

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Outubro 2007

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Diretora

Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária

Emérita Regina Cossão Oliveira

Fábia Cristina de Barros

Martha Hormann

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Entrevista

Martha Hormann

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

Editoração Eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Daniela Pereira Barbosa – estagiária

Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Edleusa Santos da Trindade Züst

Maria Benáurea Santos

Confecção de fotolitos

Technoarte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Setor de Autarquia Sul, quadra 4, bloco N – Edifício Funasa, 9º andar
70070-040 – Brasília/DF
Telefones: (61) 3221-6693 e 3221-6675 – Fax: (61) 3323-2874
E-mail: cojud-revista@trf1.gov.br

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

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

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

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

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Plenário

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Corte Especial

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

2ª Seção

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

3ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

4ª Seção

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

1ª Turma

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

2ª Turma

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

3ª Turma

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

4ª Turma

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

5ª Turma

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

6ª Turma

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

7ª Turma

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

8ª Turma

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

Conselho de Administração

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

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José 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

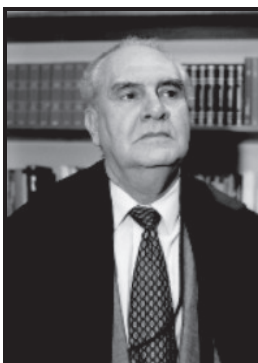
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMF

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor
Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Vice-Diretor

Seccionais

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



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



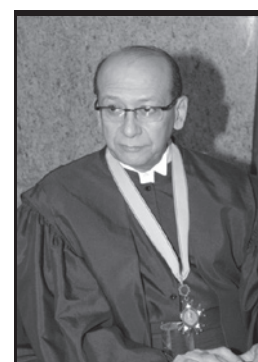
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



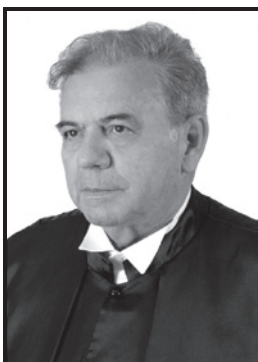
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



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



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



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
a partir de agosto/2007

Editorial, 15

Juramento, 17

Em Foco, 19

Nas asas da música

Francisco de Assis Betti

Atualidades: ponto de vista, 23

Licitações e contratos — inovações decorrentes do PAC

Lucas Furtado

Gastando o Latim, 27

***Habeas Verbum*: Língua do Direito, 29**

Dicas de Redação

Dad Squarisi

Variedades, 31

Homenagem ao Desembargador Federal Plauto Afonso da Silva Ribeiro

João Batista Gomes Moreira

Artigos Doutrinários

Poder Judiciário e meio ambiente: um balanço, 35

João Batista Gomes Moreira

Legitimação constitucional, 43

Carla Dumont Oliveira de Carvalho

O direito fundamental do feto anencefálico (uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54), 59

Luís Carlos Martins Alves Jr.

A sucessão tributária do art. 133 do Código Tributário Nacional não abrange cessão temporária de direito de uso de marca — inteligência do referido dispositivo. Parecer, 81

Ives Gandra da Silva Martins

O salário mínimo profissional, as empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional e a hermenêutica, 90

Daniel Ivo Odon

Arguição de Inconstitucionalidade, 97

Constitucional. Tributário. Taxa de fiscalização ambiental. Fato gerador estranho aos ditames do art. 145, II, da Constituição Federal. Lei 9.960/2000, art. 8º. Inconstitucionalidade reconhecida.

Incidente de Inconstitucionalidade, 103

Reestruturação de carreiras no âmbito da Administração Pública Federal. Gratificação de desempenho de atividade jurídica não estendida aos servidores aposentados em razão da Medida Provisória 2.048-26/2000, reeditada na Medida Provisória 2.229-43/2001. Tratamento não isonômico entre ativos e inativos. Inconstitucionalidade. Violação ao art. 40, § 8º, da CF/1988.

Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian

Incidente de Inconstitucionalidade na C.E. 2001.34.00.019830-3/DF

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Concurso público. Dupla listagem de resultados: Pontuação de todos os candidatos e pontuação separada dos candidatos portadores de deficiência. Candidato deficiente. Desistência temporária da nomeação. Reposicionamento no final da lista geral dos aprovados. Ilegalidade, 109

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

Mandado de Segurança 2006.01.00.020998-8/MG

1ª Seção – Ação rescisória. Servidor público. Reajuste de vencimentos (28,86%). Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Extensão aos servidores públicos federais civis. Possibilidade. Súmula Administrativa 3 da AGU. CPC, art. 475, I. Medida Provisória 2.180-35/2001. Art. 12. Arguição de prescrição rejeitada. Remessa oficial. Cabimento, 115

Rel.: Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Ação Rescisória 2005.01.00.004975-3/RO

2ª Seção – Ação civil pública. Perdimento de valores recebidos ilicitamente. Regime CLT. Prescrição. Art. 23, II, da Lei de Improbidade Administrativa. Inaplicabilidade. Falta de lei específica regulando o prazo prescricional para a pena de demissão. Incidência do prazo de cinco anos da lei vigente à época dos fatos (Lei Bilac Pinto). Prescrição consumada, 125

Rel.: Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado)

Ação Rescisória 2006.01.00.015390-3/DF

3ª Seção – Justiça gratuita. Requisitos não cumpridos. Extinção sem julgamento do mérito. Indeferimento da petição inicial. Autorização pelo art. 490 do CPC, 135

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Agravo Regimental na Ação Rescisória 2006.01.00.042931-6/BA

4ª Seção – Processual Civil. Acórdão (majoritário e em apelação) que, todavia, apenas manteve a sentença. Ausente a “inversão de resultado” (redação atual do art. 530 do CPC). Embargos infringentes de que não se conhece, 139

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

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2000.38.00.025484-7/MG

1ª Turma – Averbação de tempo de serviço urbano. Estudante e dona-de-casa. Segurado facultativo. Contribuições. Leis: 7.004/1982 e 8.213/1991. Decretos: 357/1991, 611/1992, 2.172/1997 e 3.048/1999. Impossibilidade, 141

Rel.: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Apelação Cível 1999.34.00.031805-9/DF

2ª Turma – Apelação. Decisão monocrática. Negativa de seguimento. Art. 557 do Código de Processo Civil. Reajuste de 28,86%. Transação. Ausência de participação do advogado. Honorários advocatícios. Agravo regimental. Interposição abusiva e infundada. Ofensa aos princípios da lealdade processual e da celeridade. Litigância de má-fé, 145

Rel.: Des. Federal Neuza Alves

Agravo Regimental na Apelação Cível 2003.34.00.001259-0/DF

3ª Turma – Tráfico internacional de seres humanos. Exploração sexual de mulheres. Art. 231 do Código Penal. Consentimento da vítima. Insuficiência de prova da autoria, 149

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Apelação Criminal 2000.35.00.007596-0/GO

4ª Turma – Tráfico internacional de heroína. Art. 12 c/c art. 18, I, todos da Lei. Nova Lei de Tóxico. Lei 11.343/2006, art. 40, I. Aplicação da lei penal no tempo. Aplicação da lei penal mais benéfica. *Lex mitior*. Atendimento do art. 2º, parágrafo único, do CP c/c o art. 5º, IX, da CF, 163

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz

Apelação Criminal 2006.42.00.001500-3/RR

5ª Turma – Registro de medicamento similar. Pretensa suspensão por ausência de testes de biodisponibilidade e bioequivalência. Exigências não previstas na Lei 6.360/1976 e na resolução vigente à época da concessão do registro, 179

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus

Agravo de Instrumento 2007.01.00.004325-6/DF

6ª Turma – SFH. Lei 10.150/2000. Quitação do saldo devedor. FCVS. Ilegitimidade passiva da União Federal. Terceiro adquirente. Duplicidade de financiamentos, 190

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Apelação Cível 2006.33.00.005888-4/BA

7ª Turma – Refis. Exclusão por falta de desistência formal de impugnação administrativa já julgada sem recurso do contribuinte, que incluiu o débito na declaração de adesão ao programa. Ilegalidade da exclusão, 197

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Apelação em Mandado de Segurança 2005.34.00.002192-1/DF

8ª Turma – Contribuição social incidente sobre pensões e proventos de servidor público inativo. Extinção do processo. Superveniente perda do objeto. Julgamento do mérito. Art. 515, § 3º, do CPC. Legitimidade passiva *ad causam*. EC 20/1998, isenção. Inconstitucionalidade, 201

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação em Mandado de Segurança 2000.01.00.054110-1/MG

Decisões Monocráticas

Suspensão de segurança. Funcionamento de aeródromo. Riscos à segurança de voo. Mitigação por medidas administrativas. Acesso ao Município, 207

Des. Federal Assusete Magalhães

SS 2007.01.00.037150-2/AM

Suspensão de segurança. Retenção de valores do Fundo de Participação dos Estados – FPE. Lesão à ordem, à segurança e à economia públicas, 211

Des. Federal Assusete Magalhães

SS 2007.01.00.039403-7/MG

Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade passiva de espólio de sócio. Atos de gerência. Art. 135, III, do CTN, 214

Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
Ag 2007.01.00.028916-0/DF

Agravo de instrumento. Ilegitimidade ativa da impetrante. Matéria não ventilada no mandado de segurança. Questão de ordem pública. Efeito translativo. Extinção do processo sem julgamento do mérito, 216

Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Ag 2007.01.00.029756-8/DF

Contrato de concessão de transmissão de energia elétrica. Revisão tarifária periódica. Lei 9.427/1996, 219

Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Ag 2007.01.00.033923-6/DF

PIS. Base de cálculo. Receita bruta da pessoa jurídica. Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, 226

Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Ag 2007.01.00.034053-9/MG

Telefonia móvel. Aquisição acionária. Processo administrativo de anuência prévia. Princípio da publicidade (arts. 5º, XXXIII, e 37 da CF), 228

Des. Federal João Batista Moreira
Ag 2007.01.00.034070-3/DF

Ministério Público Federal. Atividade de polícia administrativa. Competência do Poder Executivo, 230

Des. Federal João Batista Moreira
Ag 2007.01.00.034766-5/PA

Honorários advocatícios. Verba de natureza alimentar. Exclusão do parcelamento do art. 78 do ADCT, 233

Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Ag 2007.01.00.036028-0/DF

Suspensão da exigibilidade de crédito tributário. PIS. Recusa à homologação de compensação. Inocorrência de prescrição, 236

Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Ag 2007.01.00.036308-0/BA

Pedido de Parcelamento Especial – Paes. Débitos relativos à CPMF. Multa moratória. Atraso provocado pelo contribuinte, 238

Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Ag 2007.01.00.039224-2/MG

JEFs em Revista

Atualização de quintos. Abstração de parcela da remuneração. Lei 9.494/1997. Concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Possibilidade de correção de quintos com base no cargo em comissão, função de confiança ou gratificada exercida por maior tempo, no período de 365 dias, 241

Rel.: Juiz Federal Elcio Arruda
Processo: 2007.41.00.902320-8/RO

Pensão. Rateio. Concubina e companheira (união estável). Separação judicial mas não de fato. Reconhecimento de união estável ulterior, por sentença transitada em julgada. Percepção de pensão integral. União estável concomitante não configurada entre o falecido e a recorrida, suposta companheira. Distingção

entre união estável e concubinato. Inadmissibilidade jurídica de mais de um casamento e de mais de uma união estável. Rateio de pensão entre mulher (casada ou sob união estável) e concubina: impossibilidade, 243

Rel.: Juiz Federal Élcio Arruda

Processo: 2007.41.00.700157-0/RO

Ação proposta contra a União. Admissibilidade de a parte renunciar ao foro federal de seu domicílio e eleger aquele onde “houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”. Dicção da Carta Política, art. 109, § 2º. Competência do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Rondônia, foro onde a parte travara relação estatutária com o Tribunal Regional do Trabalho (14ª Região). Irrelevância de residir em Curitiba/PR. Compatibilização da Lei 10.259/2001, art. 3º, § 3º, ao cânone constitucional, 247

Rel.: Juiz Federal Élcio Arruda

Processo: 2006.41.00.900027-2/RO

Pensão por morte. Termo inicial. Óbito do segurado. Irrelevância da data da postulação administrativa. Menor. Não escoamento de prescrição, 249

Rel.: Juiz Federal Élcio Arruda

Processo: 2006.41.00.700265-3/RO

Breviário, 251

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

Taxa de fiscalização ambiental. Fato gerador estranho aos ditames do art. 145, III, da CF. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000.

Habeas corpus. Crimes dos arts. 289, § 1º, e 297 c/c 304 e 69 do CP. Réu condenado a cumprir pena em regime semi-aberto. Cumprimento da pena em regime fechado. Constrangimento ilegal configurado.

Habeas corpus. Trancamento de inquérito policial. Infrações aos arts. 1º, VI, da Lei 9.613/1998 e 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

SFH. Capitalização de juros.

Shopping center. Funcionamento em feriados.

Agravo de instrumento. Liminar em mandado de segurança. Madeira retirada do porto, desacompanhada de documentação legal, e levada para lugar seguro, em face de perigo iminente. Ilegitimidade da apreensão. Ausência de auto de infração.

Liquidação extrajudicial. Estacionamento pago com habitualidade pelo empregador. Salário *in natura*. Possibilidade. Contribuição.

Execução fiscal. Decretação de ofício de prescrição intercorrente. Irrelevância da falta de intimação pessoal da Fazenda Nacional. Inconstitucionalidade do art. 46 da Lei 8.212/1991.

Entidade beneficente. Art. 195, § 7º, da CF. Imunidade. Necessidade de lei complementar. Aplicabilidade dos arts. 9º e 14 do CTN. Inexigibilidade de certificado de entidade de fins filantrópicos. Necessidade de comprovação dos requisitos legais.

