensino médio em Minas Gerais são oriundos do ensino gratuito, na proporção de quatro alunos provenientes de escolas públicas para cada aluno formado por escolas particulares.

Afirma que os alunos que estudam em escolas públicas recebem uma formação de péssima qualidade, principalmente se comparada com a formação recebida pelos mais abastados, que estudam em escolas particulares. Isso impede que, num processo de seleção para as Universidades, alunos das escolas públicas concorram em igualdade de condições com alunos das escolas particulares.

“A Universidade Pública”, afirma, “subsidiará não os estudos daqueles que mais precisam; pelo contrário, os recursos públicos serão empregados para financiar o ensino justamente daqueles que sempre estudaram nos melhores colégios, por possuírem condições suficientes para custear sua educação. (...) O estudante advindo do colégio público, no entanto, é duplamente excluído. Primeiro porque, concorrendo de forma desigual, não tem acesso à universidade pública, principalmente naqueles cursos que ofertam maiores oportunidades de emprego. Depois, é excluído porque, na eventualidade de conseguir se classificar para uma universidade privada tem, infelizmente, que ceder sua vaga a um estudante advindo de escola particular, perante a impossibilidade de arcar financeiramente com as vultosas mensalidades cobradas, considerando, inclusive, os parcos recursos destinados ao crédito educativo e a burocracia para consegui-lo.(...) Na grande maioria dos cursos, principalmente nos cursos mais visados, é flagrante a desvantagem dos concorrentes advindos das escolas públicas.” (fls. 6/7)

Diante dessa realidade, defende a reserva de vagas nas universidades públicas para alunos egressos no ensino público.

Embora tramite no Senado Federal o Projeto de Lei 298/1999, que estabelece tal reserva, o autor entende que o direito de ingressar na universidade pública com igualdade de condições não carece de lei que venha a reconhecê-lo, por já estar preceituado na Constituição e em outras normas legais.

Para tanto, cita os art. 6º, 205, 206 e 208 da Constituição, verbis:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a

saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

(...)

VII – garantia de padrão de qualidade.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Cita, ainda, arts. da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996), que reafirmam as disposições constitucionais:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

(...)

IX – garantia de padrão de qualidade;

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

O autor pleiteia a atuação do Judiciário em razão da omissão do Poder Público em garantir o princípio da isonomia e o direito à educação.

Acrescenta que, ao praticar tão grave exclusão, as universidades públicas de Minas Gerais ferem o princípio da legalidade, distanciando-se da finalidade maior que deve nortear os rumos do Estado, que é o interesse público.

Assevera que nem mesmo a autonomia das universidades pode ser obstáculo para o reconhecimento do direito de todos ao ensino público gratuito, uma vez que tal autonomia deve ser entendida como poder de autodeterminação dentro de limites traçados por norma superior.

Requer, ao fim, a concessão de liminar para determinar que todas as universidades federais atuantes no Estado de Minas Gerais reservem 50% (cinquenta por cento) das vagas ofertadas pela instituição, em todos os cursos oferecidos, para estudantes oriundos das escolas públicas. No mérito, requer seja a ação julgada procedente para manter a liminar, condenando as demandadas na respectiva obrigação de fazer.

No mérito, os argumentos das rés se repetem e são basicamente os seguintes:

a) não há ofensa ao direito de igualdade de condições para o acesso ao ensino público superior, uma vez que o edital do vestibular vale para todos;

b) ao realizar os certames, as universidades pautam-se pelo princípio da legalidade e, como se sabe, não há lei determinando a reserva de vagas. Assim, não estariam ferindo o princípio da igualdade ou impedindo o acesso aos seus cursos; estão, antes, cumprindo a Constituição e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação;

c) a solução para a questão não seria nivelar por baixo, desqualificando o ensino universitário, mas qualificar o ensino fundamental e médio, pois o acesso à educação pelo Estado deve começar na esfera inferior, projetando-se a todas as outras, possibilitando a igualdade de condições àqueles que pretendem cursar uma universidade;

d) a simples entrada forçada dos alunos da rede pública na universidade não teria o condão de transmutar todo o seu passado escolar ou enriquecer seu conteúdo natural; os alunos ficariam à deriva, obrigando a instituição a baixar o nível de ensino;

e) o pedido deduzido nos autos é inteiramente contrário ao ordenamento jurídico vigente;

f) citam o Parecer 95/1998, do Conselho Nacional de Educação, no que se refere ao exame vestibular:

que ‘...quanto ao conteúdo, faz-se mister que o mecanismo adotado avalie não apenas a capacidade dos alunos para entrar, mas também a de cursar e prosseguir em sua formação continuada ao longo da vida, de modo compatível com as exigências do mundo moderno em contínua transformação’ (...) ‘a igualdade de oportunidades, equidade, conclusão do ensino médio ou equivalente e o processo seletivo de capacidades são pois os pontos determinantes’ a serem atendidos por todo e qualquer processo seletivo. (fl. 244);

g) a efetivação do pretendido pelo autor em nada solucionará o problema dos vestibulandos, criando, ao contrário, vários outros, em flagrante agressão ao princípio constitucional da proporcionalidade;

h) grande parte dos candidatos egressos de escolas públicas ou de escolas particulares só logram aprovação após freqüentarem um ano ou mais de “cursinhos pré-vestibulares”, ou seja, escolas particulares pagas;

i) impugnam os dados apresentados pelo MPF, pois não são conclusivos nem aptos para demonstrar o alegado prejuízo sofrido pelos candidatos oriundos de escolas públicas, nem demonstram o percentual dos alunos que fizeram inscrição com relação ao número de aprovados. Além disso, há alunos que fazem parte do ensino médio em escolas particulares e parte em públicas, e nada impediria que um aluno de escola particular enganasse o sistema matriculando-se, no último ano do ensino médio, em escola pública, fazendo um “cursinho” paralelo.

DA LIDE

A presente ação coletiva tem como contexto a questão da democratização do ensino superior e a possibilidade jurídica de absorção de estudantes de baixa renda pelas instituições de ensino superior públicas.

Sabe-se que, se comparado à população em idade universitária, o sistema de ensino superior brasileiro é pequeno para atender à demanda.

A educação superior brasileira tem problemas quanto ao aspecto da oferta de vagas e quanto ao nível de qualidade.

O objeto da demanda diz respeito à reprodução, no ensino superior público, da injustiça social. O problema quanto ao acesso ao terceiro grau tem a ver com o número ascendente da procura de vagas por parte de alunos que saem de escolas públicas de segundo grau os quais não têm condições de concorrer em nível de conhecimento com alunos que fizeram o segundo grau em escola particular, além de não terem recursos para custear uma faculdade privada.

O número de vagas nas universidades públicas é notoriamente insuficiente e o processo de privatização acelerado pelo qual o ensino superior está passando não atende às necessidades dos candidatos de baixa renda. Como disse, a expansão do ensino médio público nos últimos anos tornou premente o problema do Estado quanto ao aluno dos níveis mais baixos da pirâmide social.

Um dos mecanismos institucionais de se permitir o acesso dos jovens pobres ao ensino superior é a reserva de vagas oferecidas pelas instituições de ensino superior hoje existentes. Segundo o INEP, 80% dos indivíduos que terminam o ensino médio estudam em escola pública. Contudo apenas 38% dos que estudam em escolas públicas ingressaram no terceiro grau. O percentual de egressos de escola pública diminuiu drasticamente nos cursos mais concorridos (dados de 1999). Os negros também representam cerca de 40% da população brasileira, mas estão sub-representados.

DA ELITIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR VERSUS AÇÕES AFIRMATIVAS

Argumentam as apelantes com o argumento meritocrático. A elite branca se opõe à implantação das ações afirmativas com base no argumento meritocrático.

A própria elite branca fez constar no art. 208, inciso V, da Constituição que o “acesso aos níveis mais elevados de ensino, de pesquisa e de criação artística” será de acordo com “a capacidade de cada um”.

O *Data Folha* realizou uma pesquisa em 1995 sobre as cotas em universidades públicas. O resultado é bem conhecido: 53,3% da classe média e a elite branca são contra as cotas; 51,5% de negros ou pardos são favoráveis à reserva de vagas; negros e pardos com menos de quatro anos de estudo apoiavam as cotas entre 76% a 86%; brancos com menos de quatro anos de formação escolar são favoráveis às cotas entre 59% a 78%; apenas

4% dos brancos com nível universitário apóiam a reserva de vagas em instituições de ensino superior.

Alguns fatores conduzem à dificuldade de acesso dos estudantes da rede pública de ensino a terem pouca ou nenhuma oportunidade de acesso ao terceiro grau, sendo os mais conhecidos: a má qualidade do ensino médio, ausência de incentivo familiar e o exame vestibular. A necessidade de ingressar no mercado de trabalho e a falta de incentivo dos professores fazem com que somente um pequeno número dos jovens que concluem o segundo grau em escola pública concorram ao vestibular. Esse pequeno número irá disputar vagas com alunos das redes de ensino particular e dos cursos pré-vestibulares.

As enormes deficiências do ensino fundamental e médio da rede pública fazem com que as classes de menor renda retem sub-representados na universidade pública. Recorde-se, ainda, que somente 20% dos que iniciaram os estudos de segundo grau na rede pública concluem o segundo grau.

Os cursos mais concorridos são os que oferecem carreiras mais rentáveis e para estes os egressos da escola pública estão em franca desvantagem para concorrer. A qualidade do ensino ministrado influi na possibilidade de se competir no mercado de trabalho. A má qualidade de ensino público de primeiro e segundo graus, oferecido aos segmentos mais pobres da sociedade brasileira, faz com que seja menor a possibilidade de ascensão social. Estes são fatos públicos e notórios.

O desaparecimento de níveis de desigualdade intoleráveis não se dará pelo livre funcionamento do mercado e com o desenvolvimento econômico. O crescimento econômico não é sinônimo de diminuição das desigualdades. Neste ponto é que emergem as políticas de ação afirmativa que dão oportunidades e amplia, de fato, o direito de sujeitos historicamente marginalizados. Políticas universais de desenvolvimento econômico são insuficientes porque, para lembrar Maquiavel, “os preconceitos têm mais raízes que os princípios”. Daí serem imperiosas ações específicas para determinados grupos saírem do limbo social.

Ações afirmativas são políticas para diminuir as desigualdades estruturais de grupos expostos à discriminação. Mediante ações afirmativas, opera-se o favorecimento de certas minorias raciais de forma que se logre a isonomia de oportunidades. Pretende-se assim

uma inclusão de indivíduos na estrutura social que de outra maneira permaneceriam marginalizados.

As políticas compensatórias da discriminação não têm por objeto perdurar indefinidamente no tempo. São necessárias somente enquanto durar uma falsa estrutura de direito que favorece a apropriação e o controle do acesso ao poder e aos benefícios sociais pelo grupo dominante que afastam sujeitos históricos estigmatizados desses mesmos benefícios.

Em resumo, ações afirmativas só precisam perdurar enquanto compensam minorias sociais vitimadas pela igualdade de direitos por mais que não lhes facultem o acesso às oportunidades. As diferenças socioeconômicas decorrem da herança do passado histórico e da ausência de oportunidades atuais.

Os filhos das classes mais ricas usufruem da universalidade pública gratuita e, às vezes de boa qualidade, e assim os jovens mais abastados terão acesso ao ensino superior de sorte que obterão os melhores cargos e empregos. Os métodos de seleção e financiamento fizeram com que o Estado favorecesse os que têm em detrimento dos que não têm. Os métodos de seleção discriminatórios são aqueles dos arts. 3º e 44 da Lei 9.394.

A MÁ QUALIDADE DA ESCOLA PÚBLICA — UM CASO DE AUSÊNCIA DE CIDADANIA SIMBÓLICA

O Brasil não dispõe de recursos orçamentários para o ensino obrigatório (de qualidade ou não) dos 7 aos 14 anos e se exige que o ensino superior gratuito seja conferido a todos, inclusive e principalmente àqueles que podem pagar por ele e não querem.

Os investimentos são feitos prioritariamente no ensino superior, sendo cerca de 84% da verba destinada à educação superior, o que sobra destina-se ao primeiro e segundo graus. Os beneficiários do ensino superior público não pagam por ela, pois são financiados pelos impostos dos miseráveis que não têm acesso à “sociedade do conhecimento”.

É nesse ponto específico que surge o problema da possibilidade de se melhorar a qualificação e a ampliação da rede de escolas primárias e de nível médio públicas. Mas não há nenhuma perspectiva de se alterar a distribuição do orçamento para a universalização do ensino de primeiro e segundo graus de qualidade. Os grupos sociais que formam a clientela da rede de ensino pública carecem de cidadania simbólica (direito

de ter direito) e não são vistos como sujeitos que possam reivindicar melhoria no ensino — sequer a reivindicam.

Em ensaio sobre “Direitos Humanos e Cidadania Simbólica no Brasil”, o sociólogo Paulo Sérgio da Costa Neves analisa os mecanismos que excluem grupos sociais específicos da esfera dos direitos. O trabalho desse Coordenador do Núcleo da Comissão de Direitos Humanos da Universidade Federal de Sergipe tem como base pesquisa empírica realizada acerca das ações e discursos associados aos direitos humanos. O autor trabalha a hipótese de ausência de uma cidadania simbólica de segmentos marginalizados no país para explicar a deficiência dos serviços públicos voltados para as classes populares.

As conclusões a que chega o autor são particularmente interessantes porque pode explicar as razões pelas quais a burocracia judiciária manteve-se indiferente ao fato de que parcela significativa da população (pobres, mulheres, marginais, etc.) não têm o adequado acesso à educação.

O autor utiliza o termo exclusão para se referir a fenômenos que reduzem o espaço de igualdade entre os grupos sociais e esclarece que a exclusão é um fenômeno simbólico, pois a negação do outro opera-se antes de tudo no plano das idéias e das representações que se faz dele. Ao se excluir o outro do espaço da igualdade, estar-se-á negando sua cidadania simbólica.

O processo da exclusão simbólica é comum nas sociedades complexas e consiste na circunstância de que grupo ou grupos desqualificam outros para manter ou legitimar o *status* superior de “eleitos”.

Dentro de uma perspectiva marxista, seria uma ilusão esperar contar com a neutralidade do poder no âmbito da sociedade capitalista, uma vez que ela se estrutura na desigualdade de classe e, por isso, deveria ser revista a idéia da possibilidade de acessibilidade universal de usufruição de direitos, porquanto nem todos têm propriedade e cultura.

As idéias liberais dos séculos XVII, XVIII e XIX significaram lutas políticas e simbólicas pela igualdade de direitos. Contudo esse igualitarismo universal em realidade se limitava a “igualdades dos iguais”. Porém ocorreu, ao contrário do que previra Marx, que a sociedade civil burguesa criou um espaço público de debate que permitiu o avanço democrático. A ideologia iguali-

tária criou, na Europa, movimentos sociais pelo direito a ter direitos por parte de grupos de não-proprietários. Houve uma expansão dos direitos de igualdade política em direção à igualdade social.

No Brasil, a ideologia igualitarista do Iluminismo também surgiu, na prática liberal, apenas como “direitos dos iguais”. Tal qual ocorreu inicialmente no Velho Mundo, nosso processo civilizatório e histórico criou uma realidade dual de cidadania. Quando se recorda a forma como ocorreu a constituição política de nossa nacionalidade e o sistema jurídico a partir da independência, passamos a entender como se operou o princípio isonômico.

Apesar da influência do racionalismo francês sobre nossos juristas, o sistema legal manteve a escravidão e a mulher na situação de tutela. A elaboração de um Código Civil entre nós, após a Independência, tinha de enfrentar a questão do regime da escravidão, uma questão que só se tornou problemática tardiamente. O Código Civil só teve espaço social para surgir quando findou o regime escravocrata, pois antes era difícil harmonizar em um mesmo Código de influência racionalista e liberal a remanescência de um longo passado patrimonialista e escravocrata².

O que de fato ocorreu com a incorporação pela elite brasileira, nos anos que se seguiram à independência, foi “uma apropriação conservadora da ideologia moderna dos direitos, cristalizando-a, se não no plano da lei escrita, certamente no nível da prática e das idéias hegemônicas, em uma forma muito própria de considerar os direitos liberais apenas em termos de “direitos dos iguais”³.

O desenvolvimento econômico do país, a partir de 1930, as alterações graduais do modo de produção causaram os movimentos sociais e trabalhistas, dando margem à expansão dos direitos. O papel do direito foi dar proteção jurídica ao trabalhador. A admissão seletiva de grupos à cidadania foi crescente a partir dos anos 30. As mobilizações populares após a redemocratização de 1945 e 1985 e os setores que se organizaram nos períodos de 1931-1963 e 1978-1989

²Marcelo Pereira de Melo, “Cultura e Estrutura no Pensamento Jurídico do Brasil Imperial”, in *Justiça e Sociedade*, Ltr, 2001, p. 42.

³Paulo Sérgio da Costa Neves, “Direitos humanos e cidadania simbólica no Brasil”, in *Direitos Humanos – os desafios do século XXI*, Brasília Jurídica, p. 209.

buscaram mudanças estruturais e simbólicas. Além da questão da redistribuição de renda, os movimentos sociais que se verificaram no país a partir da década de 30 pretendiam alterar as representações sobre o *status* das classes populares (direito de ter direitos), uma questão ligada à cidadania simbólica.

Costa Neves indaga por que as mobilizações populares e políticas não foram capazes de modificar completamente a situação da exclusão simbólica e social das classes populares no país. E responde que a incapacidade dos sucessivos movimentos de realizarem um projeto de transformação dá transparência aos valores sobre os quais estão assentados a estrutura da classe social e o sistema político brasileiro. “Ela nos informa, ademais, sobre a força do conservadorismo no país quando se trata de estender às classes populares direitos usufruídos pelos grupos sociais integrados à cidadania. (...)”⁴

A visão dualista da sociedade não desapareceu de todo das políticas públicas, pois existe uma disparidade entre a cidadania legal e a cidadania vivida. É daí que vem a hipótese bastante provável de que a cidadania simbólica (o direito de ter direitos) dos grupos populares não foi totalmente admitida pela sociedade, impedindo que as mobilizações se convertessem em direito de fato.

As práticas institucionais dos órgãos do Estado (a polícia, a escola, o sistema de saúde, a justiça, etc.) permitem métodos sociais excludentes. A má qualidade dos serviços públicos prestados a esses grupos, na educação em particular, não causa especial indignação ou clamor público.

A ausência de cidadania simbólica de certos grupos faz com que a sociedade mantenha-se indiferente com o tratamento distinto que o Estado confere a grupos diferentes.

Historicamente o ensino superior foi destinado aos indivíduos cujas famílias tinham recursos de manter os filhos estudando sem trabalhar. Até o século XIX, o acesso ao ensino superior era acessível a um diminuto grupo de proprietários que estudavam na Europa ou nos poucos cursos no país. Os filhos da elite agrária podiam ter pretensões aos estudos graduados, e ninguém mais.

O Governo Vargas promoveu o incentivo à escolarização primária e secundária a partir da década de 30, fazendo surgir uma demanda pelo ensino superior na década de 50. Mas o estamento social que teve acesso a esse ensino superior público não revelou significativa alteração do perfil dos candidatos.

Cássio Miranda Santos, Professor de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de BH – FAFI, ensina em ensaio sobre “O Acesso ao Ensino Superior no Brasil: a questão da elitização”, no qual procede a minucioso exame da história do acesso ao ensino superior no país, abordando seus aspectos socioeconômicos, isto é, desde a fase “lusu-brasileira” até hoje. O estudo enfoca de perto os mecanismos discriminatórios para a seleção dos alunos.

Os alunos dos cursos superiores no Brasil imperial eram, em sua imensa maioria, homens, brancos, jovens, oriundos dos setores que dominavam a vida socioeconômica do país; a exemplo do ocorrido no período colonial, ainda havia discriminação social e étnica quanto ao acesso ao ensino superior.

Emília Viotti, analisando a situação social a educacional dos não-brancos do Império, afirmou que, “segura de suas posições, controlando a mobilidade social e imbuída de uma concepção hierárquica do mundo, que ratificava as desigualdades sociais e postulava obrigações recíprocas, a elite brasileira não precisou recorrer a formas explícitas de discriminação racial (...) Os que foram incorporados à elite, pela via do sistema de clientela, adquiriram automaticamente o *status* de branco, identificando-se — não obstante a ambigüidade de sua situação com a comunidade dos brancos”

Havia basicamente duas vias de acesso ao ensino superior no período imperial: a primeira era o Colégio Pedro II, que fornecia ensino secundário regular, assim como alguns liceus que funcionavam nas províncias e outras escolas particulares. O segundo caminho era por meio dos cursos e exames preparatórios que não exigiam dos candidatos pré-requisitos acadêmicos. A maioria dos aspirantes ao ensino superior optava por se matricular nos cursos preparatórios a se submeter aos exames, em vez de cursar de forma regular as escolas secundárias. Bastava a comprovação da idade mínima para o ingresso na faculdade e a aprovação nesses exames para ter o acesso garantido. A década de 1870 trouxe o benefício da extensão do prazo de validade dos exames e a possibilidade de que eles mesmos fos-

⁴ Paulo Sérgio da Costa Neves, op. cit. p. 207.

sem realizados, perante delegados, nas províncias em que não houvesse escolas superiores. A possibilidade de parcelamento facilitou também um pouco mais o ingresso nas faculdades, uma vez que os candidatos tinham a opção não somente de prestar o exame em uma matéria de cada vez, como de prestá-lo em escolas diferentes. As liberdades e facilidades concedidas geraram problemas, principalmente com os professores, que passaram a reclamar da baixa qualidade dos novos alunos. Muitos entravam nas escolas mediante de mecanismos políticos, visto que eram freqüentes as deliberações da Assembléia Geral, órgão que cuidava do ensino no Império, concedendo matrícula condicional a alunos que ainda não haviam realizado todos os exames preparatórios. Cunha cita um trecho da Memória Histórica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro (1876), que ilustra bem os artificios em tal exame; esses alunos estavam aptos a ingressar em qualquer escola superior do país.

No Governo do Marechal Hermes da Fonseca, o Ministro do Interior Rivadávia da Cunha Correia redigiu a Lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental, promulgada por decreto em 1911. A lei tocava, em diversos aspectos, na questão do acesso ao ensino superior; determinava que as escolas secundárias criadas pelo governo federal, inclusive o “novamente” Colégio Pedro II, não teriam nenhum privilégio em relação aos demais estabelecimentos de ensino no tocante à garantia de ingresso de seus alunos nas escolas superiores. Criava também os exames de admissão, que deveriam constar de uma prova escrita e uma oral pelos quais os estabelecimentos de ensino superior estatais passariam a cobrar taxas.

Os exames de admissão trouxeram certa moralização ao procedimento de ingresso nas escolas de ensino superior. A situação anterior era tão crítica ao ponto de ocorrerem casos em que, após a instituição dos exames, o número de novos alunos foi reduzido pela metade devido à não-aprovação. Contudo a medida não foi suficiente para resolver o problema. Foram diversas as faculdades, principalmente particulares, que facilitavam os exames de admissão, temerosas de passarem por uma brusca queda no número de alunos. Havia casos de faculdades em que os professores componentes das bancas examinadoras ofereciam aulas particulares aos candidatos (Cunha, 1980, p. 164).

Em 1911, na então chamada Universidade de São Paulo, havia a possibilidade de que os candidatos aprovados em metade das matérias de um determinado curso podiam matricular-se como alunos ouvintes, com o compromisso de se submeterem aos exames até o final do curso. Era uma maneira de permitir o ingresso daqueles que não haviam sido aprovados em todos os exames preparatórios ou que não haviam obtido sucesso nos exames de admissão. Havia também a possibilidade de um aluno estudar gratuitamente devido à subvenção dada pelo governo federal e pelo estadual; entretanto, os candidatos a essas “bolsas” deveriam submeter-se aos exames de admissão para ter um bom aproveitamento acadêmico durante todo o curso. Apesar dessa possibilidade, o ensino superior continuava sendo praticamente exclusivo dos jovens oriundos das classes dominantes. Era a tônica da seleção do próprio ensino superior a possibilidade de acesso e a permanência daqueles que tivessem os pré-requisitos acadêmicos necessários ao curso, o que era ainda privilégio dos setores sociais que dominavam a vida econômica do país. Era necessário que o exame fosse capaz de selecionar os jovens dotados de formação prévia, que assegurasse um aprendizado satisfatório, aprendizado este voltado aos interesses dos grupos dominantes. Esperava-se que tais transformações mantivessem o *status quo* da classe dominante e dos setores médios que emergiam com as novas condições políticas e sociais da vida republicana. Ghiraldelli reforça essa tese afirmando que “as elites não só enviavam seus filhos aos colégios particulares coma também se utilizavam do Estado para criar uma rede de ensino público para o atendimento de seus filhos. Assim, todas as reformas da legislação do ensino providas do governo federal priorizavam suas atenções para o ensino secundário e superior” (Ghiraldelli, 1991, p. 27).

Em 1915, foi promulgado o Decreto 11.530, que tratava do ensino secundário e superior no Brasil. No decreto, o então Ministro Carlos Maximiliano mantinha as restrições feitas ao Colégio Pedro II e às demais escolas secundárias na Lei Orgânica de 1911. O Decreto estabelecia também a necessidade de apresentação de certificado de conclusão do ensino secundário aos aspirantes ao ensino superior. Mantinha os exames de admissão, rebatizados de Exames Vestibulares, que cuidariam da seleção dos candidatos às escolas superiores. Havia uma preocupação com o rigor da aplicação de tais exames, os quais seriam obrigatórios a todos os as-

pirantes a uma vaga em instituições de ensino superior. Os exames vestibulares mantinham, de forma geral, a mesma estrutura dos exames de admissão: uma prova escrita e uma prova oral. A prova escrita era composta por textos em língua estrangeira, que deveriam ser traduzidos pelo candidato; o conteúdo da prova oral variava de acordo com o curso na faculdade pretendida. As provas, realizadas sempre em janeiro, eram feitas sob intensa fiscalização, com tal rigor que acarretou uma redução significativa no número de aprovados.

Após o Movimento de 1930, que colocou fim à Primeira República, caracterizada pelo domínio político e econômico das oligarquias agrárias de Minas Gerais e São Paulo, duas políticas educacionais podiam ser identificadas no país: a primeira, acentuadamente autoritária e intervencionista, e a segunda, de caráter mais liberal, própria das unidades da federação, subdividida em dois ramos, um de cunho mais elitista e outro de cunho mais igualitário. Quanto ao ensino superior, o Decreto 19.851, de 11/04/1931, estabelecia os novos padrões, sendo conhecido como Estatuto das Universidades Brasileiras. O processo de seleção dos candidatos ao curso superior continuou se dando pelo vestibular, sendo necessário também, além da comprovação de conclusão do ensino secundário, um atestado de “idoneidade moral.” O decreto estabelecia o pagamento para os cursos oferecidos pelas instituições superiores, até mesmo públicas. O acúmulo de taxas representava um grande empecilho ao estudo de jovens com menor poder aquisitivo. Em 1931, um curso na Universidade do Rio de Janeiro custava em média 800 mil réis por ano, pagos em taxas referentes a matrículas, exames a certificados (Cunha, 1980, p. 263). A necessidade do pagamento de taxas já era, por si só, um forte elemento de seleção, uma vez que somente os candidatos oriundos das classes com maior poderio econômico tinham condições de arcar com os custos de um curso superior.

A década de 20 foi marcada por diversas agitações políticas a intelectuais. Juvenil da Rocha Vaz foi o redator da reforma empreendida pelo Ministro do Interior, João Luis Alves, que visava a dar ao Estado maiores e melhores instrumentos de controle do sistema de ensino. No tocante aos exames vestibulares, a reforma serviu como um aperfeiçoamento do sistema. Até a Reforma Carlos Maximiliano (1915), todos os aprovados nos exames de admissão tinham direito à matrícula, isto é, vaga garantida na faculdade. A partir

de 1925, cada faculdade ficou obrigada a definir o número de vagas disponíveis a cada ano. Começava a se delinear o caráter classificatório dos exames vestibulares. Os alunos iam preenchendo as vagas disponíveis de acordo com o desempenho nos exames, até o fim das vagas. Muitos candidatos passaram a ser aprovados, porém não matriculados; caso desejassem obter vaga nos anos seguintes, deveriam submeter-se novamente aos exames vestibulares. Aspecto importante da Reforma Rocha Vaz foi a possibilidade de alunos cursarem a faculdade sem ônus. Pela reforma, cada escola superior deveria ter cinco alunos gratuitos por série, os quais seriam selecionados da seguinte forma: um pela nota no exame vestibular, outro por indicação do governo e outros três indicados pelo próprio corpo discente.

O período compreendido entre 1930 e 1945, conhecido por Era Vargas, foi caracterizado por grandes transformações sociais, políticas, econômicas e culturais.

Dez artigos tratavam da educação em seus mais diversos níveis. No 2º § do art. 157, ficou estabelecido ajuda e suporte governamental aos alunos necessitados, que correspondiam não somente a uma bolsa de estudos, mas também ao fornecimento de material escolar, assistência da saúde e até um auxílio financeiro para as viagens necessárias. O texto estabelecia: “Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para villegiaturas” (Castro, 1936).

Em 1937, o governo passou a conceder 21 bolsas de estudos para alunos carentes, desde que tivessem uma conduta irretocável. A finalidade das bolsas era, em última instância, sufocar os movimentos estudantis que reivindicavam a gratuidade do ensino superior oficial. Além da bolsa, o governo concedia uma ajuda de custo no valor de 300 mil réis/mês, quantia superior ao salário médio de um trabalhador da indústria da época. O governo exigia reciprocidade: caso algum bolsista não obtivesse aprovação em todas as matérias, tivesse envolvimento com pessoas ou atividades inconvenientes, perdia não só o privilégio da isenção do pagamento da mensalidade, como também a ajuda financeira. Em 1942 implantou-se nova reforma do ensino pelo Ministro Gustavo Capanema, que pôs fim aos cursos pré-universitários que funcionavam nas escolas superiores. Para substituir esses cursos, foram criados os cursos co-

legiais (clássico a científico) voltados ao preparo dos estudantes para o ensino superior. O colegial científico era voltado para Medicina, com forte ênfase em biologia, ou para engenharia, cuja ênfase estava na matemática.

As duas décadas que sucederam o Estado Novo se caracterizaram pela política populista. A importância política das massas era incontestável e os governantes assumiram posturas voltadas a atender, mesmo que somente de forma superficial, aos anseios e às aspirações dessa nova força. Na educação, especificamente na questão do acesso ao ensino superior, ocorreu um alargamento da possibilidade de ingresso por parte daqueles que até então não tinham essa oportunidade. As alterações ocorridas no sistema educacional brasileiro foram também influenciadas pela conjuntura internacional. No final da Segunda Guerra Mundial, foi criada a ONU e seu braço educacional, a Unesco, que emitiu diretrizes mais “igualitárias” para as políticas educacionais de seus países membros. Também o fim da guerra provocou um acentuado crescimento demográfico, que pressionou a expansão do ensino ao longo das décadas de 50 e 60.

Em 1948, o projeto de lei de diretrizes e bases da educação nacional tocou na questão da possibilidade de acesso dos egressos dos cursos médios profissionais ao ensino superior. A iniciativa tomou forma de lei em 1950 (Lei 1.076) com os chamadas “leis de equivalência”, que abriram a possibilidade de inscrição nos diversos exames vestibulares oferecidos, o que era um grande progresso, visto que “os portadores daqueles diplomas, até então, somente podiam se candidatar aos cursos superiores tidos como diretamente relacionados ao comercial técnico” (Cunha, 1983, p. 79).

A plena equivalência dos cursos secundários se deu em 1961, com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que eliminava as restrições aos concludentes dos cursos técnico-profissionais. As medidas tomadas junto ao ensino secundário atingiram um dos pilares da discriminação socioeducacional da Era Vargas: o ensino técnico-profissional destinado às camadas populares e o ensino secundário (clássico a científico) voltado às elites. Essa dualidade não podia resistir à pressão das massas durante o período populista. As alterações no ensino secundário, contudo, não foram suficientes para eliminar o caráter discriminatório da educação. Mesmo que equiparados aos cursos secundários convencionais, em termos de direito formal de

acesso ao ensino superior, os cursos profissionais não forneciam aos seus alunos as mesmas condições de obtenção de sucesso nos exames vestibulares ou no decorrer do curso superior. Nas escolas secundárias, onde se fazia o clássico ou o científico, o currículo era “voltado para a continuação dos estudos; as chances eram ainda menores quando o curso comercial era feito no período noturno, de duração mais curta, pouco exigente com estudantes menos predispostos às práticas acadêmicas” (Cunha, *ibid.*, p. 83). Até a Era Vargas, a discriminação mais evidente se dava no ensino secundário; no decorrer do período populista, com as alterações ocorridas, o ponto crítico se deslocou para o momento do exame vestibular.

O acesso ao ensino superior, ao longo da história, fora reservado àqueles que dispunham de renda suficiente para arcar com os custos de um curso. Salvo as exceções dos alunos bolsistas, a maioria dos alunos de escolas superiores era composta por jovens oriundos dos estratos com maior poder aquisitivo. A Constituição de 1946, a primeira após a era Vargas, apontava para a possibilidade de ensino superior gratuito àqueles que provassem não ter condições de arcar com os custos do curso superior. Da mesma forma, a Constituição paulista (1947) e o projeto de diretrizes e bases da educação nacional (1948) mostravam-se favoráveis à gratuidade do ensino superior público. Tal gratuidade não foi obtida de forma abrupta, por meio de lei ou decreto. As taxas foram mantidas em seu valor original e com o passar do tempo acabaram corroídas pela inflação. Havia resistência, dentro do próprio governo, à iniciativa de conceder ensino superior gratuito indistintamente. O Parecer 67 do CFE, de 1962, não considerava legítima a gratuidade do ensino superior oficial, alegando a incorrência e injustiça do oferecimento da gratuidade no nível superior, enquanto ela não havia se concretizado no nível primário. O parecer propunha o estabelecimento de uma faixa de alunos com condições de custeio do curso, com base na renda familiar, as quais não obteriam o privilégio da gratuidade.

No início da década de 60, os vestibulares eram usados como instrumento de descarte e não de seleção de candidatos, devido à baixa oferta de vagas em relação à grande e crescente demanda. O aumento no grau de dificuldade das provas e do número de aspirantes a uma vaga nos cursos superiores propiciou o surgimento dos cursinhos pré-vestibulares, voltados a suprir as possíveis lacunas deixadas pelo ensino do

curso colegial. Os alunos dos últimos anos do colegial passaram a concentrar suas atenções nas matérias específicas dos cursos pretendidos, deixando de lado as demais. Quanto aos cursos de ciências humanas, mais especificamente àqueles das faculdades de Filosofia, que proliferaram pelo Brasil nos décadas de 60 a 70, o grau de exigência era menor, o que acabava por propiciar o acesso de uma camada diferenciada de alunos. O aumento expressivo do número das faculdades de Filosofia, Ciências e Letras, escolas voltadas prioritariamente para a formação de docentes, foi motivada pela expansão da escolarização primária e média (posteriormente 1° e 2° graus), que passaram a necessitar de professores em grande número, a partir dos anos 60. O crescimento das escolas de licenciatura se deve à expansão da rede de ensino primário e médio nos anos 50 e 60, quando houve alargamento de possibilidades de escolarização para a população e, em consequência, a necessidade de muitos professores.

O crescente processo de urbanização e a maior participação da mulher nos setores produtivos da economia contribuíram para um aumento na procura pelo ensino superior. Nesse período acentuou-se o problema dos excedentes com a dificuldade encontrada pelas universidades públicas de suprir a crescente demanda. Tal problema foi herdado do período populista, tendo se transformado em uma questão jus-política. Normalmente os excedentes haviam prestado exames para os cursos de Engenharia ou Medicina, que tinham as maiores relações candidatos/vaga, sendo assim os cursos mais concorridos. Como tais cursos exigiam recursos materiais e instalações especiais para seu funcionamento, as instituições particulares não tinham condições de atender ao proposto pela Lei 1.392 de 1951, que abria a possibilidade de ingresso nessas escolas aos excedentes dos exames vestibulares das escolas oficiais. Durante a década de 60, a questão dos excedentes levantou muitos debates e polêmicas, uma vez que muitos inscritos eram aprovados sem, contudo, conseguirem efetivar a matrícula por falta de vagas. Exigiam, então, na justiça, o direito de cursar a universidade, mesmo que o número de vagas fosse inferior ao número de aprovados. A importância da questão dos excedentes foi notada e destacada pelo norte-americano John M. Hunter, professor da Universidade Estadual de Michigan e consultor da EAPES.

(Acordo MEC - Usaid). Em um de seus relatórios, observou que “os meses de janeiro e fevereiro no

Brasil parecem marcados por dois eventos principais: o Carnaval e os vestibulares; o primeiro libertando a comunidade de alguns problemas sociais e o segundo contribuindo com alguns novos, particularmente com aqueles relativos aos excedentes” (Hunter apud *Cunha, 1983*, p. 187). A preocupação com os excedentes perdurou até a publicação do Decreto 68.908, de 13/07/1971, que no seu segundo artigo estabelecia: “O concurso vestibular far-se-á rigorosamente pelo processo classificatório, com aproveitamento dos candidatos até o limite das vagas fixadas no edital, excluindo-se o candidato com resultado nulo em qualquer das provas”. Tal decreto atribuía ao vestibular um caráter classificatório, o que, em última instância, fazia desaparecer a figura do excedente e os problemas jurídicos decorrentes dessa condição.

As décadas de 80 e 90 foram profícuas em estudos e debates envolvendo a questão do acesso ao ensino superior. Em 1985, uma comissão montada pelo Ministério da Educação para propor reformulações no ensino superior apresentou um relatório contendo uma análise do quadro de acesso às universidades e apresentando propostas de melhoria. No relatório, a Comissão Nacional para Reformulação da Educação Superior tratou diversas vezes da questão do acesso ao ensino superior. Expôs, na proposta de uma nova política para a educação superior, o caráter seletivo do sistema de ensino que, por meio de um processo de afunilamento, vai filtrando os estudantes desde o ensino fundamental, passando pelo primeiro e segundo graus até o momento do concurso vestibular. Segundo o relatório da Comissão, a seleção ocorrida ao longo das séries iniciais, quando as crianças e adolescentes das camadas populares deixam os estudos, torna-se ainda mais rigorosa no momento do concurso vestibular. Na transição do 2° grau para o ensino superior, ocorre a diferenciação entre os jovens oriundos de famílias de baixa renda e os jovens de maior poder aquisitivo; as vagas para as escolas públicas acabaram ficando com os ex-alunos dos caros colégios particulares, enquanto os demais têm de se submeter aos altos custos do ensino superior em escolas particulares, normalmente de qualidade inferior. A oferta de vagas nas instituições de ensino superior públicas atende principalmente aos interesses e necessidades dos alunos jovens oriundos de famílias com maior poder aquisitivo. A grande oferta de vagas se dá nos cursos diurnos, que exigem dedicação em tempo integral, o que inviabiliza o estudo daqueles

que trabalham durante o dia. Tal diagnóstico levou a comissão a propor a adequação das universidades públicas para o atendimento dessa “nova” demanda, por meio da criação de novos cursos e de novos horários de funcionamento. “A oferta de vagas nas instituições públicas deve ser expandida na medida das possibilidades e nas áreas de maior demanda; e cursos noturnos devem ser introduzidos, onde couber, para atender a estudantes que têm que trabalhar durante o dia, mas cuidando para que se preservem padrões de qualidade e competência.” (Ministério da Educação, 1985, p. 18.)

Entre as propostas apresentadas para a melhoria da seleção dos candidatos ao ensino superior está a realização de uma avaliação parcelada, diluída ao longo do segundo grau, alvo de críticas por parte de alguns educadores. A proposta do Sistema da Avaliação Progressiva para Ingresso no Ensino Superior (Sapiens) foi defendida desde 1985 pela Fundação Cesgranrio e estudada por diversos organismos, inclusive públicos. O sistema consistiria na substituição do concurso vestibular pontual (concentrado em uma só época) por uma série de provas a serem aplicadas ao longo do 2º grau (Franco, 1985). A proposta de avaliação progressiva foi defendida pelo Ministro da Educação Paulo Renato Souza e colocada em prática pela UnB a partir de 1996. Diversas vantagens foram levantadas em favor desse novo processo seletivo: a mudança no ensino secundário livresco e baseado na memorização mecânica (determinado pelas características das provas do vestibular), a ênfase na avaliação qualitativa, a integração entre a educação básica e a superior, a eliminação do momento traumático da prova do vestibular. O programa funcionaria para as escolas que se credenciassem, as quais possibilitariam a seus alunos a execução, ao fim de cada uma das séries do ensino secundário, de provas relativas ao currículo regular. Tais provas, realizadas nas próprias escolas credenciadas, seriam coordenadas por professores da UnB/Cespe. Após as provas das duas primeiras séries, os alunos receberiam boletins apresentando seu rendimento por blocos de disciplinas, que lhes dariam “indicadores referentes à qualidade do ensino ministrado em sua escola, apesar de a divulgação de resultados relativos só ocorrer na última série, quando o candidato estiver concorrendo aos 50% das vagas de cada curso, para ingresso no ano seguinte” (Todorov & Martins, 1995).

A Constituição de 1988 previu a formulação de nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a qual de-

morou 7 anos para ser aprovada pelo Senado Federal, em 12/12/1995. O capítulo IV do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei trata da Educação Superior. O art. 42, em seu segundo item, estabelece que os cursos de graduação estarão “abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo”. A expressão “processo seletivo” permite a adoção de outros mecanismos e critérios de seleção diferenciados do concurso vestibular convencional, como no caso do sistema de avaliação ao longo do 2º grau (três últimos anos do antigo ensino médio).

Outro artigo que toca na questão do acesso ao ensino superior é o de número 45, que no § 4º estabelece: “As instituições de educação superior oferecerão, no período noturno, cursos de graduação nos mesmos padrões de qualidade mantidos no período diurno, sendo obrigatória a oferta noturna nas instituições públicas, garantida a necessária previsão orçamentária”. Destaca-se nesse artigo, além da determinação do oferecimento de cursos noturnos em instituições públicas, a ênfase na qualidade, compatível com a qualidade dos cursos diurnos. Tal medida beneficia diretamente os candidatos trabalhadores, que não têm condições de matrícula nos cursos diurnos. A sanção presidencial, contudo, deu-se após a votação da lei na Câmara dos Deputados, o que só ocorreu em dezembro de 1996.

A morosidade do Poder Legislativo na aprovação das leis relativas à educação compromete seriamente o aperfeiçoamento do sistema educacional, inclusive na questão do acesso ao ensino superior.

TENDÊNCIA DESELITIZANTE

O levantamento do contexto histórico socioeducacional brasileiro revelou um quadro de visível elitização. O acesso de jovens das classes inferiores da sociedade à universidade foi, ao longo dos anos, continuamente dificultado e inviabilizado. Em um primeiro momento, que vai do século XVI ao início do século XIX, ocorreu uma “seleção entre muito poucos”. O acesso ao ensino superior era restrito dentro do já restrito grupo de jovens que cursavam os colégios brasileiros, principalmente os educandários mantidos pelos jesuítas. O universitário brasileiro era, pois, ligado à aristocracia, à elite. O segundo momento foi de uma “seleção entre poucos”, que durou do início do século XIX, com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, até meados do século XX. Houve um pequeno alargamen-

to do acesso, com a entrada de elementos das camadas médias da sociedade. O perfil do aluno do ensino superior brasileiro continuou, contudo, elitizado, uma vez que a grande maioria ainda pertencia aos estratos superiores da sociedade. Estamos vivenciando o terceiro momento desse processo seletivo de acesso ao ensino superior, quando ocorre uma “seleção entre muitos”. Após a década de 50, ocorreu um aumento expressivo da demanda pelo ensino superior, conseqüência direta das medidas tomadas a partir da década de 30 de incentivo à escolarização primária e secundária, da intensificação da industrialização, da urbanização e do crescimento populacional do pós-guerra. A questão dos excedentes veio em decorrência desse aumento da demanda, e a competição por uma vaga nas universidades públicas exigiu o aperfeiçoamento do vestibular com técnica de seleção. O perfil do universitário, em decorrência da chegada de um novo tipo de candidato a uma vaga na universidade, sofreu uma tênue alteração, porém permanecendo, ainda, elitizado.

Em termos gerais, a universidade pública acaba por acolher um número expressivo de jovens de baixa renda, se tomarmos como referencial não o total de jovens brasileiros de baixa renda, mas o total daqueles que concluem o segundo grau e têm condições legais de se inscrever em um concurso vestibular. Tais jovens, normalmente oriundos de colégios públicos, concentram-se nos cursos de ciências humanas, preferencialmente à noite, na tentativa de conciliar estudo e emprego. Os jovens dos estratos mais elevados, a “elite”, dominam as “carreiras de prestígio”, que apresentam uma maior relação candidatos/vaga. A limitação desse acesso revela o baixo grau de “capilaridade social” da realidade brasileira, principalmente em se tratando da ascensão de elementos dos estratos inferiores por meio da educação. O forte processo de estratificação social ocorrido desde o período colonial privilegiou um pequeno grupo, o qual tinha acesso a todas as benesses e favores, inclusive o controle do acesso à educação de nível superior. Tal segmento da sociedade era composto principalmente pelos filhos dos grandes latifundiários, os quais dominavam a vida política e econômica do Brasil, desde o início da colonização.

Podemos afirmar que, ao longo da história do Brasil, a educação superior foi privilégio das elites. Por elite entende-se, em um primeiro momento, a aristocracia agrária que comandou a economia do país por décadas. Tal elite, no entanto, foi se compondo ao

curso dos anos por grupos não ligados diretamente ao setor agrário-exportador, mas também ocupantes do topo da pirâmide social (mineradores, grandes comerciantes, membros da burocracia estatal, burguesia industrial). A longevidade do “setor agrário” enquanto elite brasileira, parte integrante dos grupos dirigentes da vida nacional, pode ser comprovada pelo poderio da bancada ruralista na Câmara dos Deputados na década de 1990. A capacidade de composição e convivência de grupos diversos, própria da sociedade brasileira, foi identificada por Emília Viotti da Costa: “Assim como fazendeiros se convertem em empresários, empresários, cuja fortuna originalmente se formou na indústria, reinvestiram parte dos seus lucros em terras, ou se vincularam os laços de família e amizade aos grupos ligados à grande propriedade. A oposição burguesia-aristocracia, setores urbanos, setores rurais, característica de outras sociedades, não se manifesta no Brasil com a mesma agudeza” (Costa, 1977, p. 201).

Essa aparente heterogeneidade da elite brasileira é por um lado a confirmação do fenômeno da circulação das elites identificado por Pareto: “por uma lei de grande importância, e que é a razão principal de muitos fatos sociais e históricos, essas aristocracias não duram, mas se renovam continuamente”. Assim sendo, a presença de elementos de outros segmentos sociais na composição da elite brasileira ao longo da história confirma o fenômeno. Entretanto, a permanência da “aristocracia agrária” configura uma exceção visto que ela resiste enquanto elite desde o início do século XVI até o final do século XX. Nota-se, ao longo da história do Brasil, que os grupos dirigentes da vida política, econômica e social permaneceram com um perfil muito semelhante. Tais grupos, as elites, se valeram de todos os meios para se manter “elite”, entre eles a educação. Os mecanismos de acesso ao ensino superior foram controlados e dirigidos visando a facilitar o ingresso de jovens dos estratos superiores da sociedade, o que significa dificultar o ingresso daqueles oriundos dos estratos inferiores.

“Os processos de seletividade social, como se pode depreender de sua evolução histórica, são cada vez mais dissimulados e tecnicamente mais apurados, de sorte que tais processos se revestem de uma pretensa meritocracia.” (Frigotto, 1984, p.175.) O sucesso daqueles que conseguem alcançar a universidade pública, embora camuflado de mérito acadêmico a intelectual, é, na realidade, determinada socioeconomicamente.

Quando questionamos o grau de elitização da universidade pública brasileira da década de 90, estamos nos referindo a um conceito mais amplo de elitização. Entendemos que houve um alargamento no perfil daqueles que compõem a elite. Na realidade, quando a opinião pública fala em processo de elitização da universidade, está se referindo à dificuldade de acesso das camadas populares; é uma identificação de elite por exclusão: é parte da elite todo aquele que não pertence às camadas populares. Os diversos autores que criticam a predominância da elite na universidade consideram como elite não necessariamente os filhos de fazendeiros ou empresários. Ao se afirmar que ocorre uma elitização da universidade pública, considera-se como elite também, e principalmente, os jovens oriundos de famílias de classe média. Desse ponto de vista, são parte da “elite” os filhos dos profissionais liberais e de assalariados com razoável remuneração. Enquadrando a classe média na categoria de elite, podemos entender ou considerar a universidade pública como elitizada, já que ela, nos dizeres de Arthur Giannotti, “é o paraíso das classes médias, o lugar por excelência de suas práticas, o terreno onde se articulam seus ideais” (Giannotti, 1987, p. 46).

A questão da elitização se dá devido ao grande número de representantes das classes média a alta no 3º grau, em contraste com a escassez de representantes das camadas populares. A desproporção entre o total de jovens brasileiros de baixa renda, em idade compatível com a escolaridade superior, e o pequeno número destes na universidade, principalmente na pública, caracteriza e reforça ainda mais a tese de que ocorre uma elitização. Porém, se considerarmos toda a história da educação no Brasil, identificaremos um lento, mas constante processo de alargamento das possibilidades do acesso ao ensino superior: de uma seleção entre muito poucos para uma seleção entre poucos e desta para uma seleção entre muitos. A crescente participação de alunos de baixa renda, sobretudo nas faculdades particulares, revela uma tendência deselitizante que só se efetivará com a contenção e supressão da evasão ocorrida ao longo do 1º e 2º graus, propiciando a chegada de um maior contingente popular às portas do 3º grau. Com essa alteração no ensino de 1º e 2º graus se dará o momento da “seleção entre todos” e, com o necessário e esperado aumento na oferta de vagas nas instituições de ensino superior e um aperfeiçoamento nos métodos e técnicas dos concursos vestibulares, essa tendência deselitizante se firmará e se tornará

patente com o acesso de um significativo número de jovens das camadas populares às instituições, inclusive públicas, de ensino superior. (*In* Ensaio, Avaliação e Políticas Públicas em Educação, vol. 6).

Feita uma necessária retrospectiva dos mecanismos de restrição das classes populares ao ensino graduado, voltemos a olhar o tempo presente.

Os censos escolares dos anos recentes mostram um crescimento nas matrículas e conclusões da educação de nível superior, o que implica demanda por educação superior. A proporção de vagas oferecidas pelas instituições de ensino superior é inferior ao número de jovens que concluem o ensino médio. Estudantes de 18 a 24 anos estão matriculados nos cursos de nível superior numa média de 13%.

Quanto ao ensino superior, 75% que o conclui são brancos (a população branca é de 53% no país). Conquanto a matrícula no ensino médio tenha duplicação entre 1990 e 1998, passando de 3,5 milhões para 6,9 milhões de estudantes, menos de 30% da população entre 15 e 17 anos está matriculada. Isso demonstra que o ensino médio não universalizou, ainda que sofrível.

O processo de expansão do ensino superior ocorreu no ensino privado, contudo a limitação da renda das famílias é um obstáculo a tal expansão. A expansão da rede de ensino superior privada concentrou-se em algumas regiões. De cada mil vagas criadas, seiscentas foram no Sudeste e no Sul do país. 95% das vagas do ensino superior público são ocupadas por alunos da escola de nível médio privada. A expansão global ocorreu também com relação a pessoas com mais de trinta anos.

O percentual de 10% de matriculados no ensino superior classifica o Brasil como sistema de ensino superior de elite.

Em estudo também relevante sobre a “Universidade Brasileira, Acesso, Exclusão Social e Perspectiva dos Egressos”, o Professor Edson Nunes, Pró-Reitor da Universidade Cândido Mendes e Vice-Presidente da Câmara de Educação Superior da CNE e Márcia Marques de Carvalho, fazem um estudo descritivo dos caminhos e escolas do terceiro grau brasileiro à luz de sua expansão, prospectos e restrições, anotam que a alta idade média de estudantes mostra que a expansão beneficiou a demanda reprimida. Os alunos de mestrado e doutorado pertencem aos estratos mais ricos da

população. Para ilustrar aspectos importantes da nossa temática, transcrevo abaixo alguns indicadores desses ilustres pesquisadores.