Concurso público. Taxa de inscrição. Isenção restrita a doadores de sangue. Ausência de razoabilidade. Art. 37, I, da CF.

Restituição de coisa apreendida. Interesse ao processo. Art. 118 do CPP. Quantia em dinheiro. Liberação da quantia obtida licitamente. Crime de lavagem de dinheiro. Art. 4º, § 2º, da Lei 9.613/1998.

Habeas corpus. Admissibilidade para o exame de tese estritamente jurídica. Paciente que não parou em barreira policial semi-ostensiva. Não caracterização dos crimes de resistência e desobediência.

Estatística, 255

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 265

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 267

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região homenageou, no início de outubro, seu ex-presidente, o Desembargador Federal aposentado Plauto Afonso da Silva Ribeiro.

Justa homenagem! Digna do homenageado! Compatível com a respeitabilidade do Tribunal!

As qualidades que habilitaram Plauto Ribeiro a recebê-la foram bem destacadas no emocionado discurso do Desembargador Federal João Batista Moreira, transcrito no tópico “Variedades” desta edição.

A respeitabilidade do Tribunal também se distinguiu ao prestá-la, evidenciando o seu zelo, quando enaltece a memória dos bons magistrados que protagonizaram sua história, de buscar a inspiração necessária para os que a prosseguem.

Parabéns a Plauto Afonso Ribeiro! Parabéns ao TRF 1ª Região!

Des. Federal Hilton Queiroz
Diretor da Revista

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

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

Nas asas da música

Francisco de Assis Betti*

Por Martha Hormann



Revista: O senhor poderia contar um pouco de como se tornou magistrado?

Francisco de Assis Betti: Sou caçula de uma família de dez filhos, uma família antiga. Fiz o curso de Direito na Universidade Federal, fui contador durante quinze anos. Advoguei em Belo Horizonte e resolvi fazer um concurso para Procurador da República, no qual passei. Logo em seguida, fiz um concurso para Juiz Federal, no qual também obtive aprovação. Mas não tomei posse logo de início.

Fiquei quatro anos postergando o ingresso na Magistratura, porque eu era Procurador da República, tinha família radicada em Belo Horizonte, uma casa nova e advogava. Mas a vocação falou mais forte e fui para Petrolina, onde fui o primeiro titular na única vara da cidade. Depois, fui transferido para Juiz de Fora, e os Tribunais Regionais Federais foram criados. Trabalhei cinco anos e meio em Juiz de Fora e fui transferido para uma vara criminal de Belo Horizonte, a 9ª Vara. Por quatorze anos fui Juiz na 9ª Vara Federal e vim para o Tribunal por antiguidade.

* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

Natural de Belo Horizonte, o Desembargador Federal Francisco de Assis Betti tem formação técnica em Contabilidade, é Bacharel em Direito, especialista em Direito Penal, e doutor em Ciências Penais. Mais novo integrante do TRF 1ª Região, tendo tomado posse em 17/09/2007, foi promovido por antiguidade e afirma estar “muito satisfeito aqui no Tribunal”. Este mês, recebeu a Revista em seu gabinete, onde falou de como se tornou magistrado, de seu interesse pela Área Penal e pelo combate ao crime contra o sistema financeiro e, finalmente, de seu grande amor pela música, que em suas palavras, significa nada menos que a própria vida.

Revista: O que despertou o seu interesse maior pela área penal?

Francisco de Assis Betti: Sempre tive atração pelo Direito Penal. Fui *clínico-geral* em Petrolina e em Juiz de Fora, mas julgava penal também. Quando ingressei numa vara exclusivamente criminal, procurei me especializar, fiz um curso de pós-graduação na UnB, fiz doutorado em Direito Penal na Universidade Federal de Minas Gerais, e quanto mais estudava, mais queria estudar. A princípio, eu não queria sair da vara penal. Formei uma equipe estável que trabalhou comigo durante muito tempo. Alguns por dez, doze anos. Isso facilitava muito o trabalho. Havia muita boa organização, o diretor de secretaria era muito diligente. Os funcionários eram de ótimo nível.

Revista: Como está, hoje, no Brasil, o combate ao crime contra o Sistema Financeiro? Há órgãos especializados? Como é feito esse combate?

Francisco de Assis Betti: Há a Lei 7.492/1976, que se refere aos crimes do colarinho branco. Essa lei foi editada para punir dirigentes de instituições financeiras que praticavam crime dentro das instituições financeiras dirigidas por eles.

E em 1986, foi editada a Lei 9.613, que combate o crime de lavagem de dinheiro. Ela veio complementar a Lei 7.492/1976. Com isso, o Sistema Financeiro passou a ser controlado por um órgão, no Brasil, chamado Coaf, que é integrante do Ministério da Fazenda e que faz pesquisas junto aos bancos, tendo os bancos como seus agentes para o controle da movimentação financeira no país e no exterior. E o Coaf é o modelo de um órgão internacional: o Gafi – Grupo de Ação Financeira, que é especializado no estudo da lavagem de dinheiro, principalmente com relação ao tráfico de drogas e agora com relação ao financiamento do terrorismo. Em matéria de legislação financeira, estamos bem avançados. E há ainda a Polícia Federal, que deixou de ser uma polícia apenas de perseguição de criminoso para tornar-se mais especializada. Há agentes e delegados da Polícia Federal especializados no combate ao crime contra o Sistema Financeiro e com conhecimento sobre a legislação que rege esses crimes.

Revista: Quais são as maiores dificuldades enfrentadas pelo Poder Público nesse combate?

Francisco de Assis Betti: O Gafi dispõe de quarenta recomendações para o mundo inteiro, mais oito recomendações específicas para o combate ao financiamento do terrorismo que, desde o atentado às Torres Gêmeas, passou a ser prioridade. E uma das formas mais contundentes de se combater o crime é confiscar o dinheiro do criminoso. Todo dinheiro passa necessariamente pelos bancos, pelos cassinos, pelos bingos — não quero dizer que essa atividade em si tenha alguma legalidade ou ilegalidade — mas pode-se criar uma arrecadação fantasiosa, fantástica. O bingo pode ter uma arrecadação muito grande quando há necessidade de se lavar algum tipo de dinheiro. A atividade rural também é uma forma de lavagem de dinheiro. Pode-se vender café e comprar sem nota, havendo, portanto, uma receita fantástica. Quando se quer forjar um prejuízo, compra-se com a nota e não se vende o café, por exemplo, e o café fica estocado ou é vendido sem nota. Assim, não aparece a arrecadação. Pode-se alegar que o café estragou, que a safra não foi boa, que não se obteve a colheita pretendida, que houve praga nos cafezais, então, há sempre uma forma de se conseguir lavar dinheiro.

Revista: O senhor é autor de um livro a respeito dos crimes contra o Sistema Financeiro e atuava numa vara penal na Primeira Instância, como está sendo a experi-

ência no TRF de tratar predominantemente de matéria previdenciária?

Francisco de Assis Betti: Meu livro já está indo para a segunda edição em janeiro. Trata-se de uma edição revista, ampliada e atualizada, na qual, inclusive, abordo essa questão do financiamento de terrorismo. Trata-se de acontecimento mais recente, quando houve o atentado de 11 de setembro, e muita coisa mudou no Sistema Financeiro.

Quanto ao fato de julgar matéria previdenciária, fui *clínico-geral*, como já disse, e já julguei-a em Juiz de Fora exaustivamente. Trata-se apenas de se adaptar e de se reciclar. O Direito exige que estudemos e que nos atualizemos constantemente. O Direito Penal também exige isso. Há sempre leis novas, há leis que são revogadas, há uma série de novidades que obrigam o juiz a se atualizar. Não estou tendo dificuldade em julgar essas questões previdenciárias, porque temos uma formação jurídica que nos ensina a ter flexibilidade jurídica para atuar em qualquer área.

Revista: O senhor toca piano e flauta?

Francisco de Assis Betti: Sou um aprendiz de pianista. Tenho duas professoras de piano. Uma muito exigente e outra que me deixa mais solto, porque não tenho o compromisso de levar o ‘para casa’ para ela. Todas as duas são ótimas. Tenho também um professor de flauta, porque a flauta, eu a toco de ouvido. Sou filho de músico. Meu pai era músico instrumentista. Um irmão era baterista e outro tocava de ouvido uma flautinha de lata, comprada em mercado. Tenho essa intuição para a música, mas quis aprender com partitura, conhecer a música, como ela está escrita e, depois de aprender dessa forma, modificá-la, fazer as minhas apresentações, de uma maneira mais solta. É por isso que conservo as duas professoras. Uma me obriga a ficar na partitura e a outra me solta e me ensina coisas novas que prescindem de partitura. São duas metodologias diferentes, mas com ótimos resultados. Vou aprender.

Revista: O senhor tem uma filha cantora, que cantou o Hino Nacional na cerimônia de sua posse aqui no Tribunal. A música é um dom de família?

Francisco de Assis Betti: A minha filha é sensacional, ela tem o dom desde menina, conhece as músicas, aprende com muita facilidade e tem uma voz lindíssima. Ela cuida da voz, faz aquecimento, colocação, antes e depois de começar a cantar. Ela tem disciplina. Ape-

sar de ter se formado em jornalismo, quer seguir a carreira de cantora. Ela consegue ter domínio de público e dos músicos também. Com os músicos, ela tem uma linguagem muito forte. Fico emocionado quando vejo a minha filha cantar.

Revista: Qual é o papel da música na sua vida? Funciona como uma válvula de escape para as tensões do dia-a-dia?

Francisco de Assis Betti: Meu pai era pedreiro. Uma pessoa muito simples. Um indivíduo trabalhador, rude, mas de uma alma de sensibilidade incrível. Ele era músico de banda de música. Tinha uma turma que fazia seresta. Acordava-nos de madrugada com música, fazendo serenata, a música pela música. Ele tocava clarineta. Meu pai dizia que a música nos leva aonde quisermos ir, ou seja, ela nos dá asas. E, na realidade, a música tem as colcheias, as semicolcheias, fusa, semifusas, são asas que as notas têm e que nos levam a alturas incríveis. Eu gostava de ouvir as histórias do meu pai sobre música. Acompanhava o que ele fazia e o admirava muito.

Revista: O que a música representa para o senhor?

Francisco de Assis Betti: A música é vida, liberdade, paz. É um veículo de descontração. Apesar de eu não ser um bom pianista, pois não tenho uma coordenação boa com a mão direita e a esquerda, no instante em que estou tentando fazer a leitura da partitura, passando da leitura ao instrumento, esqueço-me de qualquer coisa. Fico concentrado exatamente naquilo. Tenho paz. Aquele momento é mágico, pois me deixa livre e me livra de tudo que é de mau neste mundo.

Licitações e contratos – inovações decorrentes do PAC

Lucas Furtado*

Por Martha Hormann



Revista: Uma das ações do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), originário do Poder Executivo inclui alterações na lei de licitação e contratos. Em linhas gerais, que direção seguem essas mudanças e qual o objetivo final?

Lucas Furtado: O objetivo final é tornar um processo mais rápido e diminuir a quantidade de incidentes ao longo do processo de licitação. Hoje, para as grandes obras, que é o caso do PAC, é o objetivo do PAC, realizar licitações envolvendo contratos, a modalidade que tem que ser observada é a concorrência. Abrir uma concorrência e conseguir encerrar esse procedimento licitatório em menos de seis meses é quase um milagre, por conta da quantidade de incidentes: possibilidade de recursos com efeito suspensivo, mandados de segurança... Há um excesso de informações ao longo do processo que dificulta o seu encerramento, ou seja, tenho um processo longo, e um processo com excesso de decisões discricionárias dos membros da comissão não apenas é fonte ou causa de lentidão do poder, da administração pública, como fonte também de corrupção. O objetivo desse projeto de lei que está em discussão no Congresso Nacional é, em primeiro lugar, ampliar a utilização do pregão, que tem se mostrado um instrumento muito útil para reduzir tempo e reduzir custos para a administração pública

As modificações recentemente propostas na Lei 8.666/93 para adequar as licitações e contratações governamentais às novas tecnologias da informação são o tema da entrevista deste número da Revista.

Para falar do assunto, o Dr. Lucas Furtado, Procurador da República junto ao TCU, e professor de Direito Administrativo na Universidade de Brasília recebeu, em seu gabinete, a equipe da Revista, e esclareceu pontos referentes a aspectos do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, inclusive o pregão eletrônico, a mais expressiva das inovações.

– em média, os dados do Ministério do Planejamento indicam que se consegue contratar por pregão 25% mais barato do que se contrata com concorrência –, redução de tempo – enquanto uma concorrência leva, seis, nove meses, para se encerrar, em um pregão se tem condições de em duas semanas saber quem é a empresa vencedora –, ou seja, redução de preço, prazo, redução de discricionariedade dos gestores públicos, o que diminui a possibilidade de corrupção e fraude. O pregão amplia muito a competição, principalmente o pregão eletrônico, porque dificulta muito a realização de conluio por parte dos inscritos.

Revista: E o uso de vídeo oficial na internet com certificado digital e valorização dos meios de comprovação da autoria e integridade de documentos é algo simples de ser implantado ou é barrado por questões sociais e culturais?