MATRICULADOS NO ENSINO SUPERIOR, POR FAIXA ETÁRIA – BRASIL – 1991, 1996, 2000-2002

MATRICULADOS NO ENSINO SUPERIOR (ANOS)

ANO						Idade média
	15 a 17	18 a 24	25 a 29	30 ou mais	Total	
1991	18.950	833.186	291.637	231.980	1.375.753	25
	1,4%	60,6%	21,2%	16,9%	100%	
1996	33.655	1.131.482	301.120	265.552	1.731.809	25
	1,9%	65,3%	17,4%	15,3%	100%	
2000	36.833	1.705.768	483.216	638.230	2.864.047	26
	1,3%	59,6%	16,9%	22,3%	100%	
2001	26.868	2.070.441	665.341	969.575	3.732.225	27
	0,7%	55,5%	17,8%	26,0%	100%	
2002	26.178	2.291.744	736.637	1.078.768	4.133.327	27
	0,6%	55,4%	17,8%	26,1%	100%	

Fonte: IBGE. Censos demográficos 1991, 2000, Contagem 1996 e PNADS 201

TAXA DE ESCOLARIZAÇÃO LÍQUIDA NO ENSINO SUPERIOR (18 A 21 ANOS) NOS PAÍSES DA OECD – 1996

País	Taxa de escolarização líquida %	Classificação de Martin Trow
Coréia	40,7	Sistema Universal
Canadá	40,5	Sistema Universal
Bélgica	39,6	Sistema Universal
Grécia	39,4	Sistema Universal
França	36,0	Sistema Universal
Estados Unidos	34,6	Sistema Universal
Irlanda	31,4	Sistema de Massa
Austrália	31,3	Sistema de Massa
Nova Zelândia	29,4	Sistema de Massa
Espanha	27,3	Sistema de Massa
Reino Unido	26,9	Sistema de Massa
Jordânia	25,2	Sistema de Massa
Holanda	24,0	Sistema de Massa
Argentina	22,4	Sistema de Massa
Polónia	21,2	Sistema de Massa
Portugal	19,3	Sistema de Massa
Noruega	19,0	Sistema de Massa
Finlândia	18,2	Sistema de Massa

País	Taxa de escolarização líquida %	Classificação de Martin Trow
República Theca	16,9	Sistema de Massa
Malásia	16,4	Sistema de Massa
Áustria	16,1	Sistema de Massa
Suécia	13,7	Sistema de Elite (até 15%)
Hungria	13,4	Sistema de Elite (até 15%)
Uruguai	11,3	Sistema de Elite (até 15%)
Alemanha	10,8	Sistema de Elite (até 15%)
Dinamarca	8,5	Sistema de Elite (até 15%)
Suíça	7,6	Sistema de Elite (até 15%)
México	6,6	Sistema de Elite (até 15%)
Brasil	6,1	Sistema de Elite (até 15%)

Fonte: OECD. Education at a glance: OECD Indications. Paris, 1998.

No ensino superior, 69% dos estudantes pertencem aos 20% das famílias mais ricas. Os alunos do curso de mestrado e doutorado são 90% filhos dos 20% das famílias mais ricas:

DISTRIBUIÇÃO DOS ESTUDANTES POR DÉCIMOS DE RENDIMENTO MENSAL FAMILIAR, SEGUNDO OS NÍVEIS DE ENSINO
BRASIL – 2002.

Nível de Ensino	Distribuição dos estudantes (%)										
	Decis de rendimento mensal familiar										
	1°	2°	3°	4°	5°	6°	7°	8°	9°	10°	total
Fundamental	11,3	9,6	12,9	10,6	11,6	10,7	10,0	9,6	7,2	6,5	100,0
Médio	5,3	5,1	7,2	6,8	9,6	10,6	12,7	15,1	14,1	13,4	100,0
Superior	1,2	0,6	1,2	1,3	2,8	4,3	7,0	13,7	22,9	44,9	100,0
Mest/Dout.	0,1	0,0	0,0	0,3	0,5	1,4	2,6	6,3	18,1	70,7	100,0

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2002: microdados.

ESTATÍSTICA DESCRITIVAS DO RENDIMENTO MENSAL FAMILIAR DOS ESTUDANTES POR NÍVEL E REDE DE ENSINO – BRASIL – 2002.

Nível de ensino	Rede de ensino	Renda Família dos estudantes		Número de estudante	
		Média	Des. Padrão	Total	% Públ-Priv.
Fundamental	Total	872,77	1.409,55	31.344.771	100
	Pública	659,98	786,89	28.150.937	90
	Privada	2.747,99	3.182,47	3.193.834	10
Médio	Total	1.347,46	1.834,14	7.666.012	100
	Pública	995,96	1.009,33	6.439.700	84
	Privada	3.195,39	3.409,22	1.226.312	16
Superior	Total	3.139,44	3.371,62	3.662.378	100
	Pública	2.616,72	2.851,14	980.123	27
	Privada	3.331,08	3.523,98	3.523,98	73

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios 2002: microdados⁵

O estudante universitário europeu custa cerca de três vezes mais que o aluno do ensino fundamental. No Brasil o jovem universitário custa onze vezes mais, segundo dados de estudo do Banco Mundial publicado em dezembro de 1998.

Diante desse quadro da realidade do ensino, soa espantosa, quase inacreditável, a afirmação das rés apelantes que a questão deduzida em juízo não possui interesse social.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS:

O SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS E POBRES

O discurso da democratização do ensino superior é freqüente desde a década de 1950 e o tema oficial da XII Conferência Nacional de Educação pela ABE, realizada em julho de 1956, em Salvador, na Bahia, foi “O processo de Educação Democrática nos Diversos Graus de Ensino e Vida Extra-escolar” (cf. Paulo Rosas, Professor da Universidade Federal de Pernambuco, *in* Educação Brasileira, *Revista do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras*, ano VIII, 16, Brasília, 1986). Desde então só há palavras. É tempo de agir mediante ações afirmativas.

O sistema de cotas é originário dos Estados Unidos e não houve lei federal que o disciplinasse. Em todas as esferas do governo americano, nas empresas e nas universidades, há prática de ações afirmativas para atenuar a discriminação e dar cumprimento à Lei de Direitos Civis de 1961.

As rés apelantes sustentam que a reserva de cotas para alunos da rede de ensino pública não está prevista em norma constitucional ou legal.

Alega-se também que a solução é melhorar o nível de educação pública do primeiro e segundo graus. Diz-se também que se precisa cuidar da distribuição de renda e, a longo prazo, (talvez longuíssimo) e os alunos carentes da rede pública de ensino terão acesso às universidades públicas em igualdade de condições. Tal é a defesa do *status quo* promovida pelos mágicos do imobilismo.

Ao tempo da Lei do Ventre Livre, que conferia liberdade às crianças nascidas de escravos negros, afirmava-se que a liberdade dos filhos era inútil, pois seus pais continuariam escravos, e de qualquer sorte, libertos ou escravizados, o *status* social e econômico das crianças negras nascidas após a referida lei não alteraria o destino de suas vidas.

Os problemas estruturais da nossa sociedade classista marcada pela convivência de mais de quatrocentos anos de escravidão não têm solução a curto e médio prazo.

Daí que a estigmatização dos sujeitos das políticas de cotas não é um argumento suficiente para se afastar a sentença recorrida, que apenas deu eficácia ao art. 206, I, da CF/1988, que dispõe:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

(...).

Isaura Belloni, Consultora Legislativa da Câmara dos Deputados e ex-professora da Universidade de Brasília, em estudo apresentado no Seminário de Ensino de Graduação da UnB, (novembro de 2002), publicado em “Universidade em Questão, vol. I, org. Lauro Morhy, Editora UnB”, discorrendo sobre política de ação afirmativa para a democracia e a igualdade, fala que não basta esperar um futuro remoto para se melhorar o sistema educacional injusto de que hoje padecemos:

No entanto, em que se pese sua reduzida participação, a maior proporção de formandos que se declaram negros ou pardos é encontrada nas instituições públicas. Mas estes estudantes tendem a freqüentar cursos de menor prestígio social e com menor demanda ou concorrência nos exames vestibulares.

Um ponto de fundamental importância é que o sistema público não reforça a iniquidade existente no sistema educacional e na sociedade: os egressos das IES públicas têm melhor desempenho na prova geral do Provão, o que sugere que, independente de sua origem social, o egresso da instituição pública tem melhor formação que os demais.

A iniquidade está presente, portanto, desde a educação básica e lá deve, também, ser atacada através de significativa melhoria de qualidade.

⁵ *In* Universidade em questão, volume 1, Lauro Morly (org), Editora UNB

Estudo desenvolvido pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, diz que em 13 anos os brancos devem alcançar a média de oito anos de estudo. Os negros só atingirão essa meta daqui a 32 anos. E nada indica que esta diferença vá sendo reduzida, se ações específicas e diretas não forem tomadas.

Pesquisa feita em 2000 pelo INEP – Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais, com base no questionário sócio-econômico do Provão, mostra que apenas 24,4% dos formandos das federais têm renda mensal familiar superior a R\$ 3.021. Nada menos do que 43,2% dos pesquisados integram famílias cuja renda é inferior a R\$ 1.510. Em algumas universidades privadas, seria preciso dispor de todo esse valor para pagar mensalidades dos cursos mais caros.

Portanto, não basta agir na melhoria da qualidade da educação básica e esperar o futuro. Convém agir imediatamente.

A professora Isaura Belloni fez também, no ensaio acima referido, proposta de ação afirmativa com alguns elementos básicos:

Uma política de educação superior neste momento, no Brasil, deve estar voltada para o desenvolvimento científico-tecnológico e, ao mesmo tempo, comprometida com a igualdade e a democracia na sociedade.

Para tanto, demanda, entre outras, algumas ações básicas na direção da expansão de vagas nas IES públicas, da redução da evasão e da democratização de acesso.

I – A expansão do sistema público de educação superior envolve:

- expansão de vagas nas IES federais (e estaduais mediante convênios) otimizando a capacidade instalada, com manutenção de qualidade e adoção de metodologias de ensino presencial e a distância;
- criação de novas IES federais (e estaduais mediante convênios) vinculadas a uma política estratégica de desenvolvimento regional sustentável, com ênfase na descentralização, interiorização e desconcentração de riqueza e de população.

II – Uma política de democratização do acesso, apoiado na expansão da educação superior pública e na redução da evasão envolve:

- a implementação de algumas ações complementares;

- um programa de cotas nos vestibulares para egressos de escolas públicas e/ou afro-descendentes e
- um programa de apoio ao estudante, seja de apoio acadêmico aos estudantes com baixo desempenho no exame vestibular, seja de apoio financeiro a estudantes que necessitam buscar fonte de renda.

Desenvolvidos pelo MEC, estes são programas de adesão facultativa por parte das IES federais e estaduais, para estimular a implementação de políticas afirmativas, conforme as características sociais e culturais da região na qual a IES está inserida.

Programa de cotas tem como objetivo apoiar as IES públicas para que introduzam ações afirmativas com vistas à ampliação de oportunidades educacionais dos grupos populacionais visados.

O programa de cotas envolveria algumas ações e critérios básicos:

I – definição de sistema de ingresso por cotas no vestibular para egressos de escola pública e afro-descendentes em proporções estabelecidas pela própria instituição; o percentual de vagas reservadas a egressos do ensino médio público deve ser por curso e não no global da instituição;

II – “egresso do ensino médio público” significa ter cursado todas as séries do ensino médio em instituição pública;

III – A implementação deve ser gradativa, por curso, com previsão de prazo para o atingimento da percentagem prevista (no mínimo cinco anos);

IV – A IES poderá estabelecer pontuação mínima (no vestibular ou outro instrumento) para o preenchimento das vagas reservadas;

Programas de acompanhamento acadêmico e de apoio financeiro a ingressantes pelo sistema regular ou pelo sistema de cotas, baseado nos resultados das provas do vestibular e na condição socioeconômica são fundamentais para a efetividade da expansão do sistema e de seu compromisso com a democratização do acesso e do sucesso na vida acadêmica.

O acompanhamento acadêmico busca superar as deficiências de conhecimento/competências em áreas básicas do curso; trata-se de revisão de conteúdos curriculares relevantes à carreira acadêmica escolhida e nos quais o estudante tenha tido desempenho acadêmico inferior ao desejável.

O apoio financeiro busca oferecer ao estudante condições de dedicar-se aos estudos, sem necessidade de buscar trabalho.

O programa de apoio financeiro demanda a criação de um Fundo Institucional de Apoio ao

Estudante (FIAE), em cada IES, com administração tripartite, para operacionalizar as bolsas de estudos (ou “bolsa faculdade”) para ingressantes via cotas ou outros estudantes, comprovadamente de baixa renda, que optarem por não trabalhar e dedicar-se exclusivamente aos estudos.

O FIAE é constituído de várias fontes de recursos:

- advindos do MEC, proporcionais ao número de estudantes a serem beneficiados;
- da própria IES, equivalente a pelo menos 50% dos recursos do MEC;
- de contribuições de alunos da própria IES com renda familiar superior a um teto a ser definido;
- contribuição dos ex-alunos da própria IES beneficiários da política de reserva de vagas, após prazo de carência;
- contribuição de usuários de serviços prestados pela IES;
- outros.

Assim, a bolsa-faculdade é reembolsável ao FIAE, após carência, condições e prazos a serem definidos.

Ações afirmativas não resolvem todos os problemas sociais e raciais. Podem constituir-se, se bem implementados, em fortes instrumentos na direção de reverter algumas tendências perversas da atual estrutura social e cultural do país.

Os argumentos das apelantes encaminharam-se ainda no sentido de que: a) a destinação de 50% das vagas em universidades públicas para alunos originários da rede pública não resolve ou minimiza um problema tão complexo como é o da educação no país; b) deve-se dar condições àqueles que pretendem cursar uma universidade; c) a solução não é nivelar por baixo; d) não é a reserva de vagas que irá corrigir a injustiça e as discriminações impostas pela estrutura socioeconômica da comunidade; e) o interesse público ficaria ferido se for adotado o sistema do juiz sentenciante; f) a reserva de vagas para alunos egressos da escola pública não garantirá o desenvolvimento da educação nacional.

A pretensão deduzida em juízo pelo autor não postula a solução dos arraigados problemas nacionais no que tange à desigualdade social. O Ministério Público pede apenas que se confira eficácia à norma constitucional em um ponto específico da educação.

É evidente que a solução global dos problemas da educação pressupõe a universalização do ensino fun-

damental e de segundo grau com investimento intensivo na qualificação dos seus professores para o efeito de se ensinar um ensino de qualidade em todo o país.

O problema aqui reside na distribuição do orçamento para a educação brasileira como um todo. Ao ensino fundamental e de segundo grau são destinados apenas 12% do orçamento para a educação, sendo que cerca de 84% são destinados ao ensino superior público “gratuito”.

Não se vislumbra em nenhum lugar discussão sobre essa distribuição de recursos totalmente contrária aos interesses nacionais de um desenvolvimento que logra com uma sólida formação educacional das bases para se ter mão-de-obra qualificada. Aliás, nenhuma palavra sobre o reequilíbrio do financiamento da educação pública foi dita pelas rés ora apelantes.

Também causa perplexidade a afirmação de que “o interesse público restaria ferido se fosse adotado o sistema do juiz sentenciante”. Indaga-se: interesses de quem ficaram feridos com a possibilidade da esmagadora maioria de jovens pobres ter acesso ao ensino superior com a diminuição de vagas para os filhos da elite branca que podem custear seus estudos graduados e pós-graduados? Por que os interesses da elite são sinônimo de interesse público?

Em nenhum momento o representante do Ministério Público Federal em juízo demonstrou que pretende um “nivelamento por baixo” em favor dos “incautos excluídos do sistema” (os pobres).

O deferimento da pretensão ministerial significa obviamente a instituição de acompanhamento acadêmico por parte das instituições de ensino superior dos egressos da rede pública de ensino. É um mecanismo de se superar as deficiências do ensino médio de qualidade o qual o Estado e a sociedade brasileira resistem em oferecer.

Em resumo, todos os argumentos em favor da adoção de políticas universalistas gerais em prol do desenvolvimento econômico, acarretando melhorias na área da educação de nível básico, afasta a solução do acesso de milhares de jovens carentes ao ensino superior para os séculos vindouros. Como dizia Lord Keynes, a longo prazo estamos todos mortos. É preciso dar início ao processo de democratização do ensino superior, hoje, para que o futuro deste país não seja tão sombrio.

Não merecem, pois, subsistir os argumentos das apelantes segundo os quais o concurso vestibular é igualitário e que a sentença estabelece “num arremedo de justiça”, um processo discriminatório de admissão.

A questão de que os alunos da rede pública de ensino concorrem em situação de desigualdade com aqueles da rede privada é fato público e notório, estudado, pesquisado e teorizado desde a década de 1950.

A questão do “nivelamento por baixo” e a ruína do ensino público superior não se apresentam, porquanto a exigência dos requisitos mínimos fixados no edital do vestibular persistirão para todos.

As vagas remanescentes nos cursos oferecidos pelas apelantes que não forem preenchidos por ausência de mérito acadêmico poderão ser oferecidas aos alunos egressos da rede de ensino médio privado.

Portanto, não há que se valer em perigo de conduzir o ensino atual à mediocridade inevitável. A exigência é tão-somente da reserva de vagas específicas aos egressos da rede de ensino pública.

DO MÉRITO INDIVIDUAL

O argumento jurídico das rés é que o mérito individual deve ser o critério exclusivo de seleção para a universidade, porque é preciso selecionar os melhores independentemente de cor, raça, sexo ou classe social. Ou seja, tem mérito quem passa no exame vestibular e tal critério também é previsto no art. 208, V, da Constituição, que estabelece como dever do Estado garantir que o acesso aos níveis mais elevados de ensino se dê segundo a capacidade de cada um. É a meritocracia prevista constitucionalmente.

A rigor, tal não é um argumento equivocado, visto que com poucos recursos para a educação devem ser financiados pelo povo os que têm talento, inteligência, dedicação, vocação para a vida acadêmica.

O problema é a definição do que é mérito. E essa indagação é relevante porque o ensino superior “gratuito” é financiado também por milhões de pobres que com seu labor pagam impostos e seus filhos não têm acesso ao ensino superior público.

Não é provável a tese de que somente os 80% dos alunos da rede de ensino privada tenham inteligência, talento e vocação para o ensino graduado. Uma tese que credita aos alunos das classes mais baixas da socie-

dade uma incapacitação congênita para o estudo não tem credibilidade científica.

É razoável supor que os talentos e a inteligência são distribuídos de forma uniforme independentemente da classe social, porque a natureza não opera segundo critérios ideológicos, políticos ou classistas.

Do ponto de vista social, a persistência, a dedicação aos estudos por parte daqueles que superaram a pobreza, a falta de incentivo da família e da sociedade, os preconceitos, a falta de livros e de comida e, acima de tudo, um ensino médio deficiente, outorgam inegável mérito aos que, apesar de tudo e deles próprios, conseguiram concluir o segundo grau. É justo que se confira aos que venceram as adversidades a continuarem seus estudos em nível superior, caso se mostrem vocacionados.

Os poucos alunos pobres da rede de ensino pública que passam no vestibular em IESP não têm igual mérito aos da rede de ensino privada. Têm maior mérito porque tiveram de superar obstáculos que os mais abastados não tiveram, inclusive e principalmente treinamento adequado para a concorrência. Os alunos da rede pública que não passam no vestibular não podem ser tidos como pouco inteligentes, desprezados ou não vocacionados para estudos superiores. Não se pode afirmar que tenham menos mérito. O princípio da justiça recomenda que se conceda oportunidade a estudantes talentosos que terminaram o segundo grau em condições adversas.

DO CONCURSO VESTIBULAR OU A IGUALDADE DOS IGUAIS

No que interessa a presente lide assim estabelece a Constituição da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei (...)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família,(...)

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;(...)

As rés invocam o art. 208 da Constituição para afirmar que a sentença viola o critério do mérito individual aferido por meio do vestibular, sendo critério da capacitação estabelecido no art. 208, inciso V, da Constituição.

A grande polêmica que se instalou no debate da acessibilidade do ensino superior às classes populosas está centrada principalmente em uma política de ação afirmativa nesse sentido violaria o princípio isonômico.

Os defensores dessa posição e as rés, no caso concreto, partem da premissa falsa que os alunos do setor público e da rede privada de ensino são iguais.

Ora, os homens são iguais perante a lei, mas não na lei. A concepção formal da isonomia consistente na proibição de privilégios pessoais não realizam a igualdade real, ou material. A igualdade formal é apenas um ponto de partida. O constitucionalismo moderno trabalha no sentido de implementar políticas concretas. A igualdade substancial é um processo no qual só será levada a cabo com a alteração das oportunidades. Afirmarções formais de igualdade perante a lei não resolverão a desgraça do desgraçado, a miséria do miserável, a fome do faminto. A igualdade formal padece de séria limitação, enquanto isso a igualdade material pressupõe a distribuição desigual de oportunidades para que os desfavorecidos tenham um nivelamento de oportunidade. O princípio de igualdade material insere-se na Constituição nas normas programáticas que objetivam conceder direitos àqueles que não usufruem dos bens da vida.

As normas programáticas, portanto, são uma via constitucional para uma maior equidade na vida real (não na vida dos livros).

John Rawls, em sua conhecida Teoria da Justiça, enfrentando as desigualdades econômicas e sociais e as diferenças naturais entre pessoas, propõe que os cargos e posições devem ser abertos a todos em igualdade de oportunidades e devem ser concedidos maiores benefícios aos indivíduos mais desfavorecidos da sociedade. Em outras palavras, deve haver um padrão mínimo de direitos e deveres *erga omnes*. A riqueza e autoridade

de uns poucos têm de produzir benefícios compensadores aos que não têm.

O autor desta ação civil pública constatou a situação não isonômica com o atual método de ingresso na universidade pública, de acordo com a LDB, pois a igualdade formal aplicável aos membros de um universo desigual é um fator que reproduz a desigualdade indefinidamente.

A invocação do texto do inciso V do art. 208 da Constituição, a proclamação pura e simples de que todos têm acesso ao ensino superior gratuito segundo seus talentos não altera a situação de injustiça para com jovens talentosos e vocacionados, mas que não tiveram as mesmas oportunidades de ensino de qualidade na infância e adolescência.

O Estado, no presente caso, não pode lavar as mãos e ignorar as diferenças.

No caso dos alunos egressos da rede pública de ensino, constata-se uma categoria de indivíduos que (a) tem sido objeto de discriminação no passado e no presente, porquanto a educação foi e continua sendo insuficiente para concorrência; (b) seus pais ou eles próprios são de classes sociais de poucos recursos que financiam, com pagamento de impostos, os estudos graduados e pós-graduados de uma elite branca; (c) o investimento do governo do ensino básico é imprevisível; (d) está fora de discussão a divisão atual dos recursos para o ensino superior (84%) e o ensino básico, como prova o completo silêncio sobre a questão.

Esses fatores todos ensejam uma discriminação positiva ou ação afirmativa, ou seja, na necessidade de diferenciação jurídica de tratamento aos alunos egressos da rede de ensino pública que pretendam ingressar em uma instituição de ensino pública.

Dispõe o art. 3º da Constituição que um dos objetivos da República é reduzir as desigualdades sociais. Quer o legislador constituinte conferir oportunidades a quem não as teve nem tem.

A norma do inciso V do art. 208 da Constituição, que prevê o mérito individual como garantia de acesso ao ensino superior, tem de ser interpretada de forma sistêmica com a norma do art. 3º.

Por sua vez, a norma do inciso I do art. 206 determina que o ensino será ministrado com base na igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

Descumprindo o Estado com o princípio de igualdade de condições (igualdade material) com relação aos alunos pobres da escola pública do ensino básico, há que se promover uma desigualação positiva para o efeito de se conseguir a igualação jurídica real.

A r. sentença apelada interpreta o pedido conforme com a Constituição.

Na visão lúcida da Dra. Fernanda Duarte Lopes da Silva, Juíza da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro: portanto o mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado desarrazoado; bem como abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo nas relações fáticas e concretas entre as pessoas buscam efetivar uma igualdade real.

As potencialidades da igualdade em nossa ordem democrática e o sistemático processo de desigualdades sociais e de exclusões lançam desafios e tensões a serem resolvidas, não só para a comunidade acadêmica e para os homens públicos, mas para cada um de nós que almejamos vivenciar uma “sociedade justa, livre e solidária”, promotora do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” ()

A Lei de Diretrizes e Bases repete a Constituição no seu art. 3º, incisos VI e IX, prometendo ensino público básico de garantia. É um caso básico que Loewenstein denomina insinceridade normativa.

Para que as normas programáticas ganhem eficácia, é preciso vontade no sentido de sua realização. É a lição sobre o pressuposto da eficácia da Constituição que nos oferece Konrad Hesse:

Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.” HESSE, Konrad. A força normativa da Constitui-

ção. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p.19.

É tempo de se substituir as noções de igualdade material e igualdade formal em favor de um sistema constitucional onde a realidade influencia o Direito e este seja influenciado por aquela. Vale a pena tentar.

Tendo em vista, pois, que a sentença não afastou a apuração intelectual do conhecimento, mas determinou que sejam considerados outros fatores, não há que se falar em violação ao inciso V do art. 208 e ao art. 5º da Constituição, nem qualquer norma da Lei de Diretrizes e Bases à qual deve ser interpretada e aplicada à luz dos arts. 3º e 206, I, da CF/1988.

A sentença não merece reforma, porque o pedido não é contrário ao ordenamento jurídico. O pedido e a sentença estão conforme a Constituição e por isso nego provimento às apelações das rés.

A sentença também não viola o princípio da separação dos Poderes nem o princípio da legalidade. Esta Quinta Turma tem diversas vezes decidido que a Administração está vinculada a outros princípios que não só o da legalidade. A ausência de lei formal (exceto nas hipóteses de reserva constitucional específica) não é obstáculo para que as universidades públicas realizem as competências que lhe são próprias.

Ademais, as normas constitucionais concernentes aos direitos fundamentais sociais têm eficácia direta. A Administração pode e deve conferir aplicação imediata à Constituição, independentemente da iniciativa do legislador ordinário.

Via de regra, é o Poder Legislativo que dá concretude aos direitos fundamentais. Tal não é obstáculo para que o Judiciário e o Executivo possam realizá-los. Sendo a Constituição princípios e normas jurídicas, os direitos por ela outorgados podem ser judicialmente pleiteados, ainda que inexistente lei ordinária.

Como dizia Canotilho, se o Judiciário não der eficácia máxima às normas que contemplam os direitos fundamentais, eles serão conceitos vazios de sentido e conteúdo.

Para a tutela de limitações ilegítimas dos direitos fundamentais, o constituinte previu as garantias de defesa. Aqui o autor ministerial vale-se da ação civil pública para fazer cumprir um direito de segmento da população em ter igualdade de condições e permanência no ensino superior (CF, art. 206, I).

Não se vislumbra na sentença agressão ao princípio da proporcionalidade, ao contrário, a busca do princípio da igualdade que não se respeita nem inspira a atual política educacional.

A igualdade de condições de ensino não está nas normas do edital, critérios e número de vagas. Esse critério de igualdade é do século XVIII em que os indivíduos eram tidos como iguais. “O edital é lei entre as partes”, dizem as apelantes. É oportuno recordar que a Constituição também vincula.

Em conclusão, as apeladas têm que compatibilizar o acesso ao ensino superior e a capacidade de cada um (art. 208, V, da CF) com a igualdade de oportunidade (art. 206, I, da CF).

Aquelas universidades apelantes que têm um considerável índice de aprovação de alunos oriundos do sistema público de ensino médio não têm porque se insurgir contra a sentença monocrática.

DA REMESSA

Os reparos que devem ser feitos à sentença recorrida dizem respeito tão-somente ao tempo mínimo de estudo na escola pública. O *decisum* estipula que tem direito a reservas de vagas o aluno que tenha freqüentado a escola pública por um lapso temporal mínimo de dois anos.

Esse tempo, todavia, é insuficiente e pode conduzir a fraudes.

Destinando-se a discriminação positiva a fornecer os mais pobres e, portanto, em maior desvantagem econômica social, reforma a sentença, em parte, para os seguintes efeitos:

(a) A reserva de cinquenta por cento de vagas é para os que cursaram todo o ensino fundamental e médio em escola pública.

(b) A implementação da reserva de vagas será gradativa e, por isso, numa média de 10% de reservas por ano até completar cinco anos.

(c) As rés poderão estabelecer pontuação mínima para o preenchimento das vagas.

(d) As vagas reservadas não preenchidas poderão ser oferecidas aos alunos egressos da rede particular de ensino.

Conclusão

1. Nego provimento às apelações.
 2. Dou parcial provimento à remessa oficial.
- É o voto.

Sexta Turma

Apelação no Mandado de Segurança 2002.34.00.028665-6/DF

Relator: O Exmo. Des. Federal Souza Prudente
Apelante: Conthey Comércio e Indústria Ltda.
Advogados: Dra. Laura Aparecida Rodrigues e outros
Apelada: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Procurador: Dr. Gustavo Amarante Rabelo de Moraes
Publicação: DJ 2 de 23/04/2007

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Leis 9.782/1999, 6.360/1976, 6.437/1977 e Resoluções 1.554/2002 e 1.555/2002. Poder de polícia. Legalidade.

I – A atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na espécie, determinando, como medida de interesse sanitário, em todo território nacional, a interdição, suspensão de venda e proibição de propaganda de equipamentos ativos eletro-estimuladores musculares que discrimina, não registrados e potencialmente danosos à saúde, afigura-se totalmente legítima a exercer o seu poder de polícia, nas comportas da legalidade, em estrito cumprimento de sua finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária.

II – Apelação desprovida. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 19/03/2007.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de apelação interposta contra sentença proferida pelo douto juízo da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Conthey Comércio e Indústria Ltda. contra ato do Senhor Diretor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, denegou a segurança buscada, no sentido de que fosse afastada a Resolução 1.554/2002, editada pela autoridade impetrada, que trata da suspensão da venda, interdição e proibição de propaganda de produtos de eletro-estimulação muscular passiva, ali, discriminados, dentre

eles os que comercializa a impetrante, em todo o território nacional (fls. 362/365).

Em suas razões recursais (fls. 369/378), sustenta a impetrante, em resumo, que, sob a égide de Declaração de Importação expedida pela Secretaria da Receita Federal e com autorização da Anvisa, a apelante foi nomeada distribuidora da importadora Opus-Trading América do Sul Ltda., sendo os produtos comercializados na forma da legislação pertinente, sendo a importação deferida pelo próprio Ministério da Saúde, em 19/07/2002, e, com a edição das Resoluções 1.554/2002 e 1.555/2002 – Anvisa, está sendo tolhida em seu direito de distribuição dos produtos no Brasil, atingindo o ato jurídico perfeito e o direito intertem-

poral. Afirma que a Resolução 1.554/2002, ao reenquadrar os aparelhos ativos eletro-estimuladores na classe de risco II, Regra 9, deferiu prazo para os ali enquadrados, detentores de dispensa de registro pela Anvisa, complementarem as informações previstas para registro de seu produto, e, contraditoriamente, no mesmo dia, em manifesto prejuízo à apelante, suprimindo, inclusive, o prazo da resolução anteriormente mencionada, editou a Resolução 1.555/2002, determinando a imediata interdição, suspensão de venda e proibição de propaganda dos produtos que especifica, dentre eles, o que comercializa a impetrante, em evidente afronta ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Alega que “é arbitrária a atitude da apelada que, sem qualquer razão fundamentada e comprovada de risco a saúde dos consumidores simplesmente proíbe a comercialização destes produtos, sem avaliar os prejuízos que estão causando às empresas brasileiras e ao mercado nacional”. Requer, assim, o provimento do apelo, reformando-se a sentença recorrida.

Com as contra-razões de fls. 383/395, subiram os autos a este egrégio Tribunal, informando a douta Procuradoria Regional da República pela desnecessidade de seu pronunciamento sobre o *meritum causae*, por inexistência de interesse indisponível a justificá-lo (fls. 401/403).

Este é o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —
Apreciando a pretensão deduzida pela impetrante, nos presentes autos, o juízo monocrático manifestou-se, nestes termos:

(...) Não merece prosperar a tese da impetrante.

A questão se trata, basicamente, da suspensão da venda, interdição e proibição de propaganda de produto determinada por meio de Resolução da ANVISA - Resolução nº. 1555/2002.

Observo que o ato atacado decorre do Poder de Polícia inerente a ANVISA, o qual consiste nas ‘intervenções, quer gerais e abstratas, como os

regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais’ (MELLO, Celso Antonio Bandeira in Curso de direito administrativo. 5ª edição).

No caso específico, os artigos 197 e 198 da Constituição Federal de 1988 atribuem ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle, além de mencionar que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, *in verbis*:

Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

Do texto constitucional, se infere que a saúde é um direito fundamental e a sua prestação constituiu-se em serviço público, devendo obedecer a um regime de direito público, buscando com prioridade o interesse coletivo.

Visando este desiderato e exercendo plenamente competência privativa, a União aprovou a Lei 9.782/1999, definindo como sua a competência no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária para normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde, nos termos do art. 2º, inciso III.

A mencionada Lei, no art. 7º fixa a competência da Anvisa afeita ao caso, *in verbis*:

“Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

(...)

IX – conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;

(...)

XIV – interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

XV – proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Maria Isabel Gallotti Rodrigues e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro.

de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

XVI – cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

Mais adiante acrescenta:

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

Com efeito, os dispositivos supracitados não deixam qualquer dúvida quanto à competência para fiscalização da impetrante pela Anvisa, por meio do controle da concessão de autorizações para a comercialização de produtos dentre os quais o vendido pela impetrante, para a consecução do objetivo interesse público qual seja a saúde, em detrimento de qualquer interesse financeiro de quem quer que seja.

Utilizando-se dessa competência a Anvisa baixou Resolução 1.555/2002 visando penalizar as empresas que optavam por comercializar, importar e produzir equipamentos de ginástica passiva sem o registro, ao arrepio da legislação sanitária vigente.

Não percebo qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato da Anvisa. Além disso, a impetrante alega que detinha o registro do produto junto a Anvisa para comercialização, no entanto não juntou prova do fato alegado, ocupando-se apenas de carrear aos autos comprovante de despachos da alfândega quando da importação dos produtos. Em nenhum momento, mostrou o competente registro obtido junto a autoridade indigitada coatora. Por outro lado, esta diz que a impetrante não tinha registro em relação à comercialização desse produto especificamente. Assim, amiúde, observo que a impetrante falta direito líquido e certo.

Portanto, razão não há para alegação de infringência ao devido processo legal, porquanto a impetrante nem ao menos possuía registro do produto comercializado. Logo, a ela não poderia ser oportunizada a demonstração do preenchimento das exigências feitas pelo órgão fiscalizador para a importação e comercialização do produto.

Posto isso, denego a segurança e extingo o processo com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC (...). (fls. 363/365).

Não merece prosperar a irresignação da impetrante, na espécie dos autos.

Sobre a matéria, dispõe a Lei 6.360, de 23/09/1976:

Art. 1º Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei número 5.991, de 17/12/1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, *produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos*.

Art. 2º Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o art.1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem”.

(...)

Art. 10. É vedada a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e demais produtos de que trata esta Lei, para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde.

Na hipótese específica dos autos, dispõe o art. 25 da supramencionada Lei, *in verbis*:

Art. 25. *Os aparelhos, instrumentos e acessórios usados em medicina, odontologia e atividades afins, bem como nas de educação física, embelezamento ou correção estética, somente poderão ser fabricados, ou importados, para entrega ao consumo e exposição à venda, depois que o Ministério da Saúde se pronunciar sobre a obrigatoriedade ou não do registro.*

§ 1º Estarão dispensados do registro os aparelhos, instrumentos ou acessórios de que trata este artigo, que figurem em relações para tal fim elaboradas pelo Ministério da Saúde, ficando, porém, sujeitos, para os demais efeitos desta Lei e de seu regulamento, a regime de vigilância sanitária.

§ 2º O regulamento desta Lei prescreverá as condições, as exigências e os procedimentos concernentes ao registro dos aparelhos, instrumentos ou acessórios de que trata este artigo.

Com efeito, “a comprovação de que determinado produto, até então considerado útil, é nocivo à saúde ou não preenche requisitos estabelecidos em lei implica na sua imediata retirada do comércio e na exigência da modificação da fórmula de sua composição e nos dizeres dos rótulos, das bulas e embalagens, sob pena de cancelamento do registro e da apreensão do produto, em todo o território nacional” (art. 6º da Lei 6.360/1976) e, ainda, “como medida de segurança sanitária e à vista de razões fundamentadas do órgão

competente, poderá o Ministério da Saúde, a qualquer momento, suspender a fabricação e venda de qualquer dos produtos de que trata esta Lei, que, embora registrado, se torne suspeito de ter efeitos nocivos à saúde humana” (art. 7.167 da citada Lei).

Assim, após diversas denúncias recebidas pelos órgãos competentes sobre potenciais danos à saúde causados por equipamentos ativos eletro-estimuladores musculares, como o produto comercializado pela impetrante, a Anvisa editou a Resolução 1.554/2002, enquadrando os mencionados aparelhos, para utilização em educação física, embelezamento e correção estética na classe de risco II, Regra 9, conforme previsto pelo parágrafo único do art. 1º da Resolução – RDC 185, de 22/10/2001, *determinando às empresas detentoras de dispensa de registro*, concedida pela Anvisa, o protocolo, em até 180 (cento e oitenta) dias, das informações previstas no art. 2º da Resolução – RDC 185/2001, aplicáveis para registro destes produtos, visando complementar as informações apresentadas para a dispensa de registro.

Ademais, em razão das citadas denúncias, conforme se extrai dos documentos juntados aos autos, a Anvisa procedeu a um amplo levantamento, nos meios de comunicação-propaganda, de equipamentos ativos eletro-estimuladores musculares *não registrados*, potencialmente danosos à saúde, e, de posse dessas informações, editou a Resolução 1.555/2002, determinando, como medida de interesse sanitário, em todo território nacional, a interdição, suspensão de venda e proibição de propaganda dos produtos que discrimina.

Ora, justamente por não possuírem registro, ou sua dispensa, junto à Anvisa, e, claro, por representarem potencial dano à saúde, é que a autoridade tida por coatora determinou a imediata interdição, suspensão de venda e proibição de propaganda dos produtos, entre eles o que comercializa a impetrante.

Como bem observado pelo douto juízo monocrático, nem mesmo aqui, na fase recursal, desincumbiu-se a apelante de comprovar que, conforme determinado na legislação pertinente, possuía a dispensa do registro de seu produto junto à Anvisa, não havendo que se garantir, pois, em razão da ilicitude da distribuição perpetrada pela impetrante, infração esta prevista no inciso IV do art. 10 da Lei 6.437/1977, qualquer direito à pretendida e prévia ampla defesa e contraditório.

Posto isso, cumpre observar que a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na espécie, afigura-se totalmente legítima a exercitar o seu poder de polícia, nas comportas da legalidade, em estrito cumprimento de sua finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária (art. 6º da Lei 9.782, de 26/01/1999).

Com estas considerações, *nego provimento* ao recurso de apelação, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Sétima Turma

Apelação Cível

1999.01.00.028529-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Apelante: Gazeta Mercantil S/A

Advogado: Dr. Wagner Nunes de Castro

Apelada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Publicação: DJ 2 de 27/04/2007

Ementa

Tributário. Perdimento de bem. Transferência de veículo adquirido por membro de missão diplomática. Falta de autorização do Ministro das Relações Exteriores e do Ministro da Economia – art. 239 e 240 do Decreto-Lei 91.030/1985 e Decreto-Lei 37/1966. Alegação de intenção no pagamento do tributo e de ausência de condições improcedentes. Apelação não provida.

I – A transferência de propriedade ou a cessão de uso de veículo de origem estrangeira depende de prévia autorização concedida pelo Ministério das Relações Exteriores, corroborada com idêntico ato do Ministério da Economia, o que, no caso, não ocorreu (art. 239, do Decreto 91.030/1985, revogado pelo Decreto 4.543/2002).

II – A alegação de *animus* no recolhimento dos tributos devidos e da falta de condições para o seu recolhimento não afastam a caracterização de infração ao disposto na legislação aduaneira.

III – O art. 240 da legislação aduaneira reputa irregular, com perdimento de mercadoria, o veículo de origem estrangeira que, sem prévia liberação da Secretaria da Receita Federal, seja objeto de transferência de propriedade ou de cessão de uso, a qualquer título. Como afirmado pelo autor, o veículo ainda se encontrava em situação irregular, uma vez que, pendente autorização do Delegado da Receita Federal. Evidente, pois, a cessão de uso.

IV – O Decreto-Lei 37/1966, que trata do imposto de importação e reorganiza o serviço aduaneiro, impõe a aplicação de pena de perda da mercadoria transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos.

V – Apelação não provida.

VI – Peças liberadas pelo Relator, em 02/04/2007, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma negar provimento à apelação por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 02/04/2007.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — Por inicial ajuizada em 25/09/1996, a Gazeta Mercantil S/A *requereu*, com pedido de *antecipação de tutela*, seja *inibida a ação fiscal no sentido de evitar a apreensão de veículo, para que o veículo possa circular livremente, e que a autoridade competente informe o valor dos tributos devidos para o respectivo depósito judicial. Ao final postula a expedição do atestado liberatório do veículo (marca BMW 3251ª, ano/modelo 1992/1993, chassis nº WBACB4319PFLO2992), de modo a propiciar sua regularização, com o recolhimento dos impostos proporcionais*. A autora alega que ajuizou *medida cautelar* no sentido de evitar a apreensão do veículo, e o afastamento da aplicação da pena de perdimento, a qual foi concedida, em parte. A autora alega (na ação ordinária e na medida cautelar) que de acordo com a *Nota Verbale* 104/1994, de 04/08/1994, a transferência para o exterior da ex-proprietária do automóvel estava prevista para 29/07/1994, então precisou negociar a transferência do veículo, na conformidade com o formulário próprio e oficial, denominado venda de veículo – modelo 3, datado de 28/09/1995, sendo que o Itamarati, acatando o requerimento, providenciou o encaminhamento ao Delegado da Receita Federal em Brasília, por meio do ofício C/584/924.82 (02/10/1995), sugerindo a desvalorização de 30% no pagamento dos tributos e mediante o recolhimento dos mesmos, de modo a obter o atestado liberatório. Reforçando esta providência, a importadora-transferente, já ausente do país, por seu procurador aduaneiro, reiterou o requerimento, protocolando o pedido em 23/11/1995, sob o número 11128.0046225/95-38, pleiteando, mais uma vez, a concessão de liberação junto ao Inspetor da Receita Federal em Santos/SP. Aduz que, com todo esse procedimento, houve *animus* de pagamento dos tributos devidos, de acordo com o art. 1º do Decreto 1.559/1977, não obtendo, no entanto, resposta até aquela data. Acrescenta que a autoridade fiscal estava suspeitando de que ocorreria a transferência desautorizada do veículo, no entanto, entende que não existe nenhum dispositivo na legislação que obrigue os diplomatas estrangeiros a usarem, exclusivamente, as placas diplomáticas, além de não haver qualquer proibição substituição por placas particulares. Assim, não se pode presumir que a simples mudança de placas seja fato caracterizador de transferência de propriedade, de modo a propiciar a ação fiscal para apreender o veículo

e lhe aplicar a pena de perdimento. A liminar (na ação cautelar) foi deferida para afastar a pena de perdimento, sem liberá-la para livre circulação. A autora assevera que a falta de resposta da autoridade aduaneira, em face da suposta suspeita de fraude na transferência do bem, bem como a falta de prova da alienação do veículo não são suficientes a aplicar o art. 23, I, do Decreto-Lei 1.455/1976. Por fim, requereu seja inibida a ação fiscal para evitar a apreensão do veículo, para o automóvel circular livremente, bem como seja informado o valor dos tributos devidos para depósito judicial (VC=R\$ 24.785,00).

Pedido de antecipação de tutela indeferido (f. 40/41).

Contestação (f. 53/65). Réplica à (f. 82/86).

Por sentença (f. 115/120) datada de 05/10/1998, o Juiz Federal, Manoel José Ferreira Nunes, da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou *improcedente o pedido*, ao fundamento de que: o art. 2º da Lei 8.032/1990 determina a redução de imposto de importação pelos integrantes de missões diplomáticas e repartições consulares, sendo que a possibilidade de transferência para terceiros (art. 11 do Decreto-Lei 37/1966) exige o prévio recolhimento dos tributos e gravames cambiais (Regulamento: arts. 144 e 239 do Decreto 91.030/1985). Condenou a autora em honorários advocatícios (10% sobre o valor da causa).

A autora apela (f. 126/131), alegando que negociou a transferência do veículo com a empresa, de acordo com o formulário denominado venda de veículo – modelo 3, o qual foi protocolado junto ao Ministério das Relações Exteriores. Acrescenta que este formulário foi encaminhado ao Delegado da Receita Federal em Brasília, sugerindo a desvalorização de 30% no pagamento dos tributos e mediante o recolhimento dos mesmos, de modo a obter o atestado liberatório. Diz que houve desembaraço aduaneiro, solicitando ao Inspetor da Receita Federal em Santos a autorização para transferência do veículo. Assevera que, apesar das providências tomadas, não dispunham de meios para o cálculo dos impostos, faltando, assim, condição para se operar o recolhimento dos tributos, porque adstrita aos mecanismos administrativos do Delegado da Receita Federal. Assim, diante dos fatos comprovados por documentos, houve vontade em recolher os tributos. Assim devem ser eliminados quaisquer indícios de ilícito tributário.

Sem contra-razões.

O Procurador Regional da República (f.152/154) não opinou.

É o breve relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:

— A tese da autora cinge-se na existência de intenção de recolhimento dos tributos devidos porque protocolizou procedimento administrativo junto ao Ministério das Relações Exteriores, no sentido de obter a regularização do veículo adquirido de agente diplomático, não obtendo a tempo resposta daquele órgão. Justifica no sentido de que lhe faltou condições para se operar o recolhimento dos tributos, uma vez que são adstritas aos mecanismos do Delegado da Receita Federal.

O art. 239 do Decreto 91.030/1985, revogado pelo Decreto 4.543/2002, a transferência de propriedade ou a cessão de uso de veículo de origem estrangeira depende de prévia autorização concedida pelo Ministério das Relações Exteriores, corroborada com idêntico ato do Ministério da Economia, o que, de fato, não ocorreu, pois, segundo alegações da apelante, não aguardou a resposta do Delegado da Receita Federal para a regularização do veículo, porque a importadora-transferente estava sendo transferida para o exterior, precisando negociar, de imediato, a transferência do veículo.

A compra do veículo ocorreu sem a observância das normas que disciplinam a transferência de automóvel importado por membro de missão diplomata, notadamente porque a transferência de veículo somente se legitima com a autorização do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Fazenda. A intenção de recolher os tributos devidos, bem como a falta de condições para o recolhimento porque dentro das atribuições exclusivas do Delegado da Receita Federal, não afastam a infração cometida ao disposto na legislação aduaneira.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e a Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva.

Por sua vez, o art. 240 da legislação aduaneira reputa irregular, para efeito de perdimento de mercadoria, o veículo de origem estrangeira que, sem prévia liberação da Secretaria da Receita Federal, seja objeto de transferência de propriedade ou de cessão de uso, a qualquer título. O próprio apelante afirma que o veículo ainda se encontrava em situação irregular, uma vez que, pendente autorização do Delegado da Receita Federal. Nota-se que, efetivamente, existiu, no caso, cessão de uso, pois a transferência não ocorrera, muito menos o recolhimento dos tributos devidos.

Ademais, nos termos do art. 105, XIII, do Decreto-Lei 37/1966 que trata do imposto de importação e reorganiza o serviço, deve ser aplicada a pena de perda da mercadoria transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros.

Neste sentido já houve pronunciamento deste Eg. Tribunal:

Mandado de segurança. Veículo importado por diplomata pena de perdimento.

1. No caso, para afastar a pena de perdimento, decretada em regular processo administrativo, no qual restou afirmado que o veículo, importado com isenção de tributos, foi objeto de transferência de propriedade ou cessão de uso a qualquer título, sem a prévia autorização da Receita Federal (Regulamento Aduaneiro, art. 240, I), é mister que essa afirmação seja elidida mediante prova idônea (CPC, arts. 332, e 333, I), o que reclama dilação probatória, a qual é incompatível com o rito procedimental do mandado de segurança (Lei 1.533/1951).

2. A prova documental pré-constituída (única admissível em mandado de segurança), produzida pela impetrante, não afastou a caracterização de infração ao disposto na legislação aduaneira, bem como na que regula a aplicação da pena de perdimento de bem importado.

3. Nos termos do art. 240 do Regulamento Aduaneiro, reputa-se em situação irregular, para o efeito de perdimento da mercadoria, o veículo de origem estrangeira que, sem prévia liberação da Secretaria da Receita Federal, seja objeto de transferência de propriedade ou de cessão de uso, a qualquer título. Como se vê dos fatos incontroversos nestes autos, o veículo importado pela impetrante encontra-se em situação irregular, uma vez que, ainda quando não esteja documentalmente comprovada a transferência de propriedade, o certo é que foi ele objeto de cessão de uso, a qualquer título, sem autorização da Receita Federal.

4. O art. 105, inciso XIII, do Decreto-Lei 37/1966 estabelece que “aplica-se a pena de perda da mercadoria transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e outras gravames, quando desembaraçada nos termos do inciso III do art. 13”, o qual trata da importação de veículo por diplomata. E o art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei 1.455/1976 estatui que “consideram-se dano ao erário as infrações relativas a mercadorias enquadradas nas hipóteses previstas ...nos incisos I a XIX do art. 105 do Decreto-Lei 37, de 18/11/1996”. Por sua vez, o parágrafo único do art. 23 diz que o dano ao erário em questão será punido com pena de perda da mercadoria.

5. Apelação não provida. (AMS 1997.01.00.031536-7/DF; Rel. Juiz Leão Aparecido Alves, 3ª Turma Suplementar, decisão, 10/04/2002, *DJ*, p. 159.) (Grifei.)

Desta forma, legítima a apreensão do veículo, com a pena de perdimento de bem, em face da verificação ato ilegal de cessão de direito, sem a prévia autorização do Ministro das Relações Exteriores corroborado pelo Ministro da Fazenda.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É como voto.

Oitava Turma

Agravo de Instrumento

2006.01.00.034241-9/AM

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravante: Águas do Amazonas S/A

Advogados: Dra. Patrícia Guimarães Hernandez e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Publicação: DJ 2 de 13/04/2007

Ementa

Tributário. PIS – Cofins. Lei 10.637/2002. Lei 10.833/2003. Apuração. Regime contábil de competência. Venda de serviços. Presunção de receita inadimplência. Base de cálculo. Receita auferida. Conceito. Não inclusão de valores não recebidos.

I – Na interpretação de qualquer norma, deve-se atentar que os preceitos legais estão integrados em sistema de regras e princípios que não podem ser desprezados. Isso porque a presunção de legalidade, que legitima a atividade administrativa, deve ser considerada à luz das normas positivas, dos princípios gerais do Direito, dos bens e valores juridicamente tutelados e das garantias fundamentais.

II – Os valores escriturados das vendas de serviços conforme regime contábil de competência apurados com base em presunção de receita, nos termos disciplinados na legislação que regulamenta o PIS e Cofins e que não ingressaram nos cofres do contribuinte por inadimplência, não configuram a hipótese legal, uma vez que não há receita auferida.