Lucas Furtado: A burocracia se desenvolveu não apenas no Brasil em torno do papel. O administrador gosta de papel. A nossa tradição gira em torno de quanto mais papel, melhor. Muitas vezes, o resultado desse excesso de papel, além do desmatamento, é termos processos muito lentos. Uma das idéias do projeto de lei é ter uma licitação toda ela em meio digital. O projeto fala que, inclusive, para fins de controle dos órgãos de fiscalização, o mecanismo adequado é a internet, é o acesso à internet, o que dá mais transparência, dá maior visibilidade, dá maior celeridade, diminui a possibilidade de fraude nas licitações. Acredito que esse seja um primeiro passo numa tendência que deve se

* Procurador da República junto ao TCU, Professor de Direito na UnB e autor do livro “Licitações e Contratos Administrativos”.

vulgarizar e se universalizar. Se hoje não existe licitação digital – até existe o pregão eletrônico, mas a administração pública é obrigada a constituir autos em que os papéis, os documentos resultantes desse pregão eletrônico, vão sendo juntados. A idéia do projeto é ter uma licitação ou autos totalmente digitalizados. É um avanço muito grande. Precisamos, sim, ter mecanismos de confiança que nos permitam confiar no sistema de informática dos órgãos públicos porque é a tendência. Maior agilidade e maior transparência são os resultados de se trabalhar com a internet, com esses recursos de tecnologia da informação.

Revista: Como funciona o pregão eletrônico?

Lucas Furtado: Em vez de os licitantes terem que comparecer a determinado local físico e apresentarem suas propostas por escrito ou por meio de lances verbais, eles ficam nas suas próprias empresas e, após terem sido previamente cadastrados por meio do sistema de chave eletrônicas, em que se identifica o autor da proposta como sendo de determinada empresa, os licitantes e os interessados da própria empresa acompanham os lances encaminhados pelos demais concorrentes e podem reduzir os preços. Uma das vantagens do pregão eletrônico é a redução de custos: o empresário não precisa se deslocar, não precisa mandar um representante, não precisa estar presente em determinado local para poder disputar aquela licitação, mas a grande vantagem do pregão eletrônico é diminuir a possibilidade de conluio; abre-se uma situação aqui em Brasília e, como os licitantes de Brasília não sabem quais outros competidores vão disputar o mercado, abre-se a possibilidade de um licitante de Porto Alegre, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife apresentar propostas. Um dos maiores males da licitação no Brasil é a quantidade de cartel. Raro o segmento de mercado de compras governamentais que não é cartelizado. Por meio dessas licitações eletrônicas, por meio da ampliação dos mecanismos de tecnologia da informação, é possível ver uma possibilidade de furar esse bloqueio que os cartéis representam para a administração pública. Então, amplia-se essa competitividade e gera um aviso, a necessidade de alerta, porque amplia-se muita a competitividade, e o resultado, muitas vezes, é o licitante mergulhar no preço. É necessário que a administração pública saiba que a ampliação desses mecanismos de licitação eletrônica vai forçar uma redução de preços e a administração vai ter que cuidar da qualidade do que é prestado, do serviço, da obra, do bem eventualmente

contratado por meio de uma licitação eletrônica, porque, se se força, de um lado, a redução de preço e se não se cuidar da parte da qualidade do serviço, se não houver, dentro da administração, estrutura de pessoal qualificado para exigir do contratado que ele preste um serviço adequado, que ele execute a obra, que ele forneça o bem nos termos do contrato, nos termos da proposta, o resultado pode ser bom em termos de preço, mas ruim em termos de qualidade do que a administração pública obtenha, ou seja, tem que cuidar, sim, para forçar competição, obter redução de preço, mas que isso não comprometa a qualidade do que a administração contrata.

Revista: Que outras inovações estão surgindo na área de licitação e contratos?

Lucas Furtado: A maior é o pregão, e a grande discussão é a utilização do pregão para obras do serviço de engenharia. As grandes empresas do setor de engenharia não querem sequer cogitar de falar em pregão, não querem sequer cogitar de inversão de fases. Quer dizer, o padrão é o da concorrência, modalidade indicada para essas grandes obras, em que a administração precisa, primeiro, habilitar todos os licitantes. Então, perde-se muito tempo verificando se vinte ou se trinta empresas têm condições de atender às exigências de qualificação técnica, de qualificação econômico-financeira, para somente, numa etapa seguinte, verificar qual dessas empresas apresenta a melhor proposta. Perde-se muito tempo nessa fase. Uma das idéias do projeto de lei é a inversão de fase, ou seja, primeiro define quem tem a melhor proposta e, em segundo lugar, verifica se essa empresa, somente ela, atende às exigências. Para que verificar se todas as empresas têm qualificação se a administração pretende contratar uma só? As empresas entendem que isso também poderia, de algum modo, comprometer a qualidade do que se contrata por meio da qualificação de empresas sem capacidade técnica. Parece-me absolutamente irrelevante esse argumento no sentido de que as exigências do edital serão as mesmas. O objetivo é somente reduzir tempo e diminuir a possibilidade de conluio. Acho que o que mais preocupa essas empresas que se apresentam de forma tão rigorosamente ou tão fortemente contra a ampliação do pregão ou contra a utilização de mecanismos do pregão para a concorrência é a diminuição ou a redução da possibilidade de conluio dessas empresas. Isso apavora essas empresas, porque sabemos que, praticamente, todas as grandes obras no Brasil são

decorrentes de acerto entre as grandes empresas que dividem mercado.

Revista: A utilização de parceria público-privada, em alguns contratos, seria uma exceção aos princípios das licitações?

Lucas Furtado: Não. A rigor, PPP tem que ser licitada, nos termos da lei da parceria público-privada, por meio de concorrência. Curiosamente, a própria lei de PPP permite a apresentação de lances e permite a inversão de fases, ou seja, para grandes empreendimentos do porte de um contrato que vai vigorar, segundo a lei, por pelo menos cinco anos, contratos de valores, segundo a lei, nunca inferiores a vinte milhões de reais. Quer dizer que para grandes empreendimentos, a lei de PPP já contempla esses aspectos, esses mecanismos, porque sabe que o objetivo deles é dar celeridade ao processo, reduzir conluio e reduzir preços. Então, PPP é licitada obrigatoriamente. A legislação de PPP caminhou numa linha muito correta, muito adequada. E, agora, o que se vê nessa proposta que tramita do Congresso Nacional é a reação das empresas, principalmente as empresas de construção civil, de construção pesada, que não querem ver ampliados esses mecanismos.

• *Ad unum*

Até o último, sem excetuar nenhum.

• *Aequam memento rebus in arduis / servare mentem*

Lembrete-te de conservar o ânimo tranquilo nas situações difíceis. Frase de Horácio (*Odes*, Livro II, 3, 1-2).

• *Aequo animo*

Com ânimo igual; com equanimidade; com constância.

• *Age quod agis*

Faze o que fazes, isto é, aplica-te completamente ao que estás fazendo. Provérbio.

Seu lema (o dos revisores) deverá ser *Age quod agis*, isto é, faze o que estás fazendo no momento, não te distraias em outra coisa; aplica toda a tua atenção, porque ao mais ligeiro descuido lá se escapa um erro, às vezes grave e sem remédio. (Eduardo Frieiro, *Os livros nossos amigos*, cap. XXVII.)

• *Albo notanda lapillo*

(Dia) que deve ser marcado com uma pedrinha branca, isto é, dia feliz. Cf. *Nigro notanda lapillo*.

Se sua saúde o permite — disse o provençal ao grande poeta — requeiro a honra de o receber em minha casa hoje à noite, e será um dia para assinalar, como dizem os antigos, *albo notanda lapillo*. (Balzac, *Modesta Mignon*, XLV.)

• *Alis volat propriis*

Voa com as própria asas. Divisa do Estado de Oregon (EUA).

• *Amantes amentes*

Os amantes (são) dementes. (Terêncio, *A Moça de Andros*, Ato I, 3, 13).

• *Amici fures temporum*

Os amigos são ladrões do tempo, isto é, Os amigos roubam o tempo da gente (Francis Bacon, *Sobre o Processo da Cultura*, II, 23, 218).

• *Amici vitia si feras, facis tua*

Se toleras os defeitos do teu amigo, torná-los-ás teus. Dito atribuído a Publílio Siro.

• *Amicum proba, probatum ama*

Prova o amigo, e (depois de) provado, ama-(o). Provérbio.

• *Amicus certus in re incerta cernitur*

O amigo certo se reconhece numa situação incerta. Frase de Ênio, citada por Cícero (*Da Amizade*, XVII, 64).

• *Amicus Plato, (sed) magis amica veritas*

Platão é amigo, mas ainda mais amiga é a verdade. Tradução latina de uma frase de Aristóteles, que, embora continuasse amigo de seu mestre Platão, não se pejava em discordar dos seus ensinamentos quando os achava errados.

Pelo visto, Herndon estava mesmo maduro para converter-se em biógrafo de Lincoln. Mas... o que não teria de sofrer esse amigo de Lincoln, que era antes de tudo um amigo da verdade *Amicus Plato, sed magis amica veritas!* (Vianna Moog, *Em busca de Lincoln*, X.)

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

Dicas de Redação*

Dad Squarisi**

“O Estilo pode ser muito claro e muito alto. Tão claro que o entendam os que não sabem. E tão alto que tenham muito que entender os que sabem.”

Padre Antônio Vieira

Você quer brilhar no vestibular? Vai disputar uma vaga em concurso pra lá de concorrido? Sonha sentar-se na cadeira do chefe? Acredite. A redação faz a diferença. Um texto elegante, capaz de veicular com clareza e simplicidade a mensagem que a gente quer transmitir, não é dom divino. É técnica. Trata-se de conquista pessoal, exercício diário de desapego e humildade. Ao escrever, lembre-se das dicas do estilo eficiente.

Uma

Seja natural: fique à vontade. Imagine que o leitor esteja à sua frente. Converse com ele. Não fale difícil. Espaceje suas frases com pausas. Confira ao texto um toque humano. Você está escrevendo para as pessoas.

Duas

Vá direto ao assunto: não enrole. Comece pelo mais importante. E comece bem, com uma frase atraente, que lhe desperte o interesse e o estimule a prosseguir a leitura. No final, dê-lhe o prêmio — um fecho de ouro, como inesquecível sobremesa a coroar um lauto almoço.

Três

Use frases curtas: a pessoa só consegue dominar determinado número de palavras antes que os olhos peçam uma pausa. A frase muito longa dá trabalho, confunde. Por isso, use sentenças de, no máximo, uma linha e meia. Lembre-se: uma frase longa nada mais é do que duas curtas.

Quatro

Prefira palavras breves e simples: vocábulos longos e pomposos funcionam como cortina de fumaça entre você e o leitor. Seja simples. Entre duas palavras, prefira a mais curta. Entre duas curtas, a mais simples. Em vez de falecer, escreva morrer; em lugar de somente, só; de matrimônio, casamento; de fêretro, caixão; de morosidade, lentidão.

Cinco

Ponha as sentenças na forma positiva: diga o que é, não o que não é. Quer exemplos? Não ser honesto é ser

desonesto; não lembrar é esquecer; não dar atenção é ignorar; não comparecer é faltar; não pagar em dia atrasar o pagamento.

Seis

Opte pela voz ativa: ela é mais direta, vigorosa e concisa que a passiva (a passiva, como o nome diz, parece sem força, desmaiada). Prefira um raio provocou o blecaute a o blecaute foi provocado por um raio.

Sete

Abuse de substantivos e verbos: escreva com a convicção de que no idioma só existem essas duas classes de palavras. As demais — sobretudo adjetivos e advérbios — devem ser usadas com a soviniça do Tio Patinhas. Na dúvida, deixe-os pra lá: (Normalmente) ao redigir textos (informativos), use substantivos (fortes) e verbos (expressivos).

Oito

Seja conciso: não diga nem mais nem menos do que você precisa dizer. Cultivar a economia verbal sem prejuízo da completa e eficaz expressão do pensamento tem dupla vantagem. Uma: respeita a paciência do leitor. A outra: poupa tempo e espaço.

Nove

Dê clareza às citações: dificultar a compreensão do texto é pôr uma pedra no caminho do leitor. Pra quê? Facilite-lhe a vida. Nas declarações longas, não o deixe ansioso. Identifique o autor imediatamente — antes da citação ou depois da primeira frase. Veullot ensina: “É preciso escrever com a convicção de que só há duas palavras no idioma — o substantivo e o verbo.

* Texto publicado no Caderno C, Dicas de Português, do jornal *Correio Braziliense* de 21/10/2007.

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

Ponhamo-nos em guarda contra as outras palavras”. Ou: “É preciso escrever com a convicção de que só existem duas palavras no idioma: o substantivo e o verbo”, ensina Veuillot. “Ponhamo-nos em guarda contra as outras palavras.”

Dez

Escolha termos específicos: há palavras mais precisas do que outras. Gato siamês é mais singular do que

simplesmente gato; homem, mais do que animal; laranjeira, mais do que árvore; árvore, mais do que planta ou vegetal. Escrever “foi um período difícil” constitui uma vagueza. “Estive desempregado durante três meses” dá o recado. Não foi por acidente que Gonçalves Dias compôs: “Minha terra tem palmeiras/ Onde canta o sabiá”. Se tivesse dito “Minha terra tem árvores/onde canta o pássaro”, seus versos estariam mortos e enterrados. Sem direito a missa.