III – Agravo de instrumento a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 16/03/2007.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Do Carmo Cardoso: — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Águas do Amazonas S/A da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Manaus/AM, que indeferiu o pedido liminar que objetivava a *determinação à autoridade impetrada (Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em Manaus) que se abstenha de compelir a impetrante ao recolhimento das contribuições*

ao PIS e à Cofins sobre os valores mensalmente e doravante apurados, correspondentes às perdas decorrentes das inadimplências relativas aos serviços prestados pela empresa, e conseqüentemente permitindo à impetrante que recolha as aludidas contribuições sobre as receitas que efetivamente forem auferidas.

Entendeu o Juízo prolator da decisão agravada, na esteira de jurisprudência colacionada, pela inexistência da fumaça do bom direito a amparar o direito alegado, asseverando, em suma, que *o inadimplemento*

da obrigação por parte dos consumidores de água e de esgoto é situação jurídica não oponível ao Fisco. Para o Estado Tributário são irrelevantes as eventuais inadimplências sofridas pela impetrante, já que a obrigação tributária é ex lege e não possui qualquer vinculação com o fornecimento de água e seu pagamento no Estado do Amazonas.

Irresignada, a agravante, em síntese, alega que ninguém está obrigado a contribuir para o financiamento da seguridade social, pagando PIS e Cofins, em relação a receitas que não são realizadas, em relação a serviços que, embora prestados, não foram pagos; em relação à venda de mercadorias, não adimplidas, vez que o “calote” retira a capacidade contributiva, porque retira o conteúdo econômico do fato em princípio imponível.

Sustenta que a cobrança do PIS e da Cofins, nos casos de inadimplência, tem natureza puramente confiscatória, e esbarra, também, na regra inscrita no art. 37 da Constituição Federal, que impõe à administração pública obediência aos princípios da legalidade e da impessoalidade, quando buscam interpretação ao art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, extraindo da expressão auferir muito mais do que ela efetivamente quer dizer. Aduzem que também se distanciam da moralidade administrativa quando, preocupadas simplesmente com o superávit fiscal, aceitam (e exigem) o recebimento do tributo sobre riqueza inexistente.

Assevera a presença do perigo da demora, ante o fato de ter de recolher 9,65% de valores não recebidos a título de PIS e Cofins, face ao notório inadimplemento que sofre, valores esses cuja supressão se expande para além dos seus interesses, pois poderiam estar sendo investidos no saneamento básico da cidade de Manaus.

Argumenta que se aguardar a prolação da sentença em primeiro grau de jurisdição, a mesma não se prestará a resguardar seu direito em participar de licitações, contratações com órgãos públicos e privados, e, até mesmo recebimento de faturas emitidas contra órgãos públicos, razão, também, para que não seja o agravo recebido na forma retida.

Requer, assim, a concessão de efeito ativo ao agravo, e, ao final, seja reformada a decisão prolatada pelo MM. Juiz *a quo*, para confirmar concessão da liminar nos termos solicitados em primeiro grau de jurisdição.

À fl. 171, determinei a intimação da agravada para apresentação de contraminuta, tempestivamente

te apresentada às fls. 174/192, pugnano pela manutenção da decisão agravada, com base em jurisprudência colacionada da Primeira Turma/PR, Processo 2003.70.00.05206-0, DJU 10/11/2004, p. 609, relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leira.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — A agravante, detentora de concessão pública municipal para fornecimento de água e esgoto à população de Manaus/AM, tem por objeto social, conforme Estatuto Social, fl. 37: (i) a execução, operação, manutenção e exploração dos sistemas de abastecimento de água e esgotos sanitários na cidade de Manaus; (ii) a conservação, proteção e fiscalização das águas; (iii) controle, prevenção e correção da poluição das águas; (iv) participação em outras sociedades ou associações; (v) compra e venda de produtos utilizados em saneamento básico; (vi) veiculação de propagandas comerciais; e (vii) prestação de serviços aplicáveis em saneamento básico.

O mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em Manaus sustenta os argumentos de que:

i) o inadimplemento das contas de fornecimento de água e esgoto à população, conforme balancetes juntados aos autos, fls. 70/142, em decorrência do baixo poder econômico da população local, ascendeu a mais de R\$26.500.000,00 no ano de 2004, a mais de R\$52.400.000,00 no ano de 2005 e a mais de R\$76.200.000,00 no ano de 2006, causando-lhe importante perda patrimonial; e,

ii) tem sua situação agravada por estar obrigada a recolher as contribuições do PIS e da Cofins, à razão de 9,25% sobre as importâncias inadimplidas, por entenderem as autoridades fiscais, mediante resposta à consulta (Processo de Consulta 423/04), não ser cabível, por falta de base legal, a exclusão, na base de cálculo da contribuição para o PIS de valores, pelo regime de competência, mas que não foram efetivamente recebidos de seus clientes, em virtude de inadimplência.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Osmane Antônio dos Santos e Rafael Paulo Soares Pinto. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Amorim e Carlos Fernando Mathias.

Examinando o pedido, assentou o MM. Magistrado *a quo*:

O inadimplemento da obrigação por parte dos consumidores do serviço de água e esgoto não acarreta falta de base financeira concreta que justifique a não incidência dos tributos, pois o fato gerador da obrigação tributária é a situação previamente definida em lei.

No caso da Cofins e do PIS, a hipótese de incidência é o faturamento.

O não pagamento das contas de água e esgoto por particulares é situação jurídica não oponível ao fisco. Para o Estado Tributário são irrelevantes as eventuais inadimplências sofridas pela impetrante, já que a obrigação tributária é "ex lege" e não possui qualquer vinculação com o fornecimento de água e seu pagamento no Estado do Amazonas.

Logo, não há fumaça do bom direito a ser amparado neste remédio constitucional em sede liminar.

Irresignada, insurge-se a agravante, argumentando enfaticamente a presença da fumaça do bom direito e do *periculum in mora*, quando as autoridades fiscais pretendem fazer incidir o PIS e a Cofins sobre as meras expectativas de receitas dos contribuintes (valores faturados e não recebidos em decorrência de inadimplência), violando princípios constitucionais, tais como o da capacidade contributiva, o do não-confisco, o da legalidade, o da impessoalidade e o princípio da moralidade administrativa.

Isso porque, no caso de inadimplência, passa a ser evidente que não há qualquer autorização constitucional ou legal para tributação de valores não recebidos, sem qualquer expressão econômica, principalmente, porque os tributos que incidem sobre o faturamento ou a receita, como é o caso do PIS e da Cofins, assim exigem.

Cinge-se, portanto, a questão tratada nos autos à possibilidade de tributação pelo PIS e Cofins sobre os serviços vendidos que, apesar de faturados, não foram recebidos, face ao inadimplemento dos usuários do serviço de água e esgoto prestados pela agravante.

Impende *ab initio*, traçar breve histórico sobre a legislação que determina a base de cálculo do PIS e da Cofins.

A Cofins foi instituída pela LC 70/1991, ao amparo do disposto no inciso I, art. 195, da Constituição Federal de 1988, destinada a atender às despesas havi-

das pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS com as atividades fins das áreas da saúde, previdência e assistência social.

O art. 2º da LC 70/1991, ao tratar da contribuição, assim estabelece:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

O PIS – Programa de Integração Social, por seu turno, foi instituído pela Lei Complementar 7/1970, com a finalidade de promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

O art. 3º da referida Lei Complementar dispõe sobre a constituição do fundo, *in verbis*:

Art. 3º – O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda;

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, *calculados com base no faturamento*, como segue:

(...)

(sem grifo no original)

O conceito de faturamento, para efeito de incidência do PIS, foi definido no art. 3º da Lei 9.715/1998, *verbis*:

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior, considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do Imposto de Renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

No entanto, o conceito de faturamento conferido pelos dispositivos transcritos foi substancialmente modificado pelas disposições do art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 9.718/1998, que, assim, dispõe, *verbis*:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória 2158-35, de 2001)

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo

irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR e 390.840/MG (Informativo 408, STF), firmou sua posição pela inconstitucionalidade da ampliação do conceito de faturamento, previsto no art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 9.718/1998.

Afastou, também o argumento de que a publicação da EC 20/1998, em data anterior ao início da produção dos efeitos da Lei 9.718/1998 — o qual se deu em 1º/02/1999, em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º)—, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28/11/1998), portanto, 20 dias antes da EC 20/1998.

O conceito de faturamento, no que toca à base de cálculo do PIS insculpido na Lei Complementar 7/1970 e na Lei 9.715/1998, foi modificado com a edição da Medida Provisória 66/2002, convertida na Lei 10.637, de 30/12/2002, que, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 20/1998, inclusive no art. 195, I, *b*, da Constituição Federal, compatibilizou-se com o Texto Constitucional, assim dispondo, no art. 1º, *caput* e § 1º, *verbis*:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Em 2003, foi editada a Lei 10.833/2003, procedendo a alterações na legislação tributária e instituindo, também para a Cofins, o princípio da não-cumulatividade, e, tendo-se em conta a Lei 10.637/2002, conforme disposto nos arts. 15 e 16, adotando regras que objetivam harmonizar a disciplina da Cofins com a contribuição para o PIS/Pasep, dispondo, no art. 1º, § 1º, *verbis*:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente

de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Como se vê, tanto a Lei 10.637/2002 quanto a Lei 10.833/2003 estipulam que a base de cálculo da Cofins e do PIS deve incidir sobre o montante das *receitas auferidas* pelo contribuinte a cada mês de competência.

Dessa forma, para o deslinde da questão posta nos autos, entendo que o que se deve levar em consideração é o conceito de *receita auferida* pela pessoa jurídica.

Tenho me posicionado no sentido de que, ao se interpretar qualquer norma, não se deve fazê-lo sem se atentar para os preceitos legais que estão integrados em sistema de regras e princípios que não podem ser desprezados. Isso porque, a presunção de legalidade, que legitima a atividade administrativa, deve ser considerada à luz das normas positivas, dos princípios gerais do Direito, dos bens e valores juridicamente tutelados e das garantias fundamentais.

Entre esses princípios, que não se pode desprezar, inclui-se o Princípio da Capacidade Contributiva, inserto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, que entendo perfeitamente aplicável às contribuições, espécie tributária, assim como as taxas, valendo notar que tal foi expresso pelo STF, em sede de Recurso Extraordinário 1.777.835-1/PE, em voto da lavra do Sr. Ministro Carlos Velloso, publicado no *DJ* do dia 25/05/2001, p. 18.

Na trilha desse raciocínio, oportuno se valer dos ensinamentos prestados por Edmar Oliveira Andrade Filho, mestre e doutor em Direito pela PUC/SP, *in PIS-Cofins, questões atuais e polêmicas*, Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, páginas 219/221:

(...) Para Geraldo Ataliba, a receita não se confunde com a mera movimentação de valores (dinheiro), *verbis*:

“O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo dinheiro que ingressa nos cofres de entidade. Nem toda entrada é uma receita. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que o recebe”.

O conceito jurídico de “receita” não destoa daquele adotado no âmbito das Ciências Contábeis, nada obstante, este abrange também as reduções de passivos, ou não há um ingresso em sentido positivo; existe um ingresso em sentido negativo porque os valores não saíram do patrimônio social. De fato, em antigo pronunciamento, o Instituto Brasileiro de Contadores – Ibraco estabeleceu que:

Receita corresponde a acréscimos nos ativos e decréscimos nos passivos, reconhecidos e medidos em conformidade com princípios de contabilidade geralmente aceitos, resultantes dos diversos tipos de atividades e que possam alterar o patrimônio líquido.

Acréscimos nos ativos e decréscimos nos passivos, designados como receita, são relativos a eventos que alteram bens, direitos e obrigações. Receita, entretanto, não inclui todos os acréscimos nos ativos ou decréscimos nos passivos. Recebimento de numerário por venda a dinheiro é receita, porque o resultado líquido da venda não implica em alteração do patrimônio líquido. Por outro lado, o recebimento de numerário por empréstimo tomado ou o valor de um ativo comprado a dinheiro não são receita, porque não alteram o patrimônio líquido.

Esse conceito de receita não pode ser compreendido em divórcio com o princípio da capacidade contributiva que está submetido ao cânone da supremacia das normas constitucionais e da máxima efetividade, dado que a sua função primordial é a proteção de direitos fundamentais.

Pois bem, o adjetivo “auferida” traduz a idéia de algo que é percebido, ou seja, que é transformado em dinheiro ou bem econômico equivalente, vale dizer, imediatamente conversível em dinheiro. Receita auferida é, portanto, um acréscimo patrimonial juridicamente qualificado; é aquele em que a prestação já está satisfeita.

Quisesse a lei tomar o termo receita com a significação que ele tem, por exemplo, no contexto da legislação do Imposto de Renda, não teria feito a qualificação que ostensivamente fez e vem confirmando ao longo do tempo. Em decorrência, para fins de incidência às contribuições ao PIS/Pasep e Cofins não basta que a pessoa jurídica tenha receita; é imprescindível que afigure os efeitos do negócio jurídico que lhe deu causa. Um dos efeitos das obrigações em geral é o pagamento; para a caracterização da receita auferida é necessário que ocorra o pagamento em dinheiro ou bem com funções imediatas equivalentes.

E conclui:

(...) O princípio da capacidade contributiva, tomado sob o império da máxima efetividade das normas constitucionais garantidoras de direitos

fundamentais, deve permear as normas tributárias que tenham por função estabelecer nexos obrigacionais diante de fatos realizados concretamente. No campo das contribuições ao PIS e Cofins, a observância desse princípio aponta para o fato de que os valores tributáveis devem corresponder a uma efetiva e incondicional obtenção de receita. Nessa toada, o conceito de receita auferida que será tributável pelo PIS e Cofins traduz valor efetivamente recebido em dinheiro ou em bens imediatamente transformáveis em dinheiro sem perda de valor.

Assim, e sob essa ótica que adoto como razão de decidir, a hipótese legal não resta configurada, *in casu*, uma vez que não há receita auferida.

Destarte, verifico plausibilidade jurídica na tese expendida pela agravante, bem como a presença do perigo da demora. Ora, não é razoável computar-se para fins de incidência da Cofins ou do PIS receitas que efetivamente não ingressaram como faturamento ou receita bruta da empresa uma vez que não foram adimplidas, não ingressaram nos cofres da empresa, nada acrescentando ao seu patrimônio.

Não se pode conceber que as perdas decorrentes das inadimplências relativas aos serviços prestados pela empresa agravante não sejam causas que justifiquem a não-incidência das contribuições em comento, enquanto não recebidas.

É certo que a Constituição Federal autoriza, no art. 150, § 7º, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 3, de 17/03/1993, o chamado *fato gerador presumido*. Contudo, o mesmo dispositivo constitucional assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Nos termos do art. 113, § 1º, *a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente*.

Sobre o tema, por pertinente, vale transcrever do *Código Tributário Nacional comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2005, p. 559, em comentário de Luiz Alberto Gurgel de Faria ao art. 116, CTN, *verbis*:

(...) Ora, se a obrigação de pagar o tributo surge com a ocorrência do fato gerador (art. 113, § 1º, do CTN), cujos efeitos apenas se operam após sua concretização (art. 116, *caput*), como se admitir o pagamento antecipado da exação com base em mera presunção? A imposição de tributo sem que

tenha se verificado a “obligatio” respectiva pode, no meu sentir, abalar a disciplina formulada acerca da obrigação tributária.

Para José Eduardo Soares de Melo, “o preceito encartado na Emenda Constitucional 3/1993 — traduzindo fato gerador presumido — não representa mera regra excepcional que pudesse acomodar-se no ordenamento vigente. Sua aceitação acarretaria ruptura de todo um sistema harmônico, coerente, de princípios e normas, ou seja, um verdadeiro caos jurídico, onde, em nome de aparente constitucionalidade, se pretenderia impor ônus tributários, sobre riquezas inexistentes, fatos aleatórios, negócios jurídicos presumidos” (Ob. Substituição Tributária Progressiva e Emenda Constitucional 3/1993, RDT 63:253-63, São Paulo)

Entendo que a questão é polêmica, mas precisa ser enfrentada, ainda que em sede de agravo.

Há de se considerar que, caso a agravante não saia vencedora no final da lide, a responsabilidade por quitar as diferenças será efetivamente cobrada pela autoridade fiscal; de outro aspecto, acaso vencedora na lide, se permanecer pagando tais contribuições, terá de se submeter às vias tortuosas do *solve et repete*.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo, a fim de determinar que o Sr. Delegado da Receita Federal em Manaus/AM se abstenha de compelir a agravante ao recolhimento das contribuições ao PIS e à Cofins sobre os valores mensalmente e doravante apurados, correspondentes às perdas decorrentes da inadimplência relativa aos serviços prestados pela empresa concernentes ao fornecimento de água e esgoto à população de Manaus e, conseqüentemente, permitindo à agravante que recolha as aludidas contribuições sobre as receitas que efetivamente forem auferidas.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Senhora Presidente, vou manter-me coerente a posicionamento já manifestado nesta Turma, entendendo que essas receitas foram faturadas e, uma vez faturadas, elas são fatos geradores, hipótese de incidência do PIS e da Cofins, não obstante o inadimplemento, até porque a empresa tem as vias judiciais para cobrar esses créditos.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.010734-8/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Decisão: 27/03/2007

Publicação: DJ 2 de 09/04/2007

Decisão

Agravo contra indeferimento de liminar em MC dita “preparatória” para autorizar o trânsito (irrestrito) de veículos de carga (semi-reboques) adquiridos (com isenção de IPI) na Zona Franca de Manaus. Decreto 4.544/2002: vedação expressa. Depósito judicial (integral) do crédito tributário (faculdade da parte): prescindibilidade de autorização judicial. Seguimento negado.

I – Por agravo protocolizado em 26/03/2007, recebido em Gabinete em 27/03/2007, 10h, Parnaíba Serviços Ltda. e Amazon Transportes Ltda. pedem, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão datada de 07/03/2007 (f. 1021/9), da MMA. Juíza Federal Substituta Marília Gurgel R. de Paiva e Sales, da 4ª Vara/AM, que, nos autos da MC 2007.32.00.000667-5 (inicial f. 355/89), dita “preparatória”, que ajuizaram em 15/02/2007 contra a União, objetivando a) assegurado o livre trânsito, em todo território nacional, de seus veículos de carga, sem a suspensão da isenção do IPI com que foram adquiridos na Zona franca de Manaus; b) a liberação dos veículos apreendidos fora da zona franca e c) o depósito dos valores de IPI exigidos em relação aos veículos apreendidos, lhes indeferiu a liminar. S. Exa. entendeu que existe “*vedação expressa à circulação desses bens fora dos limites da Amazônia Ocidental*” e que “*somente o prévio depósito do valor integral é apto a suspender a exigibilidade do crédito, relevando acentuar que tal procedimento independe de autorização judicial*”.

II – As agravantes aduzem a legalidade da circulação dos veículos de carga por outras regiões do País. Alegam que a vedação do Decreto 4.544/2002 limita-se aos automóveis. Alegam, ainda, indevida a exigência de IPI dos caminhões apreendidos, requerendo o depósito do valor da exação para suspender sua exigibilidade.

III – Esta medida cautelar surge como procedimento totalmente desnecessário e redundante em detrimento da celeridade e da economia processual, porquanto o seu pedido poderia, sem qualquer obstáculo processual, ter sido formulado nos próprios autos da AO como autorizado pelo já não tão recente § 7º do art. 273 do CPC.

IV – Ao que se vê, a empresa Parnaíba Serviços Ltda. é sediada em São Paulo/SP e por sua filial em Manaus/AM adquiriu cerca de 230 veículos de transporte de carga (semi-reboques) com isenção de IPI, locando-os, todavia, à segunda agravante, Amazon Transportes Ltda. (f. 936/53). Por sua vez, a Amazon Transportes Ltda. celebrou contratos de transporte de carga, indistintamente, em todo o território nacional (f. 954/83) com diversas outras empresas.

V – O Decreto 4.544, de 26/12/2002, veda a circulação, além da Amazônia Ocidental, dos veículos de carga adquiridos na ZFM (com isenção de IPI):

Art. 75 Quanto a veículos nacionais e estrangeiros:

(...)

II – ingressados na ZFM com os incentivos fiscais referidos nos arts. 69, inciso III, e 73, respectivamente, *poderá ser autorizada a saída temporária dos mesmos*, pelo prazo de até noventa dias, improrrogável, para o restante do Território Nacional, sem o pagamento do imposto, mediante prévia autorização concedida pela SRF, na forma do Decreto 1.491, de 16/05/1995.

Parágrafo único. *Não estão abrangidos pelo disposto no inciso II os veículos de transporte coletivo de pessoas e os de transporte de carga (grifei).*

VI – As agravantes pretendem dar à expressa vedação normativa a interpretação que lhes é mais conveniente. Em tema de interpretação legislativa tributária, de legalidade estrita, a liminar em MC não é oportunidade

apropriada à sua definição, ensejando risco de converter-se, o julgador, em legislador. Se a interpretação de norma resulta no absurdo de sua nulificação, não se pode falar em “verossimilhança”.

VII – O precedente desta Corte apresentado pelas agravantes (AMS 94.01.11545-1/AM) trata de hipótese distinta da que se apresenta. Naquela hipótese (anterior ao Decreto 4.544/2002), entenderam-se possíveis saídas “temporárias e eventuais” de veículo utilitário (Ford Pampa). *In casu*, as agravantes pretendem autorização para trânsito irrestrito em todo o território nacional de seus veículos de carga (semi-reboques) adquiridos na ZFM. Tal interpretação não parece condizente, em bom português, com a letra da lei no seu contexto.

VIII – De outra banda, o depósito judicial de crédito tributário sempre foi faculdade da parte, que dela pode utilizar-se independentemente de autorização judicial (CTN, art. 151, II). O consectário legal do depósito, nos termos do citado artigo, é a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não há, pois, interesse (sede) recursal, pois nada foi indeferido a tal título, pois expressamente autorizado pela lei e abonado, às escâncaras, pela Jurisprudência:

(...) *Cautelar. Depósito judicial. Art. 151 do CTN.*

(...)

3. “É cediço o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, de que o depósito para os fins do art. 151 do CTN prescinde de autorização judicial ou do ajuizamento de ação cautelar. Exige-se, apenas, que o depositante comprove em juízo a realização do depósito e requeira a cientificação da Fazenda Pública”. (REsp 419.855/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJU* de 12/05/2003). Presença da fumaça do bom direito e do perigo da demora ensejadores da procedência do provimento cautelar.

(...)

(STJ), REsp 697370/RS, Rel. Min. Castro Meira, T2, ac. un., *DJ*04/08/2006, p. 301.)

IX – É bom frisar que a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, para fins do inciso II do art. 151 do CTN, somente decorre do depósito integral do seu montante, que deve ser entendido como o valor exigido pela Fazenda Pública e não o que o particular entende devido ou como pretende pagar (*v.g.*: Ag 2002.01.00.003124-0/DF; Ag 2000.01.00.019370-0/MG). Realizado o depósito no valor integral, fica automaticamente suspensa a exigibilidade da exação (*v.g.*: REsp 249277/RN; EMC 3809/SP; REsp 324012/RS; REsp 196180/SP; REsp 196.235/RJ).

X – Pelo exposto, manifestamente improcedente o agravo, nego-lhe seguimento (art. 557 do CPC).

XI – Comunique-se.

XII – Publique-se. Intime-se. Oportunamente, baixem e arquivem-se.

Brasília, 27 de março de 2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.011355-0/MG

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Decisão: 27/03/2007

Publicação: DJ 2 de 13/04/2007

Decisão

Agravo contra indeferimento de substituição da CDA. Ocorrência de erro formal (ausência do anexo): possibilidade (art. 8º, § 2º, Lei 6.830/1980). Agravo provido monocraticamente.

I – Por agravo protocolizado em 27/03/2007 (protocolo descentralizado SJ/MG), recebido em Gabinete em 30/03/2007, 10h30, a agravante pede, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão datada de 30/01/2007 (f. 43), do MM. Juiz Federal Substituto Gustavo Moreira Mazzilli, da 16ª Vara/MG, que, nos autos da EF 2004.38.00.042999-6, que ajuizou em 11/10/2004 contra a agravada, para cobrança de IRPJ (CDA 60.2.04.007376-36), período junho/1992, e CSLL (CDA 60.6.04.012304-61), período maio/1993, no valor total de, à época, R\$ 73.605,71 (f. 12), lhe rejeitou pedido de complementação da CDA 60.6.04.012304-61 (para inclusão do Anexo I), ao fundamento de que “o pedido (...) não se refere à emenda ou substituição de CDA, conforme faculdade prevista no art. 2º, § 8º, da LEF. Ademais, a ausência da CDA é objeto dos Embargos à Execução, Processo 2005.38.00.023292-4, e naqueles autos deverá ser apreciada”.

II – A agravante alega que a substituição da CDA está prevista no art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980, sendo uma faculdade legal atribuída à Fazenda Pública.

III – Ao que se vê, a FN ajuizou a EF 2004.38.00.042999-6 para a cobrança de crédito tributário (IRPJ e CSLL) relativo a duas CDAs. Por equívoco do fisco, em evidente erro material, não juntou o Anexo I da CDA 60.6.04.012304-61 (CSLL).

IV – Dispõe o art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/1980:

Art. 2º - (...)

§ 8º – Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

V – Se a LEF autoriza a emenda ou a própria substituição da CDA, de consequência, admite também a inclusão do seu Anexo que é mero discriminativo do débito já especificado na inicial da EF (quem pode o mais, pode o menos!).

VI – Não há falar, de outra banda, em prejuízo à embargante uma vez que a lei assegura a devolução do prazo dos embargos para o executado.

VII – Esta, a jurisprudência do STJ:

(...) Execução fiscal. (...) CDA. Vício. Substituição até a sentença dos embargos à execução. Possibilidade. Requisitos de validade. Ausência. Nulidade.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei 6.830/1980.

(...)

(STJ), REsp 819407/RS, Rel. Ministro Castro Meira, T2, ac. un., DJ 18/04/2006, p. 198.)

VIII – Pelo exposto, dou provimento ao agravo (art. 557, § 1º – A, do CPC).

IX – Comunique-se.

X – Publique-se. Intime-se. Oportunamente, baixem e arquivem-se.

Brasília, 3 de abril de 2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Agravo de Instrumento

2006.01.00.027175-3/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 23/04/2007

Publicação: DJ 2 de 27/04/2007

Decisão

Insurge-se a agravante contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu pedido de liminar, que visa à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários discutidos em processo administrativo, que tem por objeto a análise de compensação efetuada com créditos de IPI que alega possuir.

Sustenta que, em razão de autuações sofridas em 25/11/2005 (Processos 10218.000589/2005-77 e 10218.000588/2005-22), pela falta de recolhimento de PIS e Cofins, ofereceu impugnações nas quais alegou que havia pendência da análise de pedido de compensação por ele formulada de créditos de IPI, sendo tais impugnações indeferidas pela autoridade administrativa, que as considerou intempestivas, deixando de examinar, inclusive, matéria de ordem pública, que deveria ser conhecida de ofício, como o caso da decadência (art. 150, § 4º, do CTN).

Afirma que, em razão da citada decisão administrativa, manejou recurso “*lato sensu*” (docs. anexos), considerando as hipóteses do art. 145, II c/c o art. 149, V, do Código Tributário Nacional que prevêem a obrigatoriedade de revisão de ofício pelas autoridades administrativas” (fl. 03). Contudo, alega a empresa que a agravada não conheceu dos citados recursos e determinou que fossem eles protocolados em Marabá, sendo que a agravante, sem obter qualquer resposta dos ditos pleitos, recebeu notificação cobrando os valores constantes do mencionados processos administrativos.

Assevera que, em virtude dos referidos fatos, impetrou um primeiro mandado de segurança, pleiteando, em sede liminar, a suspensão da exigibilidade dos créditos, nos termos do art. 151, IV, do CTN, cuja petição inicial foi indeferida pelo juízo *a quo*, ao fundamento de que a hipótese merecia dilação probatória, procedimento incabível na via expressa escolhida. Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados, sem que fosse analisado o aditamento à exordial, o que levou a ora agravante a impetrar novo *mandamus*, sendo este segundo pleito conhecido, mas com liminar indeferida, por ter considerado o Juiz prolator da decisão agravada que não se faziam presentes os requisitos necessários à concessão da liminar requerida.

Argúi que, segundo o art. 151, III, CTN, “todo e qualquer recurso administrativo que for manejado pelo contribuinte — e isso segundo a doutrina abrange até pedidos de parcelamento ou compensações que estiverem pendentes de análise — suspendem por si só a exigibilidade do crédito, quer dizer, encaminhado à autoridade administrativa um pleito não pode ela dar prosseguimento ao processo administrativo tributário que redundará na inscrição do débito na dívida ativa para posterior execução judicial até que decida sobre o pedido formulado” (fl. 08).

Aduz que não é pelo fato de que inexistente o instituto da reclamação que ela não possa ser utilizada, e, mais do que isso, é pacífico o entendimento de que, estando ela sob análise, suspensa fica a exigibilidade do crédito, e que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que os “entes administrativos não podem passar por cima dos pedidos de compensação de créditos sem respondê-los eficazmente aos contribuintes, abrindo-lhes inclusive o contraditório e a ampla defesa” (fl. 09).

Assim, requer a antecipação da pretensão recursal, por entender presentes seus requisitos autorizadores.

Isso posto, decido.

A concessão de liminar em mandado de segurança exige a presença de seus requisitos ensejadores, quais sejam, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

No caso dos autos, tenho por presente o primeiro requisito, em razão dos prejuízos que a empresa sofrerá em razão da cobrança dos débitos, caso a exigibilidade do crédito tributário não seja suspensa.

Em relação ao segundo requisito, é de ver-se que o art. 151, III, do CTN dispõe que as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo administrativo tributário, suspendem a exigibilidade do crédito tributário. No caso dos autos, consta que, da decisão que indeferiu as impugnações aos débitos constantes dos processos administrativos 10218.000589/2005-77 e 10218.000588/2005-22, foram manejados dois recursos, que também não teriam sido conhecidos, determinando-se o protocolo dos mesmos em MARABÁ, o que diz a agravante ter feito, sem que, entretanto, disso tenha feito prova (fl. 03).

Contudo, ainda quando não se mostre clara a existência de recursos administrativos pendentes, de modo a ensejar a aplicação do art. 151, III, do CTN, é certo que a agravante tem pedidos de compensação, de elevados valores, pendentes de apreciação pelo Fisco, como é por este reconhecido na manifestação de fls. 42/51.

Ora, o pedido de compensação, uma vez protocolado, extingue “o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”, nos termos do § 2º do art. 74 da Lei 9.430/1996, do que se segue que, quanto aos valores compensados, não cabe inscrição em dívida ativa para subsequente execução.

Assim, enquanto não houver decisão da agravada sobre os pedidos de compensação, não há como conhecer o valor do saldo devedor, de modo a possibilitar sua inscrição em Dívida Ativa.

Assim, caberia a suspensão da exigibilidade do débito, na sua integralidade, até a decisão sobre a referida compensação. Isso não obstante, no presente agravo pede agravante que tal suspensão se dê apenas “até o julgamento final deste *mandamus*” (fl. 13).

Daí por que, concedo, para esse efeito, a antecipação da pretensão recursal, tal como pleiteada.

Dê-se ciência à ilustre prolatora da decisão agravada.

Intime-se a agravada para os fins do art. 527, V, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de abril de 2007.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator

Agravo de Instrumento

2007.01.00.012843-0/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 13/04/2007

Publicação: DJ 2 de 20/04/2007

Decisão

Insurge-se a agravante contra decisão que, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, deferiu a tutela antecipada, para afastar a exigência, para inscrição no exame de ordem, de apresentação de diploma ou certidão de colação de grau, ou de qualquer outro documento que não os determinados pelo art. 8º da Lei 8.906/1994, somente exigindo tais documentos no momento da inscrição definitiva, como advogado; bem assim para determinar a reabertura do prazo de inscrição, por 5 (cinco) dias, com ampla divulgação da medida, inclusive pela imprensa, mediante retificação no edital, fixando multa diária, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no caso de descumprimento, o que poderá ser verificado pelo edital a ser republicado.

Alega, inicialmente, a ilegitimidade passiva do Ministério Público Federal, tendo em vista a inexistência de interesses difusos e coletivos, uma vez que a inscrição no Exame de Ordem é restrita a uma parte apenas dos bacharéis em Direito ou alunos concludentes do curso de Direito, e não à totalidade dessa categoria profissional, “já que não é raro se constatar a realização do curso jurídico por profissionais já pertencentes à outras categorias profissionais, como a dos militares, por exemplo, que enfrentam restrições estatutárias ao exercício da advocacia” (fl. 07), bem assim que, nem mesmo à totalidade da coletividade inscrita no Exame de Ordem se dirigirão os benefícios decorrentes da pretensão deduzida na referida ação, a considerar-se que a maioria dos inscritos já recebeu o grau de bacharel, representando os alunos concludentes mera minoria dentre os participantes do referido exame, estando os interesses que tenta tutelar “limitados a um determinado segmento geográfico, no caso, aquele sob jurisdição do Conselho Seccional do Pará, e a direitos e interesses de natureza não indivisível, com notória e inaceitável atomização de interesses ou direitos na medida em que perfeitamente possível será a determinação ou pelo menos a determinabilidade das pessoas atingidas, *o que compromete, indubitavelmente, o objetivo almejado pelo legislador, que foi o de tratar de forma molecular os conflitos de interesses coletivos*” (fl. 08, grifado).

Afirma que o Edital 01/2007, que regulamentou referido exame, elenca os requisitos para a inscrição, entre os quais o de apresentação de fotocópia de diploma, certidão de graduação em Direito ou certidão de conclusão do curso, expedidos por instituição de ensino oficial ou reconhecida, o que demonstra que admite o órgão seccional que bacharelados inscrevam-se munidos do documento citado, exigida com o fim de poder-se aferir a regularidade da instituição de ensino, ante a atual e incontestada proliferação de cursos de direito que iniciam suas atividades sem que estejam legal e regularmente reconhecidos, bem como que o candidato já cumpriu, efetivamente, com a grade curricular.

Sustenta que referidas exigências configuram mérito do ato discricionário do órgão e, como tal, refoge ao exame do Poder Judiciário.

Ressalta que o Edital se encontra arrimado no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, de 04/07/1994 (art. 8º, § 1º). Assim, requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

Isso posto, decido.

Confiro relevância jurídica à pretensão da agravante. Com efeito, nos termos do que dispõe o art. 273 do CPC, a antecipação de tutela, por adiantar o provimento de mérito, exige, além da verossimilhança da alegação do autor e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da caracterização de abuso do direito de defesa, a prova inequívoca do direito alegado.

No que tange à alegada ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, cujo reconhecimento ensejaria a extinção da própria ação principal, entendo que nesta deve ser decidida, sem prejuízo de que a plausibilidade da tese da agravante, no particular, seja considerada para fim de apreciação da liminar pleiteada neste agravo.

De outro lado, a ação civil pública em que proferida a decisão agravada tem por objeto afastar a exigência, para inscrição no Exame de Ordem, de apresentação de diploma ou certidão de colação de grau de Bacharel em Direito, ou qualquer outro documento que não os determinados pelo art. 8º da Lei 8.906/1994. Ora, referido artigo estabelece que, para inscrição como advogado, é necessário, dentre outros requisitos ali elencados, “aprovação em Exame de Ordem”, exame esse que, a teor do disposto no § 1º desse mesmo artigo, “é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB”.

Dito Conselho regulamentou o aludido exame pelo Provimento 109/2005, que, em seu art. 2º, admitiu que pudesse prestá-lo “o concluinte do curso de Direito, em instituição reconhecida pelo MEC, desde que o candidato: I – comprove, mediante certidão expedida pela instituição de ensino, que concluiu o curso; II – comprove que a formatura fora marcada para data posterior à de realização do Exame de Ordem; III – assine compromisso dando ciência de que somente receberá o certificado de comprovação do Exame de Ordem com a formatura”, exigências repetidas no Edital de Abertura de Inscrições para o referido Exame.

Assim, não vejo demonstrada a verossimilhança das alegações, a ensejar a medida deferida, uma vez que a pretensão deduzida na ação civil é frontalmente contrária à norma que, por delegação legal, regulamenta a matéria, não havendo que falar em infringência do princípio da legalidade, nem em violação a direito de quem, por não haver, ainda, concluído o curso de Direito, pode até vir a ser reprovado em alguma(s) das matérias que está cursando.

Nessas condições, achando-se o Edital em conformidade com o Provimento regulamentador da matéria, concedo o efeito suspensivo pleiteado.

Dê-se ciência ao ilustre prolator da decisão agravada.

Intime-se o agravado para apresentar contraminuta.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de abril de 2007.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator.

Agravo de Instrumento

2006.01.00.046466-7/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Decisão: 06/12/2006

Publicação: DJ 2 de 19/04/2007

Decisão

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antônio Horácio da Silva Neto em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Mato Grosso, que deferiu a medida liminar requerida em sede de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, determinando “o imediato afastamento provisório dos Requeridos Antônio Horácio da Silva Neto e Marilsen Andrade Adário das funções eleitorais que exercem atualmente como membros do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Mato Grosso – TRE/MT, na condição de titulares, substitutos e/ou juízes auxiliares da citada Corte Eleitoral” (fl. 125).

Insurge-se o Ministério Público Federal, na ação civil pública, intentada em defesa da ordem jurídico-constitucional e para proteger patrimônio público, contra a União, o Estado do Mato Grosso, Antônio Horácio da Silva Neto e Marilsen Andrade Adário, pelo fato de o agravante ser membro titular do TRE/MT, na vaga de Juiz de Direito, eis que ocupa, “na estrutura do Poder Judiciário local, o extravagante cargo de juiz substituto de 2º grau” (fl. 42).

Em suas razões recursais, o agravante alega incompetência absoluta da Justiça Federal, satisfatividade da medida concedida, inexistência dos requisitos necessários ao deferimento da liminar, em face de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e de decisões do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e de orientações da Procuradoria-Geral da República. Além disso, invoca o perigo de irreversibilidade da medida deferida.

Pugna ao final pela atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo “para que o recorrente possa imediatamente voltar a exercer as suas funções” (fl. 35).

Como visto, o Ministério Público Federal impugna, em sede de ação civil pública, a ocupação de vaga no Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Mato Grosso, destinada a Juiz de Direito, pedindo o afastamento do magistrado de suas funções no âmbito do tribunal.

A composição dos Tribunais Regionais Eleitorais se encontra disciplinada na Constituição Federal, no art. 120, § 1º, e no Código Eleitoral, em seu art. 25. Ambos estabelecem que dois juízes dos TREs serão eleitos, mediante voto secreto, pelo Tribunal de Justiça estadual, dentre os juízes de direito, certo que o agravante foi eleito pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso para integrar o Tribunal Regional Eleitoral do mesmo estado da federação, tendo nele tomado posse.

Posto isto, é de todo plausível inserir a matéria em debate no âmbito da competência da Justiça Eleitoral.

Vale observar, também, como citado pelo Ministério Público Federal, na inicial da ação civil, as resoluções várias, relacionadas à Justiça Eleitoral, emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, ao qual se atribui competência, dentre outras, para “aprovar o afastamento do exercício dos cargos efetivos dos juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais” (cf. art. 23, IV, do Código Eleitoral).

Considere-se, ainda, que a Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/1979), recepcionada pela Constituição Federal de 1988, prevê expressamente, no seu art. 21, VI, ser competência privativa dos Tribunais julgarem, originariamente, mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções, a sinalizar que questões internas, que dizem respeito a composição e/ou o próprio funcionamento de Tribunais, não devem ser enfrentados no juízo de 1º grau.

Questionável, de outro lado, a adequação da ação civil pública para os fins propostos, bem assim a legitimidade da União para figurar no pólo passivo.

Assim, presentes os pressupostos do art. 558 do Código de Processo Civil, defiro o efeito suspensivo ao agravo, ressalvando que o recurso foi interposto apenas por Antônio Horácio da Silva Neto.

Comunique-se com urgência ao Juízo *a quo*, solicitando as devidas informações (art. 527, IV, CPC).

Intime(m)-se o(s) agravado(s) para resposta (art. 527, V, CPC).

Int. Dil. legais.

Brasília-DF, 6 de dezembro de 2006.

Des. Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*, Relator.

Recurso Cível

2005.43.00.905009-6/TO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Godinho Filho
Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Ademar Aires Pimenta da Silva
Recorrente: Odília Alves da Silva
Advogado: Dr. Leonardo do Couto Santos Filho
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Publicação: DJ/TO de 09/04/2007

Ementa

Seguridade social. Benefício assistencial. Lei 8.742/1993. Benefício previdenciário em valor mínimo. Exclusão do cálculo da renda do grupo familiar. Recurso conhecido e provido.

I – Satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 20 da Lei 8.742/1993, o deficiente faz *jus* ao benefício assistencial de prestação continuada.

II – A interpretação sistemática e teleológica do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso conduz à exclusão de qualquer benefício assistencial ou previdenciário, no valor de um salário mínimo, percebido por pessoa idosa (com 65 anos ou mais) ou por deficiente, do cálculo da renda *per capita* do grupo familiar, pois fere o princípio da razoabilidade e, sobretudo, o princípio da isonomia, o fato de aquele que contribuiu a vida inteira para a Previdência Social ter seu benefício, no valor de um salário mínimo, computado no cálculo da renda familiar, ao passo que é excluído do referido cálculo o benefício assistencial, no mesmo valor, percebido pelo idoso que nada verteu para o sistema previdenciário.

III – A interpretação extensiva do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso não se contrapõe à decisão do Supremo na ADI 1.232-1/DF, pois não se está aferindo a validade do § 3º do art. 20 da Loas.

IV – Ao suprimir omissão inconstitucional parcial com base no princípio da isonomia, o Juiz não atua como legislador positivo.

V – Recurso conhecido e provido.

VI – Tratando-se de condenação de natureza alimentar e caracterizado o estado de miserabilidade, presente, ainda, a plausibilidade do direito, antecipo os efeitos da tutela para determinar a imediata implantação do benefício.

VII – Sem honorários advocatícios de sucumbência diante do provimento do recurso.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Federal Ademar Pimenta, Relator para o acórdão, vencido o Juiz Relator José Godinho Filho.

Além do Signatário, participaram do julgamento o Excelentíssimo Juiz José Godinho Filho (Presidente) e o Excelentíssimo Juiz Cléber José Rocha.

Turma Recursal, Juizado Especial Federal/SJTO – 09/02/2007.

Juiz Federal *Ademar Pimenta*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Adelfmar Pimenta: — Trata-se de recurso interposto por Odília Alves da Silva contra sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de prestação continuada (auxílio assistencial).

A recorrente argumenta que tem direito ao benefício com arrimo no art. 20 da Loas.

O recorrido não ofereceu contra-razões.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Adelfmar Pimenta: — Acompanho o relator quanto aos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Quanto ao mérito, *data venia*, divirjo do entendimento adotado pelo Relator.

A sentença atacada merece ser reformada.

O benefício assistencial reclamado tem previsão constitucional consubstanciada no art. 203, inciso V, da CF, que assim dispõe:

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.

Tal dispositivo encontra-se em consonância com o princípio do respeito à dignidade humana que tem sede no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

O benefício assistencial de prestação continuada veio a ser regulamentado através da Loas (Lei 8.742/1993), que assim garante:

Art. 20. O benefício assistencial 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 por sua família.

[...]

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapaci-

tada para a vida independente e para o trabalho.

Por sua vez, o art. 4º do Decreto 3.298/1999 dispõe acerca da definição do que vem a ser deficiente:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto 5.296/2004.)

II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto 5.296/2004.)

III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto 5.296/2004.)

IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Segundo o § 2º do art. 20 da Loas é considerado deficiente, para fins de percepção do benefício, todo

aquele que se encontra incapacitado para o trabalho e para a vida independente.

É certo que a incapacidade para os atos da vida independente não se restringe à impossibilidade de alimentar-se, vestir-se, fazer a higiene pessoal, etc, pois, se assim fosse, exigindo-se incapacidade total do postulante, haveria restrição indevida a preceitos constitucionais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao objetivo de universalidade da cobertura e do atendimento previsto para a seguridade social (art. 194, parágrafo único, I), bem como à ampla garantia de prestação da assistência social (art. 203, *caput*). Eis o entendimento jurisprudencial:

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. (STJ. 5ª Turma. Resp 360202/AL. Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04/06/2002. DJ01/07/2002, p. 377.)

A incapacidade para o trabalho, por si só, já é o bastante para caracterizar, também, a incapacidade de viver independentemente, considerando que para ter vida independente primeiro tem que ter capacidade laborativa, pois ninguém tem vida independente se é incapaz para o trabalho.

Neste sentido, é o enunciado da Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização.

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.472/1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilidade de prover o próprio sustento.

Presente a deficiência, faz-se necessária a comprovação da carência financeira, por parte do idoso, a qual se dá a partir da avaliação da renda familiar¹. O requisito econômico deverá ser aferido com base no § 3º do referido art. 20 da Loas, que assim dispõe:

§ 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 ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Este dispositivo tem sido alvo de inúmeras críticas, a principal delas diz respeito à sua constitucionalidade.

A matéria foi levada ao Supremo, o qual, no julgamento da ADI 1.232/DF, não vislumbrou inconstitucionalidade na referida norma. Ressalto, ainda, que a Suprema Corte vem rechaçando qualquer outra interpretação ao julgar procedentes sucessivas reclamações contra decisões que emprestam interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo legal².

Cumprir registrar que, embora o Supremo tenha rechaçado a tese de interpretação conforme a Constituição defendida pelo Min. Relator Ilmar Galvão³, quando do julgamento da referida ADI, vários órgãos jurisdicionais vêm dando interpretação conforme a Constituição, assentado que o § 3º do art. 20 da Loas não impede que a condição de miserabilidade, quando superado referencial de renda

¹ No grupo familiar estão incluídos todos os presentes no art. 16 da Lei 8.213/1991, desde que residentes sob o mesmo teto.

² Recl 2.323-PR e Recl 2.303-RS.

³ “A questão que resta é a de saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido.

Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.” (Trecho do voto do Min. Relator Ilmar Galvão — vencido nesta parte.)

per capita inferior a ¼ do salário mínimo, seja demonstrada pelos meios de prova admitidos em Direito⁴.

Ressalto que, embora deixe ressalvado o entendimento pessoal acerca da possibilidade de dar-se interpretação conforme a constituição ao dispositivo em alusão para, *em situações excepcionais*, afastar-se o óbice do requisito quantitativo da renda do grupo familiar, em nome da segurança jurídica, venho curvando-me ao entendimento da Suprema Corte, uma vez que suas decisões, em sede de controle concentrado, possuem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 102, § 2º).

Ainda no tocante ao requisito econômico, observe que o Estatuto do Idoso trouxe relevante inovação ao dispor:

Art. 34. [...]. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.

Trata-se de dispositivo de extrema relevância, já que é comum a existência de mais de um idoso ou deficiente no mesmo grupo familiar.

A interpretação teleológica deste dispositivo leva à conclusão de que o benefício não deve ser incluído no cálculo da renda *per capita* familiar em razão das peculiaridades de quem se encontra em idade avançada.

É certo que o disposto no parágrafo único acima transcrito refere-se especificamente a outro benefício assistencial ao idoso. Porém, este dispositivo deve receber interpretação teleológica e sistêmica para excluir do cálculo da renda familiar qualquer benefício no valor de um salário mínimo percebido por pessoas idosas com 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou mais e por pessoas deficientes.

Com efeito, o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por pessoa idosa ou deficiente não pode ser computado no cálculo da renda *per capita* do grupo familiar, visto que os respectivos rendimentos por certo sequer são suficientes para a sua manutenção em condições dignas.

Ressalta-se que embora os benefícios previdenciários concedidos no importe de um salário mínimo e o benefício assistencial de prestação continuada tenham naturezas diversas, ambos têm a mesma finalidade, qual seja, garantir o *mínimo existencial* a ser garantido pelo Estado em respeito ao princípio da dignidade humana.

Se é de miserabilidade a situação da família com renda de um salário mínimo proveniente de benefício assistencial ao idoso, também é de miserabilidade a situação da família que tem como renda benefício previdenciário percebido por idoso no valor mínimo, pois a aferição da hipossuficiência é eminentemente de cunho econômico.

Ademais, se o benefício assistencial, para o qual sequer é necessária contribuição ou desempenho qualquer atividade laboral, não é considerado para fins de concessão de outro benefício assistencial de prestação continuada, com mais razão deve ser desconsiderado aquele benefício previdenciário no valor de um salário mínimo cuja concessão decorre da contribuição ou do trabalho do segurado, como no caso da aposentadoria.

A interpretação literal e restritiva do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 se afigura despropositada, pois a literalidade do texto estabelece um *benefício incompatível com o princípio da igualdade* configurando, assim, uma omissão inconstitucional parcial.

Fere o princípio da razoabilidade e, sobretudo, o princípio da isonomia, o fato de aquele que contribuiu a vida inteira para a Previdência Social ter seu benefício, no valor de um salário mínimo, computado no cálculo da renda familiar, ao passo que é excluído do referido cálculo o benefício assistencial, no mesmo valor, percebido pelo idoso que nada verteu para o sistema previdenciário.

Assim, a interpretação sistemática e teleológica do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso conduz à exclusão de qualquer benefício assistencial ou previdenciário, no valor de um salário mínimo, percebido por pessoa idosa com 65 anos ou mais ou por deficiente, do cálculo da renda *per capita* do grupo familiar.

Cumprido registrar que a interpretação extensiva do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso não se contrapõe à decisão do Supremo na ADI 1.232-1/DF, pois não se está aferindo a validade do § 3º do art. 20 da Loas.

Todavia, cumpre registrar que a aplicação de interpretação extensiva do art. 34, parágrafo único, da Lei

⁴ Neste sentido: STJ – REsp. 416402/RS, DJ 05/08/2002, p. 00402; REsp. 435871/SP, DJ 21/10/2002, p. 00391; TRF da 4ª Região – AI 2001.04.01.080507-6/RS, DJ 10/04/2002, p. 640; TNUJ – Súmula 11.

10.741/03 enfrenta questões jurídicas tormentosas relativas à atuação do Juiz quando das decisões judiciais aditivas fundamentadas em omissão inconstitucional parcial.

Em obra clássica, o Min. Gilmar Ferreira Mendes⁵, com base nos ensinamentos de Pestalozza, consignou que “eventual incompletude de determinado estatuto jurídico pode caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, ensejando a declaração de inconstitucionalidade de todo o diploma ou, apenas, da chamada lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lücke*)”.

O então Procurador da República, ora Ministro do Supremo, asseverou que “a caracterização da omissão parcial (*Teilunterlassung*) amplia, indubitavelmente, as perspectivas do controle de constitucionalidade, permitindo que através de censura judicial sejam suprimidas ou colmatadas as lacunas inconstitucionais (*verfassungswidrige Lücke*)”⁶.

No tocante ao controle de constitucionalidade, cumpre registrar que, ao contrário do que prevê o ordenamento alemão⁷, nosso ordenamento não prevê a *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*.

A omissão eloqüente da Constituição no tocante a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade aliada ao fato de que, por imposição constitucional, compete precipuamente ao Poder Judiciário a Guarda da Constituição, legitima o Juiz a proferir decisão aditiva com o fim de suprimir omissão inconstitucional parcial.

Registre-se que, ao suprimir omissão inconstitucional parcial com base no princípio da isonomia, o Juiz não atua como legislador positivo.

[...] equívoco em confundir ato de criação de norma inexistente (hipótese de omissão absoluta), com a distinta questão de determinar a aplicação de norma existente a todos aqueles, ou a todas aquelas situações a exigirem norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aque-

les que estão em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional [...], resta ao Tribunal tão-somente declarar a constitucionalidade da lei, desde que entendida com a correção, com o aditamento interpretativo no sentido de adequar a norma à observância do princípio da isonomia.⁸

Ainda no tocante atuação aditiva do Judiciário, através da interpretação extensiva de normas, no afã de suplantar omissão inconstitucional parcial, cumpre registrar que o Supremo valeu-se desta técnica quando do julgamento do RMS 22.307-DF, ao reconhecer parcial direito dos impetrantes ao reajuste de 28,86%.

Em outra oportunidade, o Supremo, quando do julgamento da ADI 2.652-6/DF, ampliou o alcance do parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei 10.358/2001.

Cumpre registrar que existem inúmeros precedentes judiciais⁹ dando interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, no sentido aqui propugnado.