Homenagem ao Desembargador Federal Plauto Afonso da Silva Ribeiro*

João Batista Moreira**

Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, ilustre Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região,

Excelentíssimo Senhor Ministro Aldir Passarinho Júnior, representante do egrégio Superior Tribunal de Justiça, Excelentíssimo Senhor Senador da República Édson Lobão,

Excelentíssimo Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República da Primeira Região, Dr. José Adonis Callou de Sá,

Excelentíssimo Senhor Dr. Amauri Serralvo, ilustre representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,

Senhores Ministros, Desembargadores, juízes, membros do Ministério Público e advogados,

Demais autoridades,

Servidores da Justiça Federal,

Filhos do homenageado: Drs. Ana Paula Araújo Ribeiro, Rodrigo Araújo Ribeiro e Renata Araújo Ribeiro,

Senhoras e senhores,

Excelentíssimo senhor, Doutor Plauto Afonso da Silva Ribeiro, ilustre magistrado e agora já advogado essencial ao funcionamento deste Tribunal e de todo o Poder Judiciário,

Falo em nome do Tribunal, mas peço licença para mencionar, antes, o grande privilégio — que cada membro deste Tribunal gostaria de ter — e a honra pessoal que significa ser indicado para esta saudação ao insuperável mestre, conselheiro e amigo Plauto Ribeiro.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região reúne-se, neste início de primavera e ao canto das cigarras de Brasília, para prestar uma das mais justas homenagens de sua história. Quis a providência que esta sessão acontecesse *em 5 de outubro, data do 19º aniversário da Constituição de 1988*, que previu a criação dos Tribunais Regionais Federais, vindo o juiz Plauto a ser um dos primeiros integrantes do Tribunal da Primeira Região, posse em 30 de março de 1989, depois de servir desde 27 de fevereiro de 1976, ou seja, por mais de treze anos, como Juiz Federal das Seções Judiciárias da Bahia e de Minas Gerais.

Neste Tribunal o juiz Plauto foi logo de início Presidente da Primeira Turma e da Primeira Seção. Permaneceu nessa Turma até fevereiro de 2001, período durante o qual também exerceu as relevantes funções de membro da Comissão Examinadora do 2º Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz Federal Substituto; juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal; Vice-Presidente e Corregedor e Presidente deste Tribunal. Em 20 de fevereiro de 2001, transferiu-se para a Segunda Seção, Terceira Turma, na qual permaneceu até se retirar em 29 de junho de 2004.

Merecem ser lembradas algumas realizações de nosso homenageado, em cuja gestão como Presidente a Constituição e o Tribunal completaram dez anos de existência. Sua Excelência liderou, em 1998 e 1999, a instalação de 34 Varas da Justiça Federal, dotadas de adequadas instalações físicas, equipamentos, mobiliário e outros materiais, além de pessoal (com a nomeação e posse de 1.074 novos servidores), incluindo os respectivos magis-

* Discurso proferido no dia 05/10/2007 em homenagem ao Des. Federal aposentado Dr. Plauto Ribeiro por ocasião de entrega da insígnia do Grande-Colar do Mérito Judiciário Ministro Nelson Hungria.

** Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

trados, estes mediante remoção, promoção e a nomeação de 42 novos juízes. Outro feito administrativo de grande vulto foi a implantação do Sistema de Gerenciamento Eletrônico de Documentos Processuais no âmbito de toda a Primeira Região e a ampliação do parque tecnológico do Tribunal e de suas Seções Judiciárias. Como Corregedor, presidiu a Comissão destinada a elaborar proposta de resolução para disciplinar o afastamento de magistrados com o fim de participar de cursos, aprovada pela sessão plenária de 4 de dezembro de 1997, um verdadeiro divisor de águas na política administrativa da Justiça Federal da 1ª Região.

Ao apresentar relatórios, fazia Sua Excelência questão de ressaltar a política de amplo e total apoio às Seções Judiciárias, com prioridade para a atividade-fim da Justiça Federal. Não só na atividade administrativa, mas também e especialmente nessa atividade-fim, na primeira e segunda instâncias, o trabalho do grande juiz Plauto Ribeiro é magnífico, pela sua lucidez, objetividade e profundidade. Muito da efetividade da Constituição que hoje faz aniversário deve-se a seu trabalho administrativo e jurisdicional, além de contribuições teóricas, como aquela que ofereceu no I Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, destinado a comemorar “os 10 anos da Constituição Federal”. Nesse Congresso o então Presidente do Tribunal, com seu estilo impecável, falou sobre a “Reforma do Judiciário (Causas da crise e propostas para a sua superação)”. Na ocasião, lembrou discurso do saudoso Deputado Ulysses Guimarães na Sessão Solene da Assembléia Nacional Constituinte destinada a promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988: “Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. *É caminhando que se abrem os caminhos.* Ela vai caminhar e abri-los”.

A reforma do Judiciário, de que tratou Plauto naquela conferência, viria a ser o motivo da antecipação de sua saída deste Tribunal. Os colegas estão lembrados de que, logo após a publicação do ato de aposentadoria, Plauto aqui compareceu para apresentar suas despedidas, justificando que a decisão pelo afastamento era devida à gestão, no contexto da reforma do Poder Judiciário, da “quarentena” para que magistrados aposentados pudessem exercer plenamente a advocacia. Não gostaria — disse com sua peculiar sinceridade —, de ter que ir “*vender produtos da Avon ou bilhetes de loteria*”...

É oportuno lembrar as manifestações espontâneas dos membros desta Corte naquela sessão de 1º de julho de 2004.

Tourinho Neto, contemporâneo de ingresso na magistratura, comparou Plauto a um rio que corre para o oceano e ressaltou as “paralelas” que constituem suas vidas, talvez — digo eu —, como as margens de um ribeiro ou “as paralelas dos pneus n’água das ruas”, para lembrar aqui a canção de Belchior. Palavras de Tourinho Neto: “Sua Excelência, na Bahia, deixou saudades. Até hoje aqueles funcionários antigos o idolatram, têm-lhe o maior carinho. Sai da Presidência e é por todos estimado. Sai do Tribunal e, na verdade, continua como entrou: amado por todos; ninguém lhe põe defeitos”.

Mário César citou, na concepção de Humberto Teodoro Júnior, as qualidades de um juiz — “saber sondar os corações humanos para joeirar a maldade da virtude, os anseios legítimos da cupidez e da malícia”; e na visão de Sálvio de Figueiredo: honestidade, independência, humanismo, compreensão, firmeza, coragem, serenidade, dinamismo, cultura, inteligência e senso de justiça”. Concluiu que “o juiz Plauto Ribeiro, como ser humano, certamente não é um juiz perfeito, afinal, o juiz perfeito é o juiz ideal, mas sem dúvida é detentor de várias dessas qualidades”.

A atual Presidente deste Tribunal, Desembargadora Assusete Magalhães, fez questão de ressaltar a “sensibilidade jurídica e humana” das decisões de Plauto. Revelou um fato — que é marca da personalidade de nosso homenageado —, quando Juiz Federal em Minas: “dispensava ao final da tarde o motorista e pegava o ônibus naquela avenida tumultuada de Belo Horizonte — Avenida Afonso Pena — para retornar a sua residência”. Aquilo causou a Assusete “uma certa surpresa, e ele revelou em determinada ocasião que gostava de sentir o povo de perto, as necessidades e o sofrimento da vida do homem comum, porque lhe dava mais sensibilidade para julgar seu semelhante”. Essa atitude de Plauto — fui saber mais —, também se devia ao fato de que o agente de segurança fora aprovado no vestibular de Direito e necessitava sair mais cedo para poder freqüentar o curso (O agente de segurança hoje é substituto de um Diretor de Secretaria na Seção Judiciária de Minas Gerais).

Nas palavras de Antônio Ezequiel, ilustradas com a citação de Vinícius de Moraes (“Ah! se todos fossem iguais a você, que maravilha viver!”), era como se lhe amputasse um braço, um “pedaço de mim”, conforme a letra musical de Chico Buarque. Foram trinta anos de convivência, amizade e confiança, apesar das insistentes preliminares que, Procurador da República na Bahia, Ezequiel costumava levantar nas audiências presididas pelo juiz Plauto...

Carlos Mathias, com sua habitual veia poética e religiosa, ressaltou com outro verso de Vinícius de Moraes as “cinco letras que choram” — “adeus” —, e o “ecumenismo” na amizade de todos para com Plauto Ribeiro. Também falou da determinação e coerência de nosso homenageado, que podem ser sintetizadas nos versos de José Régio — “Não sei para onde vou, sei que não vou por aí” — e de Geraldo Vandré — “Quem sabe faz a hora, não espera acontecer”.

Antônio Sávio enfatizou as qualidades de Plauto como pessoa e como juiz, especialmente o equilíbrio, a ponderação, a cultura, a inteligência, a serenidade. “A advocacia vai ganhar um grande profissional!”, concluiu.

Carlos Moreira Alves registrou a sofreguidão de todos os presentes para cumprimentar o amigo Plauto Ribeiro. O juiz Plauto “é a expressão do símbolo da justiça”, “a balança da isenção, da imparcialidade, do equilíbrio, do bom senso, da prudência”; “imperfeito, porquanto humano”, mas exemplo de equilíbrio, serenidade e ponderação.

O abraço de Carlos Olavo veio com uma trova de Soares da Cunha: “Saudade, doce palavra que muito bem não se explica, algo de alguém que nos leva, algo de alguém que nos fica”.

José Amílcar tratou de uma nova ação, até então desconhecida pela Corte, o “embargo emocional”, ao lembrar que seu pai e Amâncio Ribeiro, pai de Plauto, foram colegas de faculdade, turma de 1938, na “Casa de Afonso Pena”.

Maria Isabel Galloti cogitou de outra ação, um “mandado de segurança coletivo no Supremo Tribunal Federal para impedir o afastamento de Plauto”...

Sebastião Fagundes recitou Provérbios de Salomão e mencionou a sinceridade do amigo e vizinho, cujo “rosto alegre, sorridente, resulta de um coração alegre, algo que vem de dentro, algo que vem do interior”.

De minha parte, como mineiro-goiano, falei em nome da Seção Judiciária de Goiás, que sempre mereceu do Dr. Plauto uma especial atenção, incluída a confiança no nome de um dos juizes daquela Seção para auxiliar em seu Gabinete e, depois, para compor, por merecimento, o Tribunal. Falei também em meu próprio nome, para expor a sensação de enorme perda, uma vez que, nas angústias e dúvidas, Plauto era a pessoa com quem buscava me aconselhar. Na noite de 23 de junho, encontrara com Dr. Plauto na SQS 113, quando me surpreendeu com a notícia de que pedira aposentadoria. À primeira vista pareceu que ele estava queimando na fogueira de S. João o coroamento de suas atividades na magistratura (veio-me especialmente à memória o fato de ele já ter integrado, por três vezes, lista de candidatos ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça), mas em seguida percebi que apenas se aquecia nas fogueiras juninas para reiniciar, sem obstáculos, outro *caminho*. Não era o fim do *caminho*, mas, como na letra de Tom Jobim, apenas as águas de março fechando o verão... Não era a foz de um ribeiro no oceano, mas a transposição do Rio São Francisco, cujo impacto ambiental *já era estudado* há algum tempo (tive que demitir às pressas o já vinha sendo estudado, em atenção ao Decreto do Governador do Distrito Federal...).

Peço desculpas aos demais colegas que não estavam presentes àquela sessão, de quem, devido à exigüidade do tempo, não pude colher, para ser reproduzida neste momento, uma manifestação individual de apreço e despedida ao Dr. Plauto. Muito ainda haveria para ser dito sobre a história e a personalidade de nosso homenageado, como a sua elegância no trato e no vestir; sua experiência no magistério, possivelmente a razão de sua disposição para ouvir, compreender e tolerar as pessoas; seu estilo de não confundir — como diria o Ministro Carlos Britto — *gosto com gasto*... estilo que pode ser explicado pelo pensamento manifestado em discurso do então Juiz Federal Plauto Ribeiro, paraninfo, em 1987, da turma de formandos da Faculdade de Direito do Oeste Minas: “...uma parcela insignificante da humanidade, de forma egoísta, vive no luxo, no desperdício e na abastança à custa de uma maioria miserável e faminta, que sobrevive num estado de pobreza absoluta, decorrente de uma iníqua distribuição das oportunidades e das riquezas da terra”.

Sem prejuízo de sua residência e escritório em Brasília e das viagens internacionais, sempre com a filmadora em punho (ainda agora soube que partirá, amanhã de manhã, para a África do Sul), Dr. Plauto mantém suas raízes em Carmo da Mata, onde recentemente reformou a casa da família, deixada por seu saudoso pai, *cuja inscrição na fachada — “Dr. Amâncio Ribeiro, Advogado” — fez questão de conservar* (Um detalhe importante: Dr. Amâncio, pai de Plauto Ribeiro, liderou a emancipação política, foi orador oficial da solenidade e lavrou a ata de instalação do Município de Carmo da Mata, em 1º de janeiro de 1939; eleito Vereador, cargo que exerceu por 12 anos, foi o primeiro Presidente da Câmara Municipal; exerceu a advocacia, sempre em Carmo da Mata, por mais de meio século; ali, com a esposa Adélia Afonso da Silva Ribeiro, criou onze filhos).

A cidade Natal e onde passou grande parte da vida com os pais e irmãos, Carmo da Mata, ao contrário do que disse Carlos Drummond de Andrade em relação a sua Itabira (naturalmente que em linguagem metafórica), *não é, pois, para Dr. Plauto, “um simples retrato na parede”*. Também não são simples retratos na parede seus amigos, tantos que, se convidados todos, não haveria espaço nestas páginas e neste auditório para acomodá-los. E *Vossa Essência* (permitam-me a inovação), *Vossa Essência*, Dr. Plauto, ao deixar este Tribunal, saiu com a certeza de que mesmo quando não mais houver um de seus remanescentes colegas, sua história continuará a ser contada e cultuada. *Vossa Essência* não será “um simples retrato na parede” do salão nobre!...

Quero aditar àquelas palavras proferidas em sessão de 29 de junho de 2004 que, conforme disse o poeta Antônio Machado (e Ulysses Guimarães, como acabamos de ver, ao ser promulgada a Constituição que hoje faz aniversário), o caminho se faz caminhando. Eis o poema do espanhol Antônio Machado (em livro, *Desembargador Fagundes*, intitulado *Provérbios e Cantares*):

Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se há de volver a pisar.
Caminante no hay camino
Sino estelas en la mar.

(*Caminhante, são teus rastros
o caminho, e nada mais;
caminhante, não há caminho,
faz-se caminho ao andar.
Ao andar faz-se o caminho,
e ao olhar-se para trás
vê-se a senda que jamais
se há de voltar a pisar.
Caminhante, não há caminho,
somente sulcos no mar.*)

Encerro esta saudação traduzindo e parafrazeando os versos musicais de *My Way*, celebrizada na voz de Frank Sinatra, para dizer que o grande Plauto, agora advogado, *continuará a suportar as ventanias e a fazer o seu destino*. Não irá “vender produtos da Avon ou bilhetes de loteria na Praça 7”, mas com certeza, além *vender bilhetes de esperança, continuar a estender a mão, abraçar e a perfumar* pessoas e ambientes com sua alegria, amizade e lealdade, atividade que talvez tenha aprendido *na tradicional fábrica de essências de Carmo da Mata* (para os que não sabem, Carmo da Mata é conhecida, “essencialmente”, por sua fábrica de essências, a mais tradicional empresa do Município, da qual Dr. Plauto, por coincidência, foi advogado ao início da carreira).

Muito obrigado! (*Amigo é coisa p’ra se guardar...*)

Poder Judiciário e meio ambiente: um balanço*

João Batista Gomes Moreira**

Estive afastado, por mais de dois meses, das atividades no Tribunal e dos relacionamentos sociais, realizando exames preliminares (“estudos de impacto”) e, em seguida, uma “dragagem” das vias respiratórias (muito afetadas pela fuligem das queimadas e pela secura do ar no Planalto Central). Para comemorar o sucesso da intervenção, encontrei-me com o amigo Fabrício Motta em um restaurante de Pirenópolis (cidade histórica do interior de Goiás), chamado “Venda do Bento” (alguns colegas devem se lembrar desse restaurante, onde se realizou o almoço de encerramento do XX Congresso do IBDA), que é a reprodução de um antigo estabelecimento comercial, incluindo balcão, prateleiras e até aquela máquina registradora que os menos jovens já viram funcionando nos mercadinhos da periferia da Capital e de cidades do interior. Foi ali que recebi do professor Fabrício a notícia de que me fora distribuído, para este Congresso, o tema *Poder Judiciário e meio ambiente: um balanço*. O cenário era propício para começar a pensar sobre *um balanço*...

Depois de uma rápida pesquisa (na jurisprudência catalogada na internet, em alguma doutrina e em arquivos pessoais, além de consulta telefônica ao Prof. Paulo Affonso Leme Machado), trago às senhoras e senhores um resumo de informações e opiniões sobre o perfil da Justiça brasileira na solução dos litígios relacionados com o meio ambiente.

Início com a observação de que as questões ambientais começaram a ser freqüentes no Brasil, todos sabem, só após a Constituição de 1988 e, especialmente, após a II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ECO/92). Ainda assim, demorou a edição da legislação ordinária exigida para a efetiva implementação das normas constitucionais, como é o caso da lei tipificadora do crime ambiental praticado por pessoa jurídica, a qual levou dez anos para ser edi-

tada. Um dado também importante é que o Ministério Público, com o seu atual perfil de órgão combativo em favor da ecologia, demorou um pouco a ser reestruturado, da mesma forma acontecendo com as associações destinadas à proteção dos interesses difusos. Aliado a isso, vem a morosidade do aparelho judiciário (e aqui começa a se revelar um aspecto importante do *balanço*) até no desenvolvimento de uma cultura ambientalista. Um exemplo disto é que no Tribunal Regional Federal da Primeira Região, “direito ambiental”, concentrado na competência da 3ª Seção (duas Turmas de três membros), concorre com as seguintes matérias: “licitação e contratos administrativos”, “concursos públicos”, “contratos”, “sucessões e registros públicos”, “direito das coisas”, “responsabilidade civil”, “ensino”, “nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização”, “constituição, dissolução e liquidação de sociedades”, “propriedade industrial”, “fundo de garantia do tempo de serviço” e, genericamente, “nulidade e anulabilidade” de ato administrativo. A disciplina “direito ambiental” foi incluída nos concursos para juiz federal da 1ª Região, por votação da Corte Especial, só em 28/04/2005. Imagine que o mesmo venha acontecendo com as demais regiões da Justiça Federal e a co-irmã Justiça Estadual.

Essa situação talvez explique a demora em chegar e ser julgadas grandes questões ambientais pela Suprema Corte. Há, de fato, no Supremo Tribunal Federal, poucas decisões de mérito e definitivas em questões relevantes, relacionadas a meio ambiente.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1086-7/SC, 1º/08/1994, relator Ministro Ilmar Galvão, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 182, § 3º, da Constituição de Santa Catarina (“O disposto no inciso V não se aplica às áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais, devendo ser inseridas normas disciplinando sua exploração no plano de manejo sustentado, visando à manutenção da qualidade ambiental”). O referido dispositivo, em termos práticos, estabeleceu que, para

*Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Aracaju/SE, em 20/09/2007.

**Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

as áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais, a serem disciplinadas por normas que mantenham a qualidade do meio ambiente, ficava dispensada a exigibilidade de estudo prévio de impacto ambiental. No voto do relator, baseado também na incompetência legislativa do Estado-membro para o caso, foi dito que “a atividade de florestamento ou reflorestamento, ao contrário do que se poderia supor, não pode deixar de ser tida como eventualmente lesiva ao meio ambiente, quando, por exemplo, implique substituir determinada espécie de flora nativa, com as suas próprias especificidades, por outra, as mais das vezes, sem qualquer identidade com o ecossistema local e escolhidas apenas em função de sua utilidade econômica, com ruptura, portanto, do equilíbrio e da diversidade da flora local”.

Na Medida Cautelar na ADI 1.516-8, em 06/03/1997, relator Ministro Sidney Sanches, afirmou-se a constitucionalidade de medida provisória que dispusera sobre “a proibição do incremento da conversão de áreas florestais em áreas agrícolas na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste”. Nas informações do Presidente da República, prestadas nessa ADI, consta que “o alcance das medidas objeto da medida provisória e também do Decreto 1.963, publicado no mesmo dia, têm por objetivo reforçar, no plano externo a credibilidade da política ambiental brasileira, reafirmando o compromisso do País com o desenvolvimento sustentado e com a implementação dos objetivos acordados na Conferência do Rio em 1992, especialmente no que se refere aos capítulos 11 (combate ao desflorestamento) e 15 (conservação da diversidade biológica) da Agenda 21”.

No RE 153.531-8/SC, em 03/06/1997, relator Ministro Marco Aurélio, concluiu-se que “a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais a crueldade” (tratava-se da prática conhecida como “farra do boi”).

Em decisão liminar na ADI 1.856-6/RJ, em 03/09/1998, relator Ministro Carlos Velloso, foi suspensa a eficácia da Lei 2.895/1998, do Estado do Rio de Janeiro, ao fundamento de que, “ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre ‘galos comba-

tentes’, autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite”.

Em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.396-9/MS, 08/05/2003, relatora Ministra Ellen Gracie, declarou-se, por incompetência legislativa, a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 2.210/2001, do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais vedavam a fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, no território do Estado de Mato Grosso do Sul.

Pode ser apontado como um dos casos mais importantes (pelo teor dos votos, especialmente o voto do Relator, Ministro Celso de Mello) o julgamento, em 01/09/2005, da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1/DF, concluindo-se que “somente a alteração e a supressão *do regime jurídico* pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos *qualificam-se*, por efeito da cláusula *inscrita* no art. 225, § 1º, III, da Constituição, *como matérias* sujeitas ao princípio da reserva legal”. Cuidava-se de discussão sobre a constitucionalidade de alteração do art. 4º do Código Florestal para dispor que “a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”. Embora para afirmar a constitucionalidade desse dispositivo (que “*longe de comprometer* os valores constitucionais”, teria estabelecido, “ao contrário, mecanismos *que permitem* um real controle, *pelo Estado*, das atividades desenvolvidas *no âmbito* das áreas de preservação permanente”), o relator discorreu sobre as gerações de direitos fundamentais, concluindo que a *incolumidade* do meio ambiente “*não pode ser comprometida* por interesses empresariais *nem ficar dependente* de motivações de índole meramente econômica, *ainda* mais se tiver presente *que a atividade econômica*, considerada a disciplina constitucional que a rege, *está subordinada*, entre outros princípios gerais, *àquele que privilegia* a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), *que traduz* conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral”. Referiu-se também ao *desenvolvimento sustentável*, como *princípio* que, “além de impregnado

de caráter *eminentemente* constitucional, *encontra* suporte legitimador em compromissos internacionais *assumidos* pelo Estado brasileiro e *representa* fator de obtenção do justo equilíbrio *entre* as exigências da economia e as da ecologia, *subordinada*, no entanto, a invocação desse postulado, *quando* ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, *a uma condição inafastável*, cuja observância *não* comprometa *nem* esvazie o *conteúdo essencial* de um dos mais significativos direitos fundamentais: o *direito à preservação* do meio ambiente, *que traduz* bem de uso comum *da generalidade* das pessoas, *a ser resguardado* em favor das presentes e futuras gerações”. Votaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, este ao fundamento, entre outros, de que “quando se trata de desapropriar um bem individual, notadamente um imóvel, quem define, quem lista as hipóteses de interesse social, de utilidade social, de necessidade pública, é a lei, lei formal. Aqui, não. Tudo fica a critério das entidades administrativas...”.

De especial interesse para a região Nordeste, particularmente para o Estado de Sergipe, deve ser lembrada a decisão monocrática do Ministro Sepúlveda Pertence, de 18/12/2006, na Ação Cautelar 981/BA (na verdade, diversas ações que foram reunidas no Supremo Tribunal Federal, em face da competência prevista no art. 102, I, f, da Constituição, incluída ação proposta pela Seção da OAB/SE), indeferimento pretensões de liminar para suspender o processo de licenciamento da obra de transposição do Rio São Francisco. Tal decisão é importante pela envergadura da questão e pela forma minuciosa com que o relator tratou das questões fáticas e jurídicas, concluindo, substancialmente, que em princípio não se pode afastar a viabilidade ambiental do empreendimento, fundamento da licença prévia, e que antes da licença de instalação não há risco de degradação do meio ambiente.

2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, diz a Ministra Eliana Calmon em relação ao tema *Jurisprudência Ambiental do STJ*¹ que “lamentavelmente o inchaço do Judiciário provocado

por questões processuais tem deixado o direito material na penumbra quando se procede a uma pesquisa na jurisprudência, eis que quase todos os questionamentos giram em torno do direito processual”. Informa a eminente Ministra que as questões levadas ao STJ, na quase totalidade, são constituídas de conflitos de competência. Cita como exemplo: a) as questões que desaguaram na Súmula 91 (“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”), cancelada em novembro de 2000, em face do que a respeito dispôs a Lei 9.605/1998; b) as questões que motivaram a edição da Súmula 183 (“Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”), depois também cancelada em face de posição contrária do Supremo Tribunal Federal.

No campo do direito substancial, aponta a senhora Ministra o desenvolvimento da jurisprudência, nas desapropriações, no que diz respeito à indenização da cobertura florestal: a) posição inicial contrária à indenização em qualquer hipótese; b) segundo momento em que se admitiu indenização quando a cobertura florestal fosse passível de exploração econômica; c) terceiro momento, em que mesmo as áreas cuja restrição de uso seja imposta pelo poder público para fins de preservação ambiental são consideradas indenizáveis (REsp 149.834-SP). A negativa de indenização da cobertura florestal era incentivo à eliminação dessa cobertura.

Em matéria de responsabilidade civil por dano ambiental, entende o STJ que “há solidariedade entre o Estado e o terceiro que age em seu nome, como, por exemplo, a concessionária de um serviço público” (REsp 28.222-SP). Nesse julgamento a Ministra Eliana ficou vencida, por sustentar que, “sem a presença da concessionária, dotada de personalidade jurídica própria, não seria possível a condenação da municipalidade”. Prevaleceu o voto da Ministra Nancy Andriighi, baseado na regra de que é poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” e na doutrina de Paulo Affonso Leme Machado. Doutra feita, firmou o STJ entendimento de que o Estado pode “ser réu em ação civil pública ajuizada com o objetivo de sancioná-lo por ter causado dano ao meio ambiente” (REsp 88.776-GO).

¹ <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/312>

Relativamente à responsabilidade de pessoa jurídica por crime ambiental, julgando o REsp 610.114-RN, em 17/11/2005, manifestou o STJ entendimento pela sua constitucionalidade, ressaltando, todavia, que não é possível receber denúncia em que não haja a “a identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso”. De acordo com o voto do relator, Ministro Gilson Dipp, a colocação da pessoa jurídica como sujeito ativo de crime ambiental justifica-se: a) pela “pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos entes morais”; b) em face da eficiente atuação do Ministério Público e a maior autonomia e independência do Poder Judiciário para investigar e punir; c) porque a pena criminal tem o efeito de dificultar os negócios da pessoa jurídica, possuindo, por isso, importante efeito preventivo; d) a pena de prestação de serviços à comunidade, pela pessoa jurídica, resulta no importante custeio de projetos ambientais, na recuperação de áreas degradadas e em contribuições a entidades ambientais.