No presente caso, observo que a recorrente é deficiente, já que, consoante laudo médico-pericial produzido em juízo, a recorrente sofre de deficiência mental (CID-10 F90) e que em razão desta deficiência é incapaz de desenvolver atividade laboral. Ressalto, ainda, que a perícia médica realizada na seara administrativa também chegou à mesma conclusão. Por conseguinte, é incontroverso a incapacidade do recorrente.

Quanto ao requisito econômico, observo que o grupo familiar da recorrente é formado por ela e seu pai, Sr. Mariano Pereira da Silva.

A única renda auferida pelo grupo familiar é proveniente de benefício previdenciário (aposentadoria por invalidez rural) no valor de um salário mínimo percebido pelo pai da recorrente, que se encontra em idade avançada (nascido em 12/08/1924).

Nos termos da fundamentação supra, por interpretação sistemática e teleológica do art. 34, parágrafo

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 60-61.

⁶ MENDES, *ob. cit.*, p. 63.

⁷ § 31, (2), 2º e 3º. Períodos, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*.

⁸ CAVALCANTI, Francisco. A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da súmula 339 do STF. In BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes. São Luiz: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 86.

⁹ TRF 4ª Região – AI 2005.04.01.022719-0/SC; TR/GO – Rec. JEF 2005.35.00.710965-1 e Rec. JEF 2005.35.00.706226-5; e TR-BA Proc. 2005.33.00765676-9.

único, da Lei 10.741/2003, o benefício previdenciário percebido pelo pai do recorrente não deve ser considerado para cálculo da renda *per capita* do grupo familiar.

Assevero, ainda, que consoante parecer sócio-econômico, o recorrente encontra-se em estado de miserabilidade.

Assim, encontram-se satisfeitos os requisitos estabelecidos pela Loas.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, condenar o INSS a conceder benefício assistencial à recorrente a partir do requerimento administrativo (05/05/2005) e condenar o INSS a pagar as parcelas vencidas corrigidas monetariamente pelos índices oficiais utilizados pela Justiça Federal e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

Tratando-se de condenação de natureza alimentar e caracterizado o estado de miserabilidade, presente, ainda, a plausibilidade do direito, antecipo os efeitos da tutela para determinar a imediata implantação do benefício.

Expeça-se o necessário para a imediata implantação do benefício.

Sem custas e sem honorários advocatícios, já que a recorrente logrou-se vencedora.

É o voto.

Recurso

2006.38.00.749214-4/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Impetrante: Luiz Quirino Albuquerque

Advogado: Dr. Henrique Nery de O. Souza

Impetrado: Juiz Federal da 31ª Vara do JEF Cível

Publicação: DJ/MG de 27/04/2007

Ementa

Juizados especiais federais. Mandado de segurança. Processo Civil. Valor da causa. Parcelas vincendas. Ordem denegada.

I – Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, ajuizado contra ato de magistrado que, embasado em entendimento da 1ª Turma Recursal e no Enunciado 17 da Fonajef, reconheceu a incompetência dos juizados especiais federais e determinou a remessa dos autos originários para uma das Varas Previdenciárias em Belo Horizonte.

II – Consta dos autos que o impetrante ajuizou ação pretendendo a contagem de tempo especial e a concessão de aposentadoria especial integral, sendo que o valor de doze parcelas vincendas do benefício pretendido ultrapassa sessenta salários mínimos.

III – Inicialmente, cumpre ressaltar que, apesar da Lei 10.259/2001 admitir recurso contra decisão que defere ou indefere medida cautelar para evitar dano de difícil reparação e contra sentença definitiva, entendo que, em casos semelhantes aos dos autos nos quais há sentença terminativa, são cabíveis tanto o agravo quanto o mandado de segurança, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

IV – Em relação ao valor da causa, o art. 3º da Lei 10.259/2001, limita o seu valor máximo em 60 (sessenta) salários mínimos. O § 2º do mesmo artigo dispõe que, em havendo obrigações vincendas, a soma de 12 (doze) parcelas desta natureza não poderá ultrapassar o limite do art. 3º. Deste modo, diante de expressa previsão legal, quando o valor de 12 (doze) parcelas vincendas for superior ao limite de alçada, os juizados especiais federais são absolutamente incompetentes para o julgamento da causa, não sendo admitida, nesta hipótese, a renúncia.

V – Ordem denegada. Oficie-se o juízo prolator da decisão.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer do mandado de segurança e denegar o pedido de segurança, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais/MG – 29/03/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:
— Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato de magistrado que declarou a incompetência do Juizado Especial Federal para julgamento do Processo 2005.38.00.711583-7 e determinou sua remessa para uma das Varas Previdenciárias da Seção Judiciária de Minas Gerais.

Liminar indeferida.

Informações prestadas relatando que, segundo informações do CNIS, o valor de doze parcelas vincendas supera sessenta salários mínimos.

Parecer do Ministério Público Federal opinado pela denegação da segurança.

É o relatório.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:
— Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, ajuizado contra ato de magistrado que, embasado em entendimento da 1ª Turma Recursal e no Enunciado 17 da Fonajef, reconheceu a incompetência dos juizados especiais federais e determinou a remessa dos autos originários para uma das Varas Previdenciárias em Belo Horizonte.

Consta dos autos que o impetrante ajuizou ação pretendendo a contagem de tempo especial e a concessão de aposentadoria especial integral, sendo que o valor de doze parcelas vincendas do benefício pretendido ultrapassa sessenta salários mínimos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, apesar da Lei 10.259/2001 admitir recurso contra decisão que defere ou indefere medida cautelar para evitar dano de difícil reparação e contra sentença definitiva, entendo que, em casos semelhantes aos dos autos nos quais há sentença terminativa, são cabíveis tanto o agravo quanto o mandado de segurança, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

A Lei 10.259/2001 dispõe que compete ao Juizado Especial Federal Cível o julgamento de causas da competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos. Determina, ainda, que no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

Assim sendo, no âmbito dos juizados especiais federais, a competência em relação ao valor da causa adquiriu natureza absoluta, com todas as suas regras características, devendo inclusive ser analisada de ofício pelo juiz.

A Turma Nacional de Uniformização, por isso mesmo, firmou o entendimento de que “não há renúncia tácita no juizado especial federal, para fins de competência”.

Em relação ao valor da causa, o art. 3º da Lei 10.259/2001, limita o seu valor máximo em 60 (sessenta) salários mínimos. O § 2º do mesmo artigo dispõe que, em havendo obrigações vincendas, a soma de 12 (doze) parcelas desta natureza não poderá ultrapassar o limite do art. 3º.

Deste modo, diante de expressa previsão legal, quando o valor de 12 (doze) parcelas vincendas for superior ao limite de alçada, os juizados especiais federais são absolutamente incompetentes para o julgamento da causa, não sendo admitida, nesta hipótese, a renúncia.

Por tais razões, denego a ordem de segurança pretendida.

Oficie-se o juízo prolator da decisão.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

É como voto.

Recurso cível

2007.36.00.702633-3/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha

Recorrente: Maria José Pereira Leite

Procurador: Dr. Altamiro Rondon Neto

Recorrida: Fazenda Nacional

Advogado: Dr. Maurides Celso Leite

Publicação: DJ/MT de 19/04/2007

Ementa

Tributário. Imposto de Renda. Fundo de Previdência Privada. Reserva de poupança. Resgate. Depósitos anteriores à Lei 9.250/1995. Isenção. Lei 7.713/1988. Restituição administrativa. Encerramento da obrigação.

I – Tratando o Imposto de Renda retido na fonte de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário, marco inicial para o transcurso do prazo prescricional de 5 anos da pretensão de repetição de indébito, se dá com a homologação levada a efeito pela autoridade fiscal, que pode ser expressa ou tácita.

II – Inexistindo homologação expressa, opera-se a homologação tácita após 5 anos da ocorrência do fato gerador, somente após o que tem início o prazo prescricional para repetição do indébito. Prescrição afastada.

III – A restituição em tela somente é devida no que se refere à retenção do IR sobre o valor resgatado relativamente às contribuições deduzidas pelo empregado (Fundo C) originárias do período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995, quando a tributação já era exigida por ocasião do recolhimento.

IV – No que tange às contribuições vertidas ao Fundo D, do qual o(a) Autor(a) também sacou um valor quando optou pela mudança de plano, não foram deduzidas da remuneração do empregado, fato que o desautoriza a requerer, para si, essa restituição.

V – Recurso parcialmente provido.

Acórdão

A Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso decide, por unanimidade, conhecer o recurso e dar a ele parcial provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 13/04/2007.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Maria José Pereira Leite insurge-se contra a sentença que julgou extinto, em face da prescrição, seu pedido de restituição dos valores descontados do resgate reserva de poupança, a título de Imposto de Renda, alegando que já houvera tributação destas parcelas, na modalidade de IR retido na fonte, nos termos da Lei 7.713/1988.

Aduz, em síntese, o seguinte: a não ocorrência da prescrição, em face de tratar-se de tributo com lança-

mento por homologação, para os quais o STJ previa o prazo de 10 anos para a repetição de indébito; a incidência do Imposto de Renda sobre o valor do resgate das contribuições vertidas ao fundo de pensão antes de 1996, quando entrou em vigor a Lei 9.250/1995, gera *bis in idem*, uma vez que já fizeram parte da base de cálculo do Imposto de Renda na forma da Lei em vigor à época que era da 7.713/1988.

Contra-razões às fls. 97/101.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Primeiramente, afastado a alegação de ocorrência de prescrição da pretensão de repetição de indébito.

No presente caso o recorrente pretende a restituição de valores retidos na fonte, a título de Imposto de Renda relativo ao ano base de 1999.

Como se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário, marco inicial de transcurso do prazo prescricional de 5 anos da pretensão de repetição do indébito, não se dá com a retenção dos valores, mas com a homologação pela autoridade fiscal, a qual pode ser expressa ou tácita.

Inexistindo homologação expressa, opera-se a homologação tácita após 5 anos da ocorrência do fato gerador, após o que tem início o prazo prescricional para repetição do indébito.

Veja-se, nesse sentido, o seguinte julgado:

Recurso especial da Fazenda Nacional. Tributário. Imposto de Renda retido na fonte. Repetição de indébito. Hipótese de incidência complexa. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prescrição. Cinco anos da data de declaração anual de rendimentos, acrescido de mais cinco anos da homologação. Aposentadoria complementar. Entidade de previdência privada. Isenção do beneficiário. Reconhecimento. Aplicação do artigo 6º, inciso III, alínea "b", da Lei 7.713/1988. Aplicação da Lei 9.250/1996. Precedentes.

No tocante à alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, o recurso não logra perspectiva de êxito, uma vez que não há nos autos qualquer omissão, obscuridade ou contradição, pois o egrégio Tribunal *a quo* apreciou toda a matéria recursal devolvida.

No Imposto de Renda descontado na fonte, o lançamento é feito por homologação. Dessarte, aplica-se à espécie a regra geral do prazo prescricional aplicada aos tributos sujeitos à homologação, no sentido de que a extinção do direito de pleitear a restituição ocorrerá após 5 (cinco) anos, contados do fato gerador, acrescido de mais 5 (cinco) anos da homologação.

No que se refere ao reconhecimento da imunidade de entidades de previdência privada, já se posicionou o Pretório Excelso no sentido de não estarem incluídas as referidas entidades na imunidade tributária constitucional conferida às entidades de assistência social (RE 146.747-9, Ceará, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 10/08/1999, DJU

24/09/1999).

Considerando que a Previ, entidade de previdência complementar fechada, não é imune ao recolhimento da referida exação, de reconhecer que goza de plena aplicação o comando da alínea "b" do art. 6º da Lei 7.713/1988. De acordo com o art. 33 da Lei 9.250/1995, sujeitam-se à incidência, a partir do ano-base 1996, do Imposto de Renda na fonte e na declaração de ajuste anual, os benefícios de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições. Recurso Especial da Fazenda Nacional improvido. (STJ, RESP 614523, 2ª Turma, Rel. Ministro Franciulli Neto, DJ22/06/2004, p. 244. Grifo nosso.)

De tal modo, não tendo transcorrido o prazo de 10 anos da ocorrência do fato gerador, não há que se falar em prescrição.

Quanto à questão da aplicação da Lei Complementar 118/2005, conforme pacífica e recente jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça tem natureza de norma modificativa (e não interpretativa), o que implica dizer que não retroagirá para atingir prazos prescricionais anteriores a sua vigência.

Há, inclusive, declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 4º, parte final, da referida Lei Complementar, o qual dispõe sobre a retroatividade de lei para atingir fatos passados, desrespeitando o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada, garantias estas asseguradas pela Constituição Federal.

Eis os julgados:

Tributário. Agravo regimental. Repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prescrição. Orientação firmada pela 1ª Seção do STJ, na apreciação do ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu art. 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa. Entendimento consignado no voto do ERESP 327.043/DF.

1. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, Sessão de 24/03/2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador — sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação

do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08/10/2003).

2. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferi-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

3. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RESP 706828/CE; Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0169197-5 – Ministro Teori Albino Zavascki (1124) T1 – Primeira Turma, 05/04/2005, DJ 18/04/2005, p. 237) Grifei.

No que toca ao mérito, a análise relativa à incidência do Imposto de Renda sobre a Reserva de Poupança deve ser enfrentada tendo em vista as Leis 7.713/1988 e 9.250/1995, aplicáveis à espécie.

No período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995, a teor do quanto dispõe a Lei 7.713/1988 (art. 31), as contribuições efetuadas à entidade de previdência privada não podiam ser deduzidas da base de cálculo, sobre a qual havia a incidência do Imposto de Renda. Desse modo, tais verbas já eram tributadas *ab initio*.

Entretanto, quando de seu resgate, por conseguinte, não sofriam a incidência do mencionado imposto, *verbis*:

Art. 31. Ficam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei, relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo ônus não tenha sido do beneficiário ou quando os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade de previdência não tenham

sido tributados na fonte: (Redação dada pela Lei 7.751, de 1989)

I – as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada; (grifei).

Inovando a matéria, a Lei 9.250/1995 estipulou que a partir de janeiro de 1996, o valor da contribuição, quando do recolhimento, não mais compunha a base de cálculo do IR, conforme o art. 33, *verbis*:

Art. 33. *Sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.*

Por isso é que, ao final, quando do resgate, a correspondente quantia deveria ser tributada. Aliás, em absoluta consonância tem-se a Medida Provisória 1.495/1996 e reedições, que bem cuidou de afastar a incidência da cotejada exação sobre os resgates de contribuições de previdência privada, efetuadas no período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995.

Em suma, a restituição em tela somente é devida no que se refere à retenção do IR sobre o valor resgatado relativamente às contribuições — *deduzidas pelo empregado* — originárias do período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995, quando a tributação já era exigida por ocasião do recolhimento.

Desse modo, e de conformidade com o que demonstra o extrato de contribuição de fls. 14/15, razão assiste ao autor, já que, quanto a essas contribuições, anteriores a 1996, realmente, a retenção do IRRF quando do resgate foi indevida. Isso porque o respectivo montante já fora tributado quando do recolhimento das contribuições (art. 31 da Lei 7.713/1988).

Desta forma é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Tributário. Imposto de Renda. Fundo de Previdência Privada. Reserva de poupança. Resgate. Depósitos anteriores à Lei 9.250/1995.

Isenção. Lei 7.713/1988.

1. *As Turmas integrantes da Primeira Seção deste Tribunal têm entendimento assente no sentido de que, a teor do art. 6º, inciso VII, alínea b, da Lei 7.713/1988, não incide Imposto de Renda sobre o resgate dos depósitos efetuados nas entidades de previdência privada antes da edição da Lei 9.250/1995, uma vez que foram tributadas na fonte.*

2. Agravo regimental desprovido.

(Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça
classe: AGRESP – Agravo Regimental no Recurso
Especial – 180667 – processo: 199800488421, UF:
PE, Órgão julgador: Segunda Turma, data da deci-
são: 28/08/2001, documento: STJ000407767, Lau-
rita Vaz) grifei.

No entanto, pelo que se observa da inicial e dos cálculos apresentados pela Autora, conclui-se que pretende a restituição do valor resgatado do Fundo D, conforme lhe facultará o contrato com o plano previdenciário.

Ocorre que as contribuições vertidas ao Fundo D não foram deduzidas da remuneração da empregada, mas sim da patrocinadora Rede Cemat (fls. 75), fato que desautoriza o Autor a requerer, para si, a restituição desse indébito.

Assim sendo, a Autora tem direito apenas à restituição relativa ao resgate, proporcional do Fundo C, consoante cálculos da Contadoria Judicial de fls. 67.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e pelo seu parcial provimento, condenando a Requerida a restituir à Autora o valor de R\$ 1.000,10 (mil reais e dez centavos), relativos à indevida tributação sobre o resgate de reserva de poupança referente ao Fundo C do plano de previdência da Rede Cemat, corrigidos pela Selic, a contar da citação.

À Contadoria para nova atualização.

Sem custas e honorários.

É como voto.

Processo

2007.36.00.702655-6/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Recorrente: Carla Niccoli da Silva Rapozeiras

Recorrida: União Federal (Fazenda Nacional)

Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT

Publicação: *DJ/MT* de 19/04/2007

Ementa

Tributário. Repetição de indébito. Imposto de Renda. Resgate de contribuições. Previdência complementar. Leis 7.713/1988 e 9.250/1995. Dupla tributação entre janeiro/1994 e dezembro/1995. Restituição devida.

I – A Lei 7.713, de 22/12/1988, determinava, em sua redação original, que a retenção do imposto de renda sobre contribuições a entidades de previdência privada ocorreria quando de seu recolhimento junto à instituição.

II – É indevida a incidência de imposto de renda sobre o resgate de tais contribuições efetivadas entre janeiro/1994 e dezembro/1995 cujo ônus tenha sido da pessoa física (Fundo C), evitando-se, assim, a dupla incidência do mesmo tributo.

III – Já a partir da Lei 9.250/1995, o IR passou a incidir quando do resgate das contribuições à instituição de previdência privada, alterando a regra constante do art. 6º, VII, *b*, da Lei 7.713/1988, que previa a incidência quando da destinação dos valores à entidade.

IV – Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal, Juizado Especial Federal/SJMT – 13/04/2006.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— A autora recorreu da sentença de fls. 70/72, que reconheceu a decadência do direito de pleitear a restituição/compensação do tributo reclamado, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Sustenta a recorrente que a restituição é devida, visto que a devolução de parcelas ao segurado, por extinção do benefício, não é tributável, já que não lhe acarretou acréscimo patrimonial. Pede, portanto, a reforma do julgado.

Contra-razões da recorrida às fls. 109/113, nas quais pugna pela manutenção da sentença.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Inicialmente, analiso a ocorrência da prescrição/decadência do direito da autora.

O egrégio STJ, no julgamento do ERESP 327.043, definiu que o art. 3º da LC 118/2005 somente será aplicável às causas ajuizadas a partir do dia 09/06/2005, não incidindo sobre as ações em curso, como previsto em seu art. 4º (fonte: “*site* do STJ”), posicionamento que acompanho, porquanto a norma em tela configura direito novo e, assim, por ser destituída de caráter interpretativo, não se enquadra na regra do art. 106, I, do CTN, que determina a sua incidência sobre fatos pretéritos.

Logo, rejeito a tese da prescrição /decadência, uma vez que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos, a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos “cinco mais cinco”); e, de 5 (cinco) anos, a contar da homologação, se esta for expressa.

A Lei 7.713, de 22/12/1988, determinava, em sua redação original, que a retenção do imposto de renda sobre contribuições a entidades de previdência privada ocorreria quando de seu recolhimento junto à instituição, nos seguintes termos:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

VII – os benefícios recebidos de entidades de previdência privada:

a) quando em decorrência de morte ou invalidez permanente do participante;

b) *relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte;* (Grifei).

A Lei 9.250/1995 alterou a supra citada regra, de forma que o referido inciso passou a ter a seguinte redação:

VII – os seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante.

Prevê ainda:

Art. 33. *Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.*

Parágrafo único. (Vetado) (Grifei).

Assim, com a entrada em vigor da Lei 9.250/1995, o imposto de renda passou a incidir no momento do resgate das contribuições. As contribuições efetuadas entre 01/01/1989 e 31/12/1995 (enquanto estava em vigor o texto original do art. 6º da Lei 7.713/1988), e resgatadas após o advento da Lei 9.250/1995, não sofrem a incidência da exação, sob pena de haver bi-tributação, o que restou pacificado nos diversos tribunais pátrios, entendimento que restou consagrado com a

edição da MP 2.159-70, de 24/08/2001 (originária: MP 1.459/1996), em seu art. 7º, que segue transcrito:

Art. 7º Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 01/01/1989 a 31/12/1995.

Logo, a recorrente faz jus à restituição do valor correspondente à incidência do Imposto de renda sobre as contribuições efetivadas *entre janeiro/94 e dezembro/95* resgatadas em janeiro de 1999. É oportuno ainda esclarecer que somente deve ser restituído o valor atinente às contribuições cujo ônus tenha sido da pessoa física, *in casu* do Fundo C, que equivale à reserva de poupança constituída pelas contribuições mensais da recorrente, conforme discriminado no cálculo e extratos de fls. 14 e 61/62.

No que se refere às contribuições vertidas entre janeiro/1996 e dezembro/1998, aplica-se o disposto no art. 33 da Lei 9.250/1995, com a incidência do IR quando da retirada das contribuições, razão pela qual descabe a restituição pretendida.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso para condenar a requerida à devolução do valor pago indevidamente pela recorrente a título de Imposto de renda sobre as contribuições efetivadas entre janeiro/94 e dezembro/95, vertidas ao Fundo C, resgatadas em janeiro de 1999, corrigindo-lhe pela Ufir até 31/12/1995 e, a partir de 01/01/1996, pela taxa Selic, e juros de mora de 1% ao mês, até 31/12/1995.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É como voto.

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

Anistia para vereadores compelidos a exercer mandato gratuitamente. Reparação econômica.

O art. 2º da Lei 10.559/2002 declara anistiado todo aquele atingido por ato institucional ou de exceção, em particular a pessoa compelida a exercer gratuitamente mandato eletivo de vereador.

O apelante não foi atingido por qualquer ato institucional ou de exceção, nem compelido a exercer mandato gratuito, pois exerceu voluntariamente o mandato após a vigência do AI 07, de 16/02/1969.

AC 2004.33.00.004166-0/BA

Rel.: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 09/04/2007

Danos morais. Citação e interrogatório em processo criminal de pessoa que era apenas homônima do acusado.

Sendo o fato incontroverso, tendo a própria União confirmado que houve a citação e interrogatório de pessoa incorreta para responder a uma ação penal, erro corrigido apenas durante a audiência de interrogatório, caracterizado está o dano moral, consistente na grave perturbação psíquica e à imagem de pessoa inocente e de reputação ilibada que é citada para responder à ação penal, a par do implícito risco de ser presa, caso não comparecesse à audiência. Dano potencializado pelo fato de ter ocorrido em comunidade pequena onde a notícia se tornou conhecida.

AC 2001.41.00.001959-1/RO

Rel.: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 09/04/2007

Tributo pago extemporaneamente. Multa moratória. Incidência. Art. 138 do CTN.

O pagamento tardio de tributos ou contribuições correntes constitui infração administrativa, devendo o contribuinte ser responsabilizado por sua negligência em deixar de cumprir os prazos legais, ficando sujeito à multa moratória, não punitiva, razão pela qual não se aplicam as disposições do art. 138 do CTN.

AC 2001.38.00.020453-2/MG

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 13/04/2007

Ação de improbidade. Competência. Reclamação 2.138/STF. Suspensão do processo. Impossibilidade.

O reconhecimento, pelo STF, da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei 10.628/2002, faz com que a competência para o processamento e julgamento das ações de improbidade administrativa fique a cargo dos juízos de primeiro grau, independentemente do agente público que nela esteja envolvido.

A existência de discussão judicial inconclusa acerca da impossibilidade do manejo da ação de improbidade contra o agente político, que somente responderia pelo crime de responsabilidade, travada no âmbito da Reclamação 2.138, junto ao STF, não é razão suficiente para deslocar a competência para as instâncias superiores.

Ag 2006.01.00.009096-4/DF

Rel.: Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 13/04/2007

Promoção de cabos da Aeronáutica com base em normas previstas para o corpo feminino. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da isonomia. Inexistência.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não padecem de inconstitucionalidade as normas que estabelecem critérios diferenciados para a promoção dos integrantes do corpo feminino e masculino da Aeronáutica, não se podendo cogitar, portanto, de afronta ao princípio da isonomia.

AR 2005.01.00.038271-7/BA

Rel.: Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (convocada) – 1ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 13/04/2007

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Compatibilidade. Lei 8.429/1992.

Afigura-se perfeitamente idôneo o manejo de ação civil pública para apurar supostos atos de improbidade administrativa, não havendo que se falar em incompatibilidade ou inadequação da via eleita, sobretudo quando se atenta para a circunstância de a probidade administrativa ter natureza de interesse difuso.

Ag 2006.01.00.043314-1/MA

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 19/04/2007

Justiça gratuita. Lei 1.060/1950. Pessoa jurídica.

O entendimento atual do STJ é de que a pessoa jurídica, para ter direito ao benefício da justiça gratuita, se de natureza filantrópica, não necessita provar sua situação financeira. No caso das demais pessoas jurídicas, é necessário que demonstre a impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

AgRAR 2005.01.00.007461-0/BA

Rel.: Des. Federal Leomar Amorim

Publicação: *DJ* 2 de 27/04/2007

Execução fiscal. Contribuição previdenciária. Responsabilidade. Sócio-gerente. Embargos de terceiro. Meação. Penhora. Bem indivisível. Alienação.

A responsabilidade da empresa devedora principal (contribuinte), sociedade por cota de responsabilidade limitada, não exclui a atribuída pelo ordenamento (art. 124, II, do CTN, c/c art. 13 da Lei 8.620/1993) aos seus diretores, de forma solidária, pelos recolhimentos das contribuições previdenciárias.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, “em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que o marido seja sócio, há de se excluir a meação da mulher sobre o bem de propriedade do casal que foi objeto de penhora, notadamente nos casos em que o credor não comprovou a existência de benefício do cônjuge com o produto da infração cometida pela empresa” (REsp 641.400/PB, Rel. Min. José Delgado, *DJU* de 01/02/2005). Entretanto, sendo o bem penhorado indivisível, há de ser levado à hasta pública, reservado 50% do produto da alienação ao cônjuge meeiro. (REsp 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* de 29/04/2002).