3 Julgados da Justiça Federal (1ª Região)

No âmbito do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, pode ser eleito como mais importante julgamento o das apelações de sentenças (da lavra do ilustre colega Antônio de Souza Prudente, participante deste Congresso, à época Juiz Federal na Seção Judiciária do Distrito Federal), que, em caráter cautelar e principal, tornaram insubsistente a liberação do cultivo da soja geneticamente modificada. Embora nos julgamentos da apelação na ação cautelar e da antecipação de tutela recursal em apelação na ação principal tivessem sido mantidas as sentenças (por maioria, no julgamento do pedido de antecipação de tutela recursal), no julgamento definitivo da apelação na ação principal, em 28/06/2004, prevaleceram os votos de meus ilustres pares na 5ª Turma, concluindo que não havia necessidade da realização de Estudo de Impacto Ambiental. O ponto básico do voto da relatora, Desembargadora Federal Selene de Almeida, acompanhado pelo Desembargador Federal Antônio Ezequiel, é que, nos “projetos que envolvam biossegurança”, há competência exclusiva da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio para estabelecer as medidas necessárias, incluída, se for o caso, a exigência de EIA-Rima. Votei vencido, ao

argumento, em resumo, de que a Lei 8.974/1995 deveria ser interpretada conforme a Constituição para considerar-se conclusivo e vinculante a decisão da CTNBio apenas na parte em que impusesse restrições ao cultivo de organismos geneticamente modificados. Se há liberação desse cultivo pela referida Comissão, remanesce a competência dos órgãos ambientais para impor a exigência de EIA/Rima. Estão pendentes de julgamento embargos infringentes que buscam fazer prevalecer a divergência.²

Mais recentemente, três julgamentos de recursos motivados por decisões tomadas por juizes federais da Seção Judiciária de Mato Grosso dão a mostra de como se orienta a Justiça Federal da Primeira Região em questões ambientais:

Direito Administrativo e Ambiental. Usina hidrelétrica. Licenciamento. Competência, em regra, de entidade estadual. Construção fora de terra indígena e impactos regionais indiretos. Competência federal taxativamente prevista em lei e em resolução do Ibama. Ausência de elementos que justifiquem competência da autarquia federal. Sentença que acolhe orientação em sentido oposto. Apelação. Recebimento só no efeito devolutivo. Agravo de instrumento em que se pretende também efeito suspensivo. Provimento.

1. Estabelece o art. 10 da Lei 6.938/1981: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”. O § 4º prevê: “Compete ao Instituto do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”.

2. Por sua vez, dispõe o art. 4º da Resolução Conama 237/1997: “Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, órgão executor do Sianama, o

² Também está pendente de julgamento a ADI 3109/DF, relator Ministro Gilmar Mendes, tendo como objeto a Lei 10.814/2003, que liberou para o plantio as sementes de soja geneticamente modificada da safra de 2003.

licenciamento ambiental, a que se refere o art. 10 da Lei 6.938, de 31/08/1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber: I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; *em terras indígenas* (grifei) ou em unidades de conservação do domínio da União; II – localizadas ou desenvolvidas *em dois ou mais Estados* (grifei); III – cujos impactos ambientais *diretos* (grifei) ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; ...”.

3. Emerge dos autos que a PCH Paranatinga II não está projetada em rio da União (o que, aliás, não seria determinante de competência do Ibama para o licenciamento) e nem em terras indígenas, apenas encontrando-se a relativa distância de terras indígenas (“33,81 km da Terra dos Parabubure, 62,52 km da Marechal Rondon e 94,12 km do Parque Nacional do Xingu”). Também emerge claro que o impacto ambiental em outro Estado é indireto. A pouca potencialidade para atingir gravemente, mesmo de forma indireta, terras indígenas, uma região inteira ou outro Estado-membro pode ser deduzida do tamanho do lago (336,8 ha), área à qual foram reduzidos os 1.290 ha inicialmente previstos, questão esta não apreciada na sentença.

4. Algum impacto a construção da usina trará à bacia do Rio Xingu e a terras indígenas, mas esses impactos são indiretos, não afastando a competência da entidade estadual para o licenciamento. O impacto regional, para justificar a competência do Ibama, deve subsumir-se na especificação do art. 4º da Resolução 237/1997, ou seja, deve ser direto; semelhantemente, justifica-se a competência do Ibama quando o empreendimento esteja sendo desenvolvido em terras indígenas, não o que possa refletir sobre terras indígenas. O próprio juiz diz que há “prova irrefutável de que o empreendimento questionado nesta lide trará conseqüências ambientais e sociais *para os povos e terras indígenas que lhe são próximos*” (grifei).

5. Não foge desse critério a Constituição, no art. 231, § 3º, quando prevê que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais *em terras indígenas* (grifei) só poderão ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

6. Na Constituição as competências materiais da União vêm expressas (enumeradas), ficando para os Estados-membros e Distrito Federal as competências remanescentes, significando dizer que em regra (por exclusão das competências da

União, taxativamente previstas) as competências são dos Estados-membros. Assim na Constituição, o mesmo critério deve ser empregado na interpretação das normas infraconstitucionais. Não há, pois, lugar para interpretação extensiva ou analógica da regra de competência da entidade federal.

7. Não há elementos que autorizem afirmar ou pressupor irregularidade no licenciamento estadual, ou pelo menos o juiz não os considerou. Deste modo, o que aflora é o periculum in mora da agravante, impedida, sem motivo justificável, de continuar a obra.

8. Provisamente ao agravo de instrumento, com atribuição de efeito suspensivo à apelação. (TRF-1ª Região. 5ª Turma. AG 2006.01.00.020856-8/MT. Rel.: Des. Federal João Batista Moreira. Data do julgamento: 20/09/2006. DJ 09/11/2006).

Constitucional. Processual Civil. Ação civil pública. Julgamento do mérito pelo Tribunal (CPC, art. 515, § 3º, redação da Lei 10.352/2001). Hidrovia Paraguai-Paraná. Autorização do Congresso Nacional que se faz indispensável diante da concretude das intervenções efetivadas a título de “estudos” (CF, art. 231, § 3º). Apelação provida.

1. O processo foi extinto sem julgamento do mérito. Está, portanto, apto a ter seu mérito apreciado por este Tribunal, uma vez que, além de versar sobre matéria exclusivamente de direito, encontra-se devidamente instruído (CPC, art. 515, § 3º, com a redação da Lei 10.352/2001).

2. “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.” (Constituição Federal, art. 231, § 3º).

3. Interpretação teleológica da norma leva à conclusão de que não importa se a ação do Estado se dá sob o título de “estudo” ou de efetivo “aproveitamento dos recursos hídricos”. Intervenções concretas ao bem estar das comunidades indígenas, ainda que sob o nome de “estudos” só podem ser efetivadas se precedidas da necessária autorização do Congresso Nacional.

4. A intervenção do Congresso Nacional no processo de implementação da hidrovia, por afetar diretamente interesses indígenas, não pode ser postergada para momento imediatamente anterior à execução das obras que se realizarão a fim de implantá-la. Precedentes do TRF 1ª Região.

5. Apelação do Ministério Público Federal provida.

6. Pedido julgado procedente (art. 515, § 3º, do CPC). (TRF 1ª Região. 5ª Turma. AC 1999.01.00.068811-3/MT. Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida. Data do julgamento: 29/06/2005. DJ 29/07/2005, p. 39).

Direito Ambiental. Hidrovia Paraguai-Paraná. Porto de Morrinhos, na região de Cáceres/MT. Pretensão de construção para incremento da navegação cinco vezes a capacidade atual. Licenciamento requerido à FEMA/MT e EIA/Rima isolado. Limiar do pantanal matogrossense (“patrimônio nacional” e “patrimônio natural da humanidade”). Adaptação da hidrovia propriamente dita. Conseqüência inevitável. Impacto ambiental de caráter regional. Competência do Ibama para o licenciamento. Apreciação conjunta do pedido de licenciamento das diversas obras. Necessidade. Princípios da prevenção e precaução. Consulta às populações atingidas. Exigência implícita.

1. Nos termos do Tratado de Santa Cruz de La Sierra, os países signatários (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai): a) garantirão mutuamente facilidades de acesso e operação nos portos localizados na Hidrovia Paraguai-Paraná; b) promoverão medidas tendentes a incrementar a eficiência dos serviços portuários prestados às embarcações e às cargas que se movem pela Hidrovia e o desenvolvimento de ações de cooperação em matéria portuária e de coordenação de transporte internacional; c) adotarão medidas necessárias para criar as condições que permitam otimizar os serviços de praticagem e pilotagem para as operações de transporte fluvial realizadas pelas embarcações dos países que integram a Hidrovia; d) revisarão as características e os custos dos serviços de praticagem e pilotagem com o objetivo de readequar sua estrutura, de modo a harmonizar as condições de prestação do serviço, reduzir os custos e garantir uma equitativa e igualitária aplicação destes para todos os armadores da Hidrovia.

2. Não há propriamente plano unitário de reconstrução da hidrovia, mas um compromisso de gradativo melhoramento de suas atuais condições. Não haverá, assim, demolição e posterior reconstrução (instalação) de uma obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente para os efeitos do art. 225, § 1º, IV, da Constituição. Não há, por isso, necessidade de interferir na organização e funcionamento de portos que existiam antes da assinatura do mencionado tratado.

3. Extinção do processo, por ausência de interesse processual do autor, em relação às rés Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (Fundação Pantanal), Companhia de

Cimento Portland Itau, Mineração Corumbaense Reunida S/A, Urucum Mineração S/A e Granel Química Ltda., ficando prejudicadas as respectivas apelações.

4. Litisconsórcio necessário de Macrologística Consultoria S/C S/A tendo em vista que, sendo a empreendedora do Porto de Morrinhos, a solução a ser dada ao mérito da questão (extensão do EIA-Rima para efeito de licenciamento da mencionada obra) obviamente atinge seus interesses.

5. O projeto de construção do Porto de Morrinhos, em face de sua localização e da finalidade de incrementar cinco vezes a capacidade de navegação no Rio Paraguai, poderá causar graves conseqüências ambientais ao Pantanal Matogrossense, a cujo respeito dispõe a Constituição que constitui “patrimônio nacional” e que “sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais” (art. 225, § 4º).

6. A inexistência de um projeto global, formalmente estabelecido, de reconstrução da hidrovia Paraguai-Paraná não significa que o EIA/Rima para efeito de licenciamento do projeto do Porto de Morrinhos possa ser feito isoladamente. Ao contrário, depende de estudo de impacto ambiental, senão unitário, concomitante de todas as inevitáveis adaptações no trecho da hidrovia que corta o Pantanal Matogrossense, precedido de autorização do Congresso Nacional relativamente ao(s) segmento(s) em que há reserva(s) indígena(s).

7. A fragmentação da realidade, em casos da espécie, serve aos interesses econômicos, em detrimento dos interesses ambientais. Cumpre a finalidade de vencer furtiva e gradativamente as resistências, utilizando-se, inclusive, de arma psicológica. Uma etapa abre caminho e força a outra, sob o argumento de desperdício de recursos, até a conquista final do objetivo. Construído isoladamente o Porto de Morrinhos, o Pantanal Matogrossense ficará literalmente “sitiado”. Em tal situação a autoridade administrativa, na tomada de decisão, e o Poder Judiciário, no papel de controle, não podem circunscrever o exame ao fragmento fático, isolado do conjunto sistêmico, nem às regras legais, isoladas da Constituição.

8. Competência administrativa do Ibama para apreciar o pedido de licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos, em face do caráter regional dos impactos ambientais, só podendo fazê-lo juntamente com a apreciação de pedido(s) de licenciamento das conseqüentes obras de adaptação da hidrovia ao fluxo de embarcações e cargas que o novo porto provocará no trecho que atravessa o Pantanal Matogrossense, dependente tal licenciamento, ain-

da, de prévia autorização do Congresso Nacional para a intervenção em áreas indígenas.

9. Os princípios da prevenção e da precaução conduzem à conclusão que o referido porto só poderá ter sua construção liberada caso se verifique, mediante aprofundada pesquisa, que inexistem riscos de significativa degradação ambiental ao Pantanal Matogrossense ou sejam encontradas alternativas técnicas para preveni-los. Preserva-se, ao mesmo tempo, o princípio da proporcionalidade (“versão balanceada” dos princípios da prevenção e da precaução): não se admite que o porto seja licenciado isoladamente, mas não se vai ao ponto de exigir licenciamento unitário e global de todo o trecho brasileiro da Hidrovia Paraguai-Paraná, nas suas mais de duzentas obras.

10. Na exigência de que no processo de licenciamento do Porto de Morrinhos seja levada em conta a repercussão física e social da obra na região pantaneira está implícita a necessidade de consulta às populações atingidas, por meio de audiências públicas.

11. Em face da natureza da causa e da sucumbência recíproca, deixa de haver condenação em honorários de advogado.

12. Parcial provimento à remessa oficial e às apelações. (TRF-1ª Região. 5ª Turma. AC 2000.36.00.010649-5/MT. Rel.: Des. Federal João Batista Moreira. Data do julgamento: 27/08/2006).

Conclusão

O vigente modelo de desenvolvimento ou crescimento econômico degrada o meio ambiente em duas oportunidades: quando são extraídas as matérias-primas para a produção industrial e no instante em que é devolvido o lixo à natureza. No intuito de manter esse atual modelo de produção industrial, foi elaborado o conceito de *desenvolvimento sustentável ou desenvolvimento sustentado*, que, em síntese, seria o modelo de produção econômica que implicasse no mínimo possível de degradação do meio ambiente natural e promovesse inclusão social. Tal conceito — parece indiscutível — tem limites muito estreitos. É impossível pensar em *desenvolvimento sustentável*, a não ser como a simples utilização de paliativos, na extração de recursos naturais não renováveis, como o petróleo e os minerais, que, além do progressivo exaurimento das reservas, trazem como consequência final, mais gravemente, a poluição. As hidrelétricas, produtoras da chamada energia limpa, também geram consequências ambientais graves

e irreversíveis. Não adianta muito reciclar, se é insuscetível de reciclagem o pó deixado na natureza pelo desgaste dos pneus. Os prejuízos ambientais, de que exemplo extremo o exaurimento de uma das maiores reservas mundiais de manganês, a de Serra do Navio, no Amapá, são ideologicamente ocultados no cálculo dos índices de crescimento econômico. É preciso reler com atenção Celso Furtado, esse notável nordestino!³

A inclusão social — é triste ter que constatar — resultante do aumento e distribuição da renda, faz aumentar o consumo; logo, a produção industrial e a poluição. Parece fora de cogitação na sociedade atual, principalmente em face das condicionantes estruturais, inclusive internacionais, um modelo — que seria o ideal —, de produção seletiva de bens materiais, eliminação do desperdício e redistribuição, em vez de crescimento puro e simples, da “riqueza” e da renda.