AC 1999.01.00.087736-2/PI

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 13/04/2007

Concurso público. Técnico de nível superior. Contratação temporária. Prova de títulos. Mestrado. Comprovação.

A exigência de que a pontuação referente ao título apresentado somente será computada ao candidato mediante apresentação de diploma, devidamente registrado, deve ser atenuada, em virtude da finalidade específica da prova de títulos, assegurando-se a atribuição dos pontos respectivos à candidata que apresentou histórico escolar, ata

da reunião da banca examinadora de dissertação e declaração de conclusão de curso expedida pela Universidade Federal da Paraíba com vistas à comprovação da conclusão do curso de mestrado, mormente porque não possuía, ainda, o respectivo diploma, em razão de entraves burocráticos e de greve perpetrada por servidores públicos federais da instituição de ensino superior.

AMS 2004.34.00.008355-7/DF

Rel.: Des. Federal Souza Prudente – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 23/04/2007

Responsabilidade civil. Concurso vestibular. Lista de excedentes. Erro na sua divulgação. Dano moral. Não-ocorrência.

A divulgação de lista de aprovados em concurso vestibular, como excedentes, gera para os candidatos que nela figurem nas primeiras colocações, a expectativa de virem a ser convocados para matrícula, no caso de desistência de candidatos melhor classificados. Havendo erro nessa divulgação, cumpre à instituição de ensino proceder à sua correção, sem que isso importe constrangimento àqueles que figuraram, erroneamente, nas primeiras posições da lista anterior. Dano moral não caracterizado.

AC 2000.38.00.012402-8/MG

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 30/04/2007

Estatística

ABRIL/2007

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos	77
Recursos Especiais Admitidos	169
Recursos Extraordinários Não-Admitidos	54
Recursos Especiais Não-Admitidos	194
Despachos Diversos	16
Decisões Diversas	6
Decisões em Plantão	3
Suspensões de Segurança Deferidas	9
Suspensões de Segurança Indeferidas	5
Decisão Diversa em Suspensão de Segurança	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança	7
Agravo Regimental Prejudicado	1
Embargo de Declaração Rejeitado	1
Informações ao STF e STJ em ACr, CC, HC, MS e SS	56
TOTAL	599

Dados fornecidos pela ASRET.

SECRETARIA JUDICIÁRIA

Despachos Diversos	95
TOTAL	95

Dados fornecidos pela SECJU.

COORDENADORIA DE EXECUÇÃO JUDICIAL

Despachos em Precatórios	14
TOTAL	14

Dados fornecidos pela COREJ.

SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Informação em Mandados de Segurança	1
Informações Prestadas à AGU	7
Despachos em Procedimentos Administrativos	12
TOTAL	20

Dados fornecidos pela SECRE.

VICE-PRESIDÊNCIA

RESP Admitidos	63
RESP Inadmitidos	134
RE Admitidos	47
RE Inadmitidos	52
RO Admitido	1
Despachos/Decisões Diversas	66
Acórdãos (Relator)	8
Voto Vista	1
Voto Desempate	21
TOTAL	393

Dados do Gabinete da Vice-Presidência.

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (REsp/RE)	1.331
Remetidos à ASVP com REsp/RE	587
Remetidos à ASRET com REsp/RE	680
Remetidos ao STF (RE e Ag/RE)	250
Remetidos ao STJ (REsp e Ag/REsp)	747
Recebidos do STJ	624
Recebidos do STF	229
Remetidos por Baixa Definitiva	1.369
Sobrestados na COREC	1.050
Agravos Processados	475
TOTAL	7.342

PUBLICAÇÕES – PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	215
Recursos Inadmitidos	277
Despachos Diversos	28
TOTAL	520

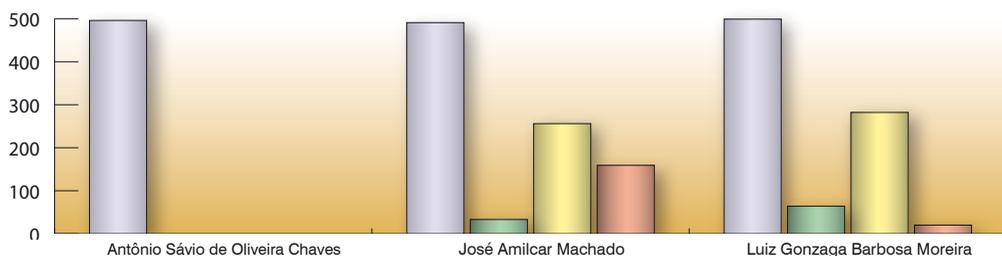
PUBLICAÇÕES – VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	103
Recursos Inadmitidos	184
Despachos Diversos	10
TOTAL	297

Dados fornecidos pela COREC.

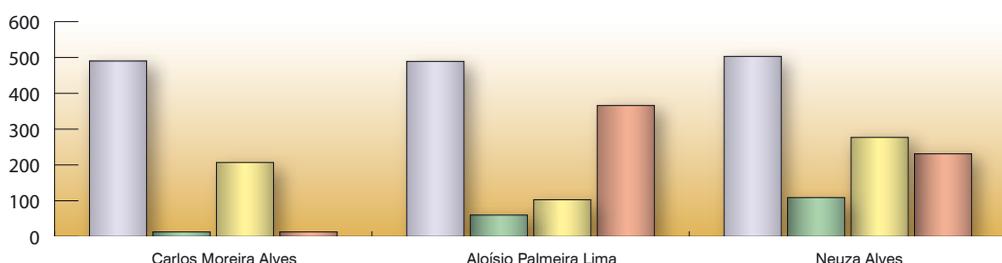
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

1ª Turma



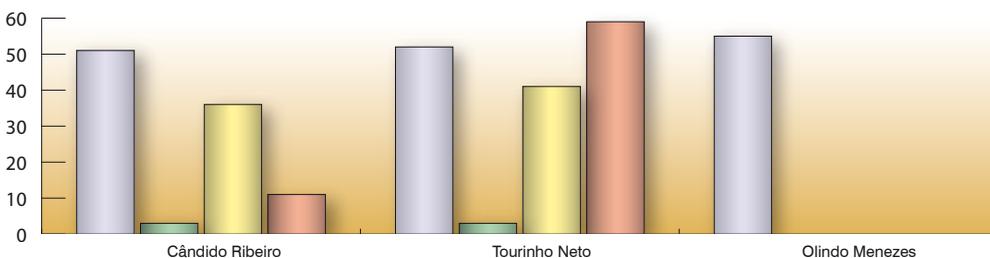
	António Sávio de Oliveira Chaves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Distribuídos	496	491	499
Desp. Term. Publicados		33	64
Julgados		256	282
Acórdãos Publicados		159	20

2ª Turma



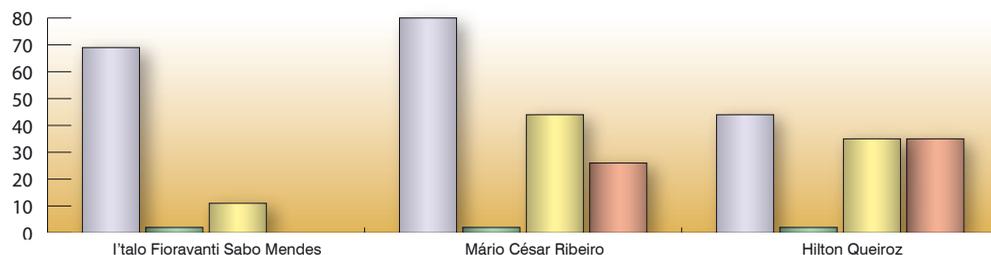
	Carlos Moreira Alves	Aloísio Palmeira Lima	Neuza Alves
Distribuídos	490	489	503
Desp. Term. Publicados	13	60	109
Julgados	207	103	277
Acórdãos Publicados	13	366	231

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Tourinho Neto	Olindo Menezes
Distribuídos	51	52	55
Desp. Term. Publicados	3	3	
Julgados	36	41	
Acórdãos Publicados	11	59	

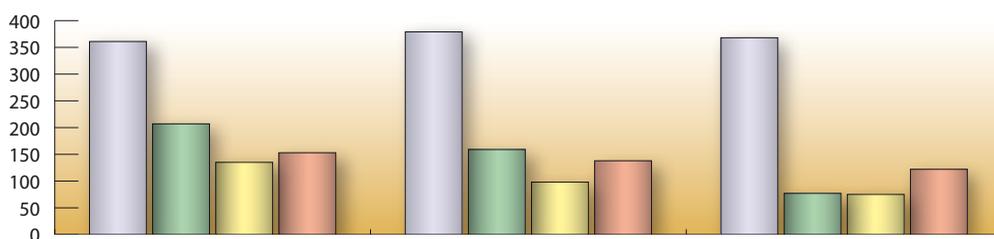
4ª Turma



	Ítalo Fioravanti Sabo Mendes	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz
Distribuídos	69	80	44
Desp. Term. Publicados	2	2	2
Julgados	11	44	35
Acórdãos Publicados		26	35

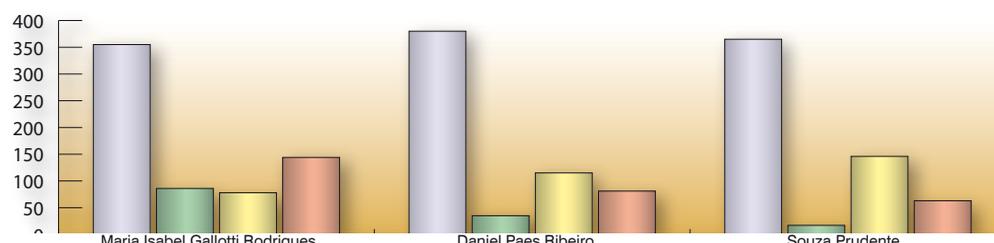
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

5ª Turma



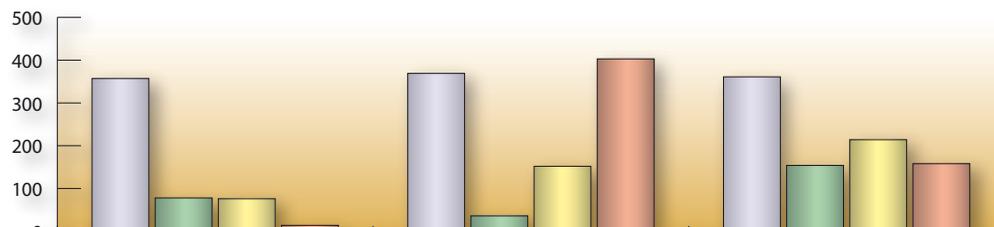
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	361	379	368
Desp. Term. Publicados	207	159	77
Julgados	135	98	75
Acórdãos Publicados	153	138	122

6ª Turma



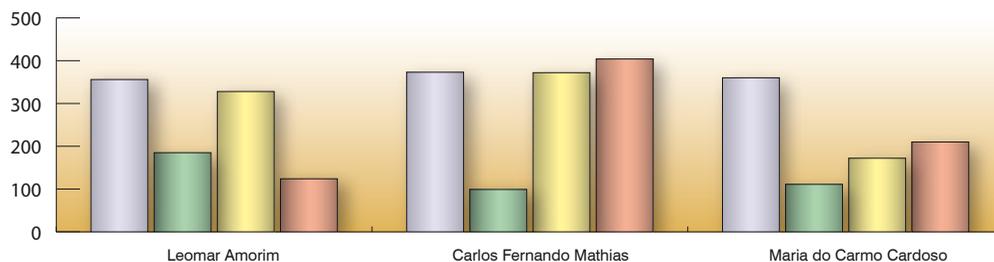
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	355	380	365
Desp. Term. Publicados	86	35	17
Julgados	78	115	146
Acórdãos Publicados	144	81	63

7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	357	369	361
Desp. Term. Publicados	78	36	154
Julgados	76	152	214
Acórdãos Publicados	14	403	158

8ª Turma

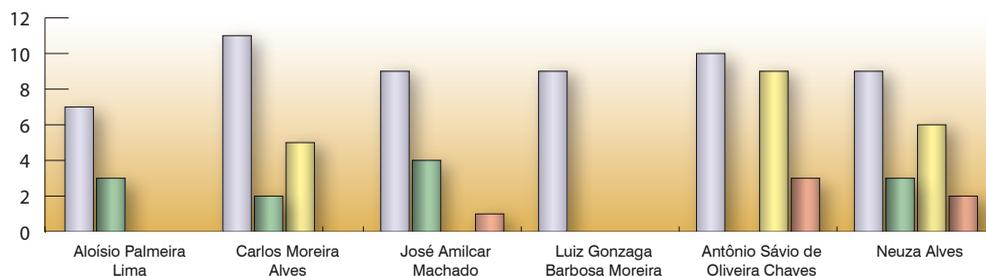


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	356	373	360
Desp. Term. Publicados	185	99	111
Julgados	328	372	172
Acórdãos Publicados	124	404	210

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

1ª Seção

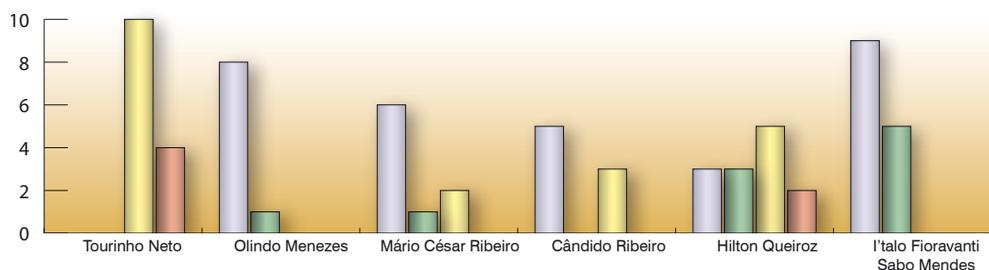
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	7	11	9	9	10	9
Desp. Term. Publicados	3	2	4			3
Julgados		5			9	6
Acórdãos Publicados			1		3	2

2ª Seção

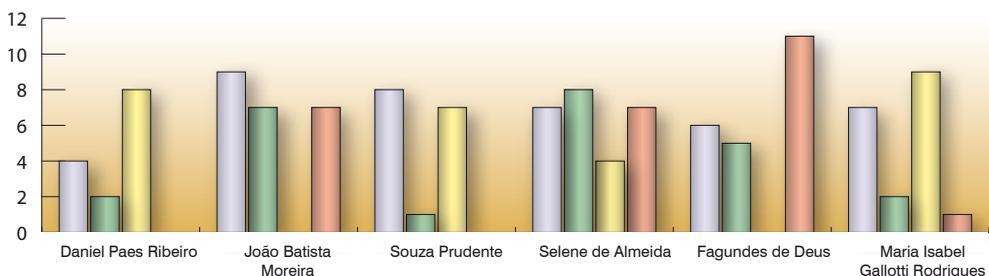
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos		8	6	5	3	9
Desp. Term. Publicados		1	1		3	5
Julgados	10		2	3	5	
Acórdãos Publicados	4				2	

3ª Seção

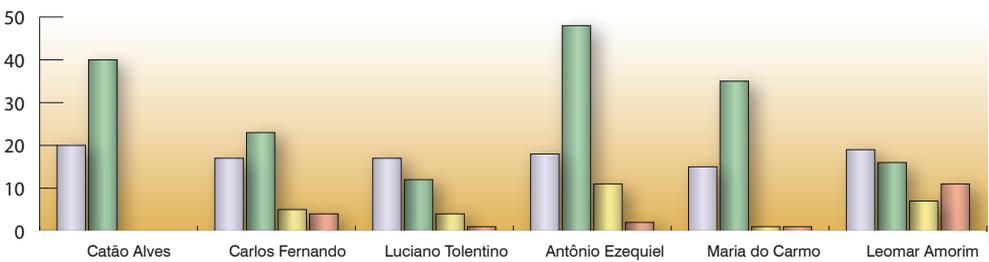
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	4	9	8	7	6	7
Desp. Term. Publicados	2	7	1	8	5	2
Julgados	8		7	4		9
Acórdãos Publicados		7		7	11	1

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	20	17	17	18	15	19
Desp. Term. Publicados	40	23	12	48	35	16
Julgados		5	4	11	1	7
Acórdãos Publicados		4	1	2	1	11

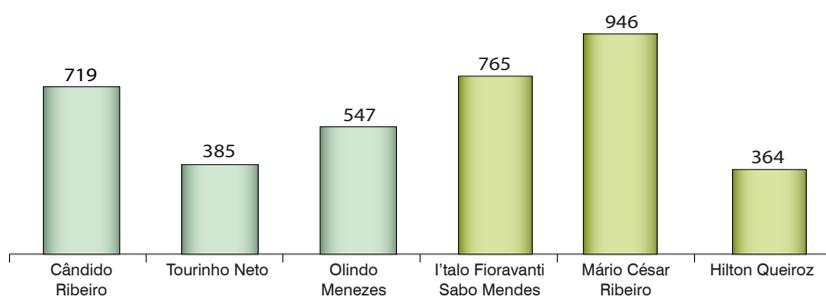
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS



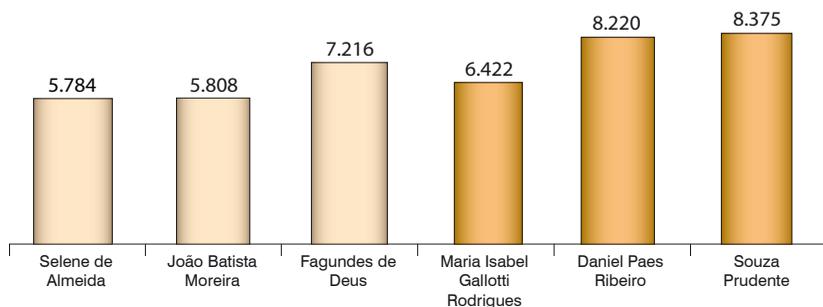
■ 1ª Turma

■ 2ª Turma



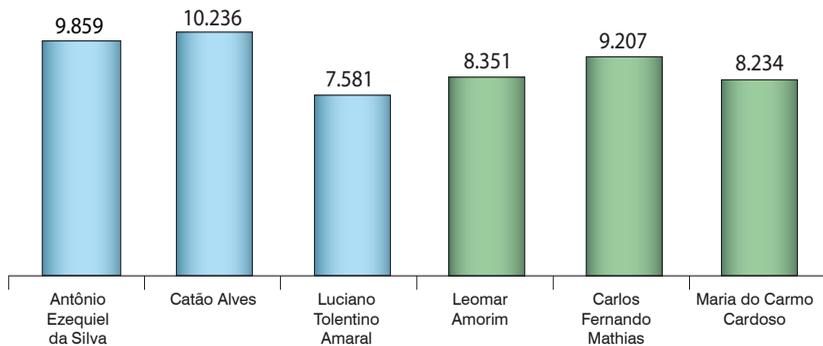
■ 3ª Turma

■ 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.

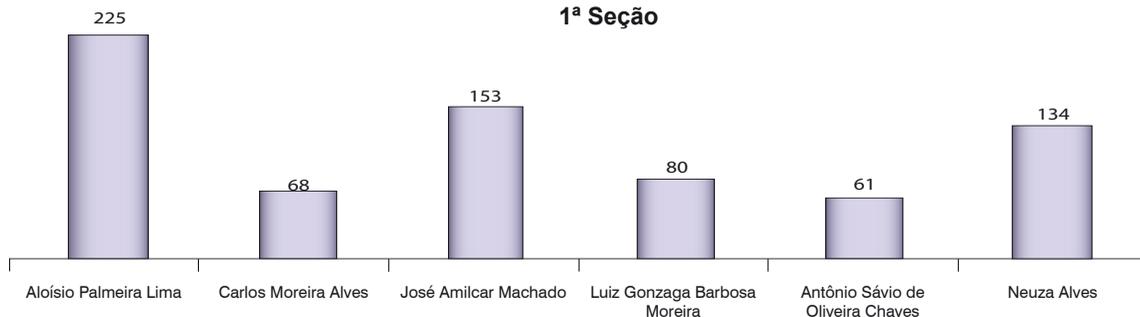
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – matéria penal em geral; II – improbidade administrativa; III – desapropriação direta e indireta.

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.

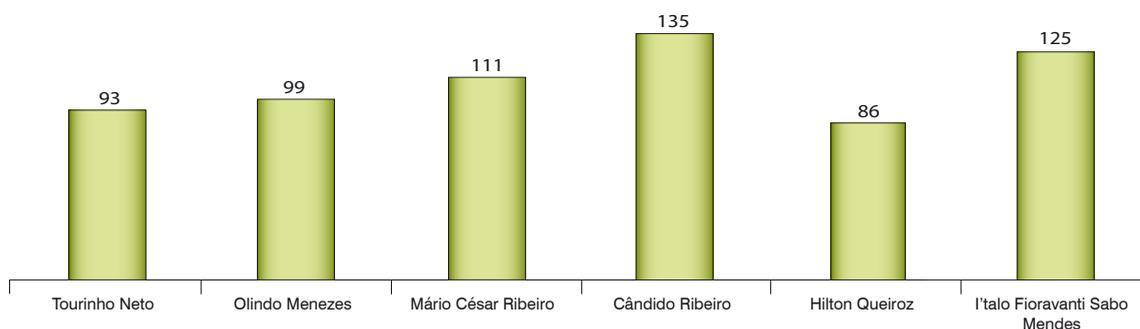
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições; II – impostos; III – taxas; IV – contribuições de melhoria; V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS; VI – empréstimos compulsórios; VII – preços públicos; VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

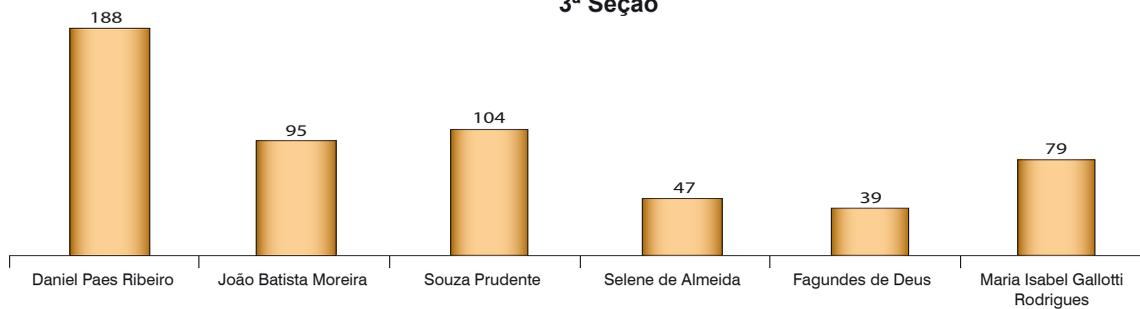
1ª Seção



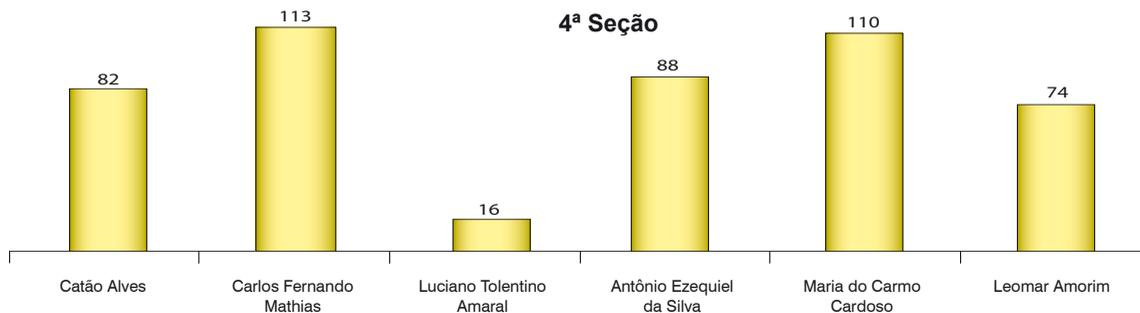
2ª Seção



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	34	83	67
Antonio Claudio Macedo da Silva	1ª Seção	3		
	2ª Turma			1
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma		26	1
Carlos Augusto Pires Brandão	3ª Seção			3
	6ª Turma	44	76	106
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção		8	1
	5ª Turma	15	132	38
Cleberon José Rocha	2ª Turma		11	
Daniele Maranhão Costa	3ª Seção	1		
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma	4	38	23
Francisco Neves da Cunha	2ª Turma		1	
Francisco Renato Condevila Pinheiro	4ª Seção		2	
	7ª Turma	45	108	93
Gilda Maria Carneiro Segmaringa Seixas	3ª Seção	1		
Hind Ghassan Kayath	2ª Turma			1
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	23	93	147
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Turma		114	261
José Magno Linhares Moraes	3ª Turma			1
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma			77
Klaus Kuschel	4ª Turma		12	6
Leão Aparecido Alves	3ª Seção		9	
	6ª Turma		2	6
Lincoln Rodrigues de Faria	2ª Turma		1	1
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	2ª Seção		2	2
	3ª Turma		8	28
Manoel José Ferreira Nunes	1ª Turma			12
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma	2	61	46
Marcus Augusto de Sousa	3ª Seção	1		
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		34	16

Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	8	478	363
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção		1	
	6ª Turma		67	39
Mônica Jaqueline Sifuentes Pacheco	2ª Turma		1	1
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma		80	128
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma		31	5
Osmane Antonio dos Santos	8ª Turma		26	22
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma		69	145
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma		49	36
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção		7	8
	4ª Turma		44	36
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção	3	16	5
	3ª Turma	4	37	51
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção			6
	1ª Turma	15	95	235
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		74	35

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Assusete Magalhães	7ª Turma	1		
Jirair Aram Meguerian	2ª Turma		1	1
Tourinho Neto	1ª Seção		1	
	2ª Turma			4
Maria do Carmo Cardoso	6ª Turma			1
Neuza Maria Alves 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.
- 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.