Os juízes são diariamente chamados para resolver esse angustiante problema, aparentemente insolúvel, dentro do microcosmo de cada processo relacionado com a matéria ambiental.

Os julgamentos de questões ambientais revelam o perfil de juízes que se situam no intervalo de um paradigma liberal (ou neoliberal), conservador e racionalista (tendo como característica a preservação da independência das funções estatais, o prestígio à presunção de legitimidade dos atos administrativos, o positivismo e a apreciação fragmentada das questões) e outro, que poderia ser chamado de paradigma sistêmico (admitindo o controle judicial da discricionariedade, aí incluído o controle das políticas públicas, a preponderância dos princípios constitucionais e a aversão ao reducionismo). Nesse intervalo não raro observam-se radicalizações. São freqüentes os julgamentos liminares, em casos semelhantes e às vezes sucessivamente dentro do mesmo processo e na mesma instância, em que um juiz decide de uma maneira e outro, de maneira totalmente oposta.

Penso que ambas as radicalizações são impróprias, ou desproporcionais, para utilizar a lição de Juarez Freitas.⁴ O perfil tradicional, de neutralidade, é o mais aplau-

³ Cf. CAVALCANTI, Clóvis. Meio Ambiente, Celso Furtado e o desenvolvimento como falácia. *Ambient. soc.*, 2003, vol. 5, n. 2, p. 73-84.

⁴ Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102.

dido pelo poder econômico, que, regra geral, tem apoio majoritário dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Já a radicalização oposta normalmente não vinga, tendo contra si o poderoso instrumento da “suspensão de segurança”, seguida do “fato consumado” em face da morosidade do processo judicial. Estabelece o art. 4º da Lei 8.437/1992 que “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Acrescenta o § 9º desse artigo que “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”. Tais dispositivos reproduzem e ampliam a regra do art. 4º da Lei 4.348/1964 (resquício autoritário?), que, por sua vez, reproduziu o art. 13 da Lei 1.533/1951. É pressuposto do deferimento de liminar em qualquer ação a possibilidade de perecimento do direito e suspender os efeitos de decisão liminar destinada a evitar o perecimento de direito resulta em ofensa ao devido processo legal e negativa de jurisdição. Mas, apesar disso, a suspensão de segurança continua a ser largamente utilizada, sempre em favor da “economia pública”, nunca ou talvez raramente em prol do meio ambiente. No mínimo, proporia alteração ao referido dispositivo legal para tornar expressa a possibilidade de suspensão de segurança para evitar grave lesão ao meio ambiente.

A decisão ideal é aquela que faz prevalecer, na maior medida possível, ao mesmo tempo, os princípios da liberdade econômica e da proteção ambiental. É este o grande desafio para o Poder Judiciário nos julgamentos que envolvem matéria ambiental!

Legitimação constitucional

Carla Dumont Oliveira de Carvalho*

A idéia de que a Constituição expressa a real vontade do povo é meramente simbólica? Que limites deve observar uma Constituição para ser legítima?

1.1 Legitimação pelo procedimento

Se, “no pensamento, o que permanece é o caminho”¹, poderíamos dizer que, na legitimidade, o que a justifica é o procedimento? Os autores procedimentalistas diriam que sim. Para estes, a garantia de uma legislação democraticamente elaborada é o bastante para que seja válido qualquer conteúdo substantivo.²

Impossível pensar em procedimentalismo hoje sem que nos venha à mente a teoria habermasiana. Para este autor alemão, a legitimidade do Direito é alcançada pelo procedimento, não considerado este, entretanto, como algo meramente formal³. O procedimento, ao contrário, deve observar certos princípios para que se assegure sua correção. Devem ser observados o princípio da soberania do povo ou princípio da democracia⁴, aliado ao princípio do discurso⁵. Além disso, exige-se

a “institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política”.⁶ Nesse passo, o sentido normativo do direito não adviria de sua forma, nem de um conteúdo moral dado *a priori*.⁷ Assim, aduz Moreira que: Aduz Moreira que:

[...] o desaparecimento da instância de conteúdo que oferecia um acesso imediato para a práxis em geral gera uma ausência de sentido que, em última instância, confundir-se-á com a recusa mesma da racionalidade. Essa anomia, nesse sentido, depreende-se da falta de um patamar normativo, de um conteúdo que oriente a ação. Não concordando com esse horizonte, Habermas, através da reviravolta lingüística, substituirá a razão prática pela razão comunicativa, acoplando o conceito de racionalidade ao médium lingüístico.⁸

Ao tratar do procedimentalismo de Habermas, Souza Cruz destaca que, entre outras diferenças, se comparado ao substancialismo, está a pressuposição do segundo, de “uma interpretação teleológica de mandamentos morais baseada em éticas substantivas distintas, de maneira a admitir a colisão/ponderação entre valores”.⁹

Sampaio, tratando do procedimentalismo discursivo, assevera que este “descarta qualquer *a priori* ou ética material, que se imponha de fora ao discurso, alardeando que a adoção de princípios substantivos ou concretos levariam à hipostasia da própria ética”.¹⁰ Todavia, adverte o mesmo autor que “não há indicação precisa de como sairemos do ‘círculo naturalista’, vale dizer, como será possível extrair de um procedimento formal conteúdos de valor”.¹¹

* Juíza Federal Substituta da Subseção Judiciária de Montes Claros – MG, Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas, Mestre em Direito Público pela PUC Minas.

¹ HEIDEGGER, Martin. A caminho da linguagem. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 81.

² Nesse ponto, devemos ressaltar desde já que essa não é precisamente a posição de Habermas. Para o autor tedesco, não basta que o povo participe, se não se cumprirem certos requisitos para o discurso.

³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 172.

⁴ “[...] o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 145).

⁵ “O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, uma vez que eu parto da idéia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente.” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1, p. 143).

⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 158.

⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 172.

⁸ MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 108.

⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 136.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 112.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 115.

Pode-se dizer que Habermas fundamenta a legalidade na legitimidade via discurso. Afastamo-nos dele ao pensarmos que a pergunta pelo conteúdo da norma é um exame imprescindível para se assegurar a justiça de um ordenamento jurídico. Certo é que Habermas preocupa-se com o conteúdo, apenas negando que esse definir-se-ia anteriormente ao discurso. Já de nosso lado, parece haver um conteúdo material absoluto, inerente a todo ser humano.

Pela proposta habermasiana, a validade de uma afirmação precisa ser comprovada em face das objeções factuais que se levantem contra ela, operando-se um resgate discursivo de suas pretensões e com vistas a eliminar qualquer esfera metafísica que se pretenda informativa para o conceito de idealidade.¹²

O que pretende Habermas é a conciliação das perspectivas republicana e liberal¹³, através da defesa da co-originariedade da autonomia privada e da autonomia pública:

Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário¹⁴.

É inegável que a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos não podem mais ser vistas como excludentes entre si. Entretanto, não vislumbramos que haja precisamente uma co-originariedade entre ambas, uma vez que os direitos fundamentais pressupostos como essenciais ao discurso são direitos maquiados de condições ou requisitos procedimentais. Ora, Habermas diz expressamente que em tal sistema

de direitos “os cidadãos são *obrigados* a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo”.¹⁵

Para defender o caráter procedimental de tais direitos, Habermas dirá:

No entanto, esses direitos são condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações aquilo que constituem.¹⁶

Parece-nos complicada a outorga de direitos de forma instrumental, leia-se, exclusivamente *para* assegurar-se a formação discursiva da opinião podendo estes não serem positivados após a criação constitucional. Não vislumbramos como um direito possa ser essencial para assegurar a autonomia política, porém passível de eliminação por decisão dessa mesma autonomia dos cidadãos, uma vez que tais direitos para Habermas, repita-se, não podem circunscrever a soberania do legislador. Se, reversamente, considerarmos que tais direitos fundamentais seriam um núcleo de direitos contidos dentro do próprio discurso, são já limitações e conteúdo obrigatório para este. Destarte, dever-se-ia considerá-los requisitos meramente procedimentais ou limites substantivos. Preferimos a segunda via.

Ademais, se a idéia é de um círculo, o eventual desaparecimento *a posteriori* de tais direitos possibilitadores do discurso, se assim decidisse a vontade popular, haveria de se realizar por alguma tangente. É possível esvair-se a substância dos direitos humanos? É com essa força de expressão que questionamos, pois foram palavras retiradas diretamente da obra desse autor procedimentalista.

“A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e

¹² MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 143-144.

¹³ “A teoria habermasiana da democracia visa superar os modelos normativos de política deliberativa legados pelas tradições republicana e liberal [...] a partir do marco teórico-discursivo, buscará construir uma visão não-conflitiva da relação entre autonomia pública e autonomia privada [...]” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Republicanismo e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Ano 2. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf> Acesso em: 15-10-2005.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1, p. 158.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 158.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 165.

da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.¹⁷

Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente parecem estar ligados à idéia de dignidade da pessoa humana de forma conteudística, entretanto Habermas os define como pressupostos viabilizadores do discurso.

Desta sorte, a teoria discursiva entende que a estrutura racional inscrita na autonomia da prática legisladora é a solução para o fundamento dos direitos humanos, para que estes não mais tenham que se apoiar em um estado de natureza fictício¹⁸. O que questiona Habermas seria a idéia de direitos humanos como fatos morais previamente dados¹⁹.

Seria esse pejorativo estado de natureza o único apoio dos direitos humanos? O que dizer da vasta doutrina que os vê, ao contrário, como construções históricas²⁰? Nesse diapasão, seria possível que um procedimento fosse o exclusivo fundamento dos direitos que dele adviriam? Caso afirmativo, como pretende Habermas, a história de tais direitos não teria força normativa alguma, mas tão-somente serviria de inspiração para os constituintes.

Sabe-se que para Habermas o processo constituinte é algo permanente, sempre em construção. Ainda assim, não haveria aí algo além da mera intersubjetividade? É possível que a comunicação transponha e corresponda exatamente à essência do pensamento²¹? Se a linguagem é limitada e o pensamento é humano, caberiam os direitos na linguagem?

Assevera Habermas que direitos humanos dados previamente tornar-se-iam uma restrição à soberania popular, “intocáveis” por esta.²² Parece-nos mais acertado pensar na antecedência principiológica²³ de tais direitos, sem pretender com isso que sejam absolutos. Explica-se. Direitos a serem necessariamente observáveis pelo legislador não equivalem a fortalezas impenetráveis que impossibilitem a consideração do interesse público em detrimento de determinados direitos humanos em casos concretos.²⁴

Nessa linha, Sarmiento pontua ser sustentável que os direitos fundamentais básicos vinculem o próprio constituinte, uma vez que

[...] eles traduzem exigências éticas impostergáveis que se universalizaram, e que devem ser concebidas como limite e também como norte para o exercício do poder, em qualquer das suas manifestações, mesmo a mais elevadas delas, que na ordem jurídica estatal é representada pelo poder constituinte originário.²⁵

Observe-se, ainda, que a eventual preponderância do interesse público visa a assegurar exatamente os direitos dos homens como um todo, como coletividade que compõe o Estado. É cediço que o Direito é feito *para* o homem. A primazia dos direitos humanos em face da deliberação legislativa reforça-se também porque o interesse público é abstrato e dependente de situações específicas, ao passo que os direitos humanos têm se afirmado historicamente como realidades inafastáveis.²⁶ Para Alexy, há uma “prioridade *prima*

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 139.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990. p. 102.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293.

²⁰ “[...] cumpre lembrar que os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepirem o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana.” (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.18-19).

²¹ Esta questão foi levantada pelo Professor Márcio Paiva no Seminário “Para que serve a Teoria do Direito”, no dia 12 de maio de 2005 na Faculdade Mineira de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²² HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.291-292.

²³ “Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma “leitura moral”, pois é sobretudo através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição.” (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.79).

²⁴ Casos concretos devem ser tratados pelo Poder Judiciário. Estamos aqui tratando do plano de elaboração constitucional.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.190.

²⁶ “Por isso, consideramos, sobre todos os aspectos, preferível a idéia de que os direitos humanos, conquanto tenham se originado de fato do pensamento ocidental, se universalizaram e constituem imperativos éticos que protegem todo e qualquer ser humano, independentemente de seu país ou cultura.” (SARMENTO,

facie dos direitos individuais em relação aos bens coletivos”.²⁷

É preciso, ainda, enfrentar a afirmação habermasiana de que a idéia de direitos humanos prévios seria contraditória ao fato de os destinatários das normas verem-se, ao mesmo tempo, como seus co-autores.²⁸ Cumpre asseverar que não partimos da premissa segundo a qual direitos humanos sejam fatos morais simplesmente dados, sem qualquer relevância do contexto histórico. Ao contrário, são direitos afirmados historicamente e justificáveis racionalmente. Direitos que foram paulatinamente se desvelando na consciência e história dos povos, sendo difícil imaginar hoje a ausência de um conteúdo mínimo deontológico comum.²⁹ Note que a consideração do contexto e formas de vida específicas, bem como de conquistas históricas não se contradiz com a imanência dos direitos aqui defendidos como prévios ao poder constituinte³⁰.

Esta discussão liga-se à questão de se saber se o princípio do direito e o princípio da democracia seriam a mesma coisa, ponto que, segundo Manfredo de Oliveira, divide Habermas de Apel. Enquanto o primeiro veria os dois princípios como sinônimos, Apel entenderia que o princípio da democracia é um fenômeno contingente-

histórico em medida muito mais ampla que o direito.³¹ Essa crítica associa-se à afirmação que fizemos pouco antes de que o procedimento discursivo, por si só, não seria suficiente para a afirmação de tais direitos conquistados/reconhecidos há mais de um século. Explica-se. Ainda que o discurso pressuponha tradições culturais, nas quais inexoravelmente estão inseridos direitos humanos, não consegue ele se desvencilhar do “a priori de faticidade do mundo vivido”.³² Diante disso, defenderá Apel uma distância reflexiva do que ele chama de “discurso primordial” em relação a todas as tradições culturais, a fim de que se assegure “uma fundamentação última ético-discursiva dos direitos humanos”.³³ Discordamos de Apel quanto a qual seria essa fundamentação última dos direitos humanos, vez que para ele residiria no plano da comunidade ideal de falantes.

[...] os Direitos Humanos já não deveriam mais ser compreendidos, primeiramente, como exigência da “soberania do povo”, mas, ao contrário, como restrição tendencial dela, quer dizer, da soberania dos estados particulares pela autoridade da organização mundial de todos os Estados [...]³⁴

Habermas alvitra dois requisitos para o discurso prático. O primeiro seria “a autoconsciência e a capacidade da pessoa de assumir uma posição refletida e deliberada quanto às próprias crenças, desejos, valores e princípios”.³⁵ No que tange a esse requisito, seguimos o posicionamento do eminente filósofo. Discordamos,

Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 20).

²⁷ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Apud SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 191.

²⁸ HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293.

²⁹ Lindgren Alves, referindo-se às objeções dos países afro-asiáticos, pontua que “todos, porém, deixaram de ter razão aos poucos, na medida em que os direitos consagrados pelo documento entraram gradativamente nas consciências de seus nacionais, auxiliando-nos, inclusive, nas lutas pela descolonização”. (ALVES, Lindgren J. A. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. Enciclopédia Digital Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html> Acesso em: 10-08-2005.)

³⁰ Em sentido contrário a essa idéia, entende Luzia Marques Pinto: “Também não partilhamos da opinião daqueles autores que, deixando embora já bem vinda a historicidade dos direitos humanos, os encaram como princípios ontológicos do direito natural que vão sendo descobertos no decurso do processo histórico, particularmente em situações-limite.” (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 143).

³¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 171.

³² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 175.

³³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 176.

³⁴ APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso? In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 318.

³⁵ HABERMAS, Jurgen. A ética da discussão e a questão da verdade. Org. de Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 15.

contudo, quanto ao segundo requisito levantado, pelo qual Habermas entende que:

Os participantes, no momento mesmo em que encetam uma tal prática argumentativa, têm de estar dispostos a atender à exigência de cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis para os outros; e, mais ainda, têm de estar dispostos a deixar-se afetar e motivar, em suas decisões afirmativas e negativas, por essas razões e somente por elas.³⁶

Não vislumbramos ser factível tal requisito³⁷, o que corrobora nossa insistência na heterovinculação dos participantes do discurso, os quais, no que nos concerne, seriam os constituintes.

Acerca das regras do discurso, Sampaio alerta que estas podem restringir-se a um processo mental monológico, “pois apenas será construído ou reconstruído na cabeça do gênio que resolve colocar os agentes morais [...] naquela situação imaginária”³⁸.

Imaginando a hipótese de um acordo entre agentes por meio da argumentação dialógica, anota Renaut que a aceitação de um argumento como decisivo ocorre porque o agente comunicante não viu nenhum argumento melhor, devendo tematizarmos daí um momento de monologismo.³⁹ Os direitos humanos,

sendo requisitos, mas não consequência conteudística necessária do discurso, permitiriam, então, que vencesse o melhor argumento, não importando qual fosse o melhor argumento. Certo é que para Habermas tal argumento poderia sempre ser revisto desde que outro o superasse futuramente, dada a provisoriedade da verdade, presente em sua teoria.⁴⁰ Todavia, a alteração e criação de direitos tão-somente pela via argumentativa parece-nos um solo frágil e escorregadio demais. Daí a defesa de uma base material para a justiça e de um núcleo a ser respeitado pelos participantes de uma dada criação constitucional, a fim de que se assegure o Estado democrático de Direito, na concepção que dele temos. É preciso que não nos percamos no campo deliberativo e tão-só parece ser possível por intermédio de direitos humanos substantivos, não se admitindo que estejam estes expostos na arena discursiva, a fim de provarem o seu valor e sob o risco de que um melhor argumento os aniquile.⁴¹

Habermas critica o Comunitarismo por entender que este pressupõe um etos compartilhado desconsiderando o pluralismo. Pergunta-se: também a teoria discursiva, ao admitir somente razões julgadas como válidas por qualquer pessoa, não estaria impossibilitando o pluralismo⁴² em certa medida? Uma vez que as

³⁶ Habermas assevera que o próprio Kant, com sua noção de autonomia, “já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista. E como essa idéia está indissociavelmente ligada ao conceito de razão prática, e ambas colaboram para constituir o conceito de personalidade, parece-me que só podemos preservar a substância mesma da filosofia de Kant dentro de uma estrutura que nos impeça de desenvolver a concepção de subjetividade independentemente de quaisquer relações internas desta com a intersubjetividade.” (HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org. de Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 14-15).

³⁷ Aduz Streck que é impossível ao intérprete colocar-se em lugar do outro. (STRECK, Lenio Luiz. *A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 104).

³⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.115-116.

³⁹ Tal argumento decorre de uma pergunta feita por Alain Renaut a Habermas: “O senhor não acha que é porque “eu” não vejo nenhum argumento melhor (eu e mais ninguém) que reconheço a mim mesmo no final do debate? E que, se este último me parece legítimo, é unicamente por essa razão? Não deveríamos aceitar e tematizar aí um momento de monologismo?”. (HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org. de

Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.p. 6-7).

⁴⁰ “Por outro lado, a filosofia prática atual, aprendendo com os erros do seu passado, já não se reclama de uma razão infalível (receptáculo de leis eternas, naturais ou divinas), mas de uma razão comunicativa que procura fundar na argumentação as suas verdades provisórias.” (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 103).

⁴¹ Quanto à fragilidade do consenso advindo do discurso, vale transcrever uma passagem do livro de Luzia Marques Pinto: “Giegel, citado por Gadamer (e retranscrito pelo próprio Habermas), não deixa de ter razão quando observa: ‘a classe oprimida não se contenta com o pôr em dúvida a aptidão para o diálogo da classe dominante, mas dispõe de razões suficientes para admitir que toda a tentativa de sua parte para encetar um diálogo com a classe dominante não será para esta última senão a ocasião de se assegurar de sua dominação.’ Mas ainda que viessem a pôr-se de acordo, admitindo que tudo se passava no reconhecimento mútuo de iguais direitos, sempre restaria a questão de saber se a convicção dos implicados poderia valer como critério.” (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 33).

⁴² Parece-nos que o pluralismo em Habermas ligar-se-ia à sua idéia de soberania disseminada, “naquelas formas de comunicação sem sujeito que regulam o fluxo da formação discursiva de opinião e vontade [...]” (HABERMAS, Jürgen. *Soberania popular como*

sociedades atuais são inegavelmente plurais, voltemos a Renaut para dizer que somente seres homogêneos ou semelhantes concordariam com tais leis que exigem a concordância de todos os afetados.

Porém, admitamos que seja realmente possível o colocar-se na posição do outro, a idéia de um “alter ego”. Nesse caso, necessário seria o altruísmo digno de um “Hércules constituinte” robusto o suficiente para revidar tudo aquilo que não se refira à força do melhor argumento.⁴³ Ademais, teríamos que pressupor que “todos teriam de saber precisamente o que desejam”⁴⁴ não e deveria ser possível dizer que a opinião de qualquer um seria “tão boa quanto a de qualquer outro.”⁴⁵

Não resta dúvida de que a teoria discursiva é refinadíssima. Entretanto, há um abismo entre a Europa de Habermas e o Brasil de João e Maria. Como observou Sarmiento, “quem tem fome, não é livre para nada!”⁴⁶

Nesse sentido, a adoção de uma teoria que defende o consenso como meio legitimador do Direito, deve pressupor também que a realidade do local onde se pretenda utilizá-la apresenta cidadãos conscientes e envolvidos com discussões dessa estirpe. Nesse Brasil, quem canta e é feliz também enfrenta a faticidade de um mundo cruel demais, no qual o espírito cívico — que se espera em constante expansão apesar dos pesares — ainda precisa amadurecer.⁴⁷

procedimento. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990, p. 111).

⁴³ Interessante alternativa à proposta de Habermas seria a idéia de Julius Frobel (1848) segundo a qual não se exigiria da minoria discordante que concordasse internamente com a opinião majoritária, “mas sim que ela abdique da aplicação prática de sua convicção até que se lhe torne possível fundamentar melhor suas razões e alcançar o número necessário de votantes.” (HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990, p. 103-104).

⁴⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p. 317.

⁴⁵ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

⁴⁶ “Ademais, existe um dado fático relevantíssimo, que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país de Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais [...] o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p.184 e 281).

⁴⁷ “Somos o país do ‘elevador de serviço’ para pobres e pretos; do ‘sabe com quem está falando?’; dos quartos de empregada sem

Em termos empíricos, há uma série de exemplos corroboradores da dificuldade de obtenção da simetria de posições e da idéia de ego e alter ego, que seriam pré-requisitos da situação ideal de fala preconizada por Habermas.

Segundo Mansbridge, estudos revelam que as mulheres falam menos que os homens em debates acirrados, além de perguntarem e ouvirem mais do que emitirem opiniões.⁴⁸

Um estudo versando sobre a participação dos cidadãos no planejamento e alocação de depósitos de materiais perigosos concluiu pela dificuldade de se alcançar soluções negociadas. Os participantes incluíam administradores públicos, cidadãos, a indústria de depósito de rejeitos, representantes de partidos políticos, *experts* e ambientalistas, dentre outros. A forma pela qual os diversos representantes viam uns aos outros e a si mesmos demonstra que o princípio da reciprocidade é incapaz de descer de seu pedestal de contrafactualidade para o “mundo da vida”.⁴⁹ Ademais, os pesquisadores concluíram que, devido aos objetivos opostos das partes envolvidas, grande parte do diálogo e troca de informações foi baseada em considerações estratégicas em detrimento de um desejo por informação comunicativa.⁵⁰

O próprio Habermas reconhece que a soberania popular por ele preconizada é inoperante sem o apoio de uma cultura política na qual exista “uma população

ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da ‘casa-grande e senzala’”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 281).

⁴⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, constituição e realidade. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2003, p. 787.

⁴⁹ Pedido aos participantes para descreverem a si mesmos e aos co-participantes, o resultado foi o seguinte: “Representatives of citizens groups and national environmental organizations saw themselves as powerless defenders of nature who warned others of dangers. Nearby residents saw themselves as disadvantaged victims. Other participants viewed both neighbors and members of citizens groups as hysterics who raised fears and hindered pragmatic solutions. Waste disposal industry representatives saw themselves as weak but reasonable pragmatists seeking a competent solution. Others viewed them as powerful, profitoriented degraders of the environment.” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Controlling environmental policy: the limits of public law in Germany and the United States*. New Haven: Yale University, 1995, p.105).

⁵⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Controlling environmental policy: the limits of public law in Germany and the United States*. New Haven: Yale University, 1995, p. 105.

habituada à liberdade política: não há formação racional de vontade política sem o auxílio de um mundo da vida racionalizado”.⁵¹

Diante disso, reafirmamos a necessidade de definirmos conteúdos obrigatoriamente observáveis pelos grupos de pressão existentes no plano da elaboração constitucional, cientes de que esses existem e perquiram interesses específicos.⁵²

Ressalte-se que não negamos o valor do procedimento democrático, apenas insistimos em que limites sejam impostos à deliberação majoritária para que se garanta, em última instância, a proteção do próprio povo. Limites esses traduzidos na defesa de um conteúdo prévio à Constituição.

1.2 Legitimação pelo Resultado

Venha de que fonte vier a ruptura de uma ordem constitucional e com ela a manifestação do poder constituinte originário, aduz Miranda que esta formação do Estado, à qual relacionamos o processo constituinte que lhe embasa, nunca se reduz a fatos extrajurídicos. É um ato jurídico, posto “ter sempre que apelar para um princípio justificativo e sempre ter de implicar uma concepção de Direito dominante (ou talvez melhor aqui, uma vontade de Direito inovatória)”.⁵³

Aliada ao procedimento democrático, mister se faz a legitimidade substancial:

A supremacia do povo em face da Constituição não se justifica por si própria; ela justifica-se por outros valores e interesses mais elevados, como os direitos fundamentais das pessoas que compõem este povo; não pode ser absolutizada.⁵⁴

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990. p. 111.

⁵² Observa Leonardo Boff, ao tratar dos deputados que elegeram Severino para presidente da Câmara dos Deputados, que “somaram-se à maioria das elites que costumeiramente tratam a República, não como res publica mas como res privata da qual se servem para garantir privilégios, prestígio e dinheiros.” (BOFF, Leonardo. Severino e os severinos. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1 de abril de 2005. p. A13).

⁵³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, p. 77.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, 104.

Oscar Vilhena relembra-nos do artigo original da Constituição norte-americana que proibia qualquer reforma nos dispositivos que garantiam a escravidão.⁵⁵ Da análise do artigo V⁵⁶ da Constituição de 1787, afezem-se duas limitações temporais ao poder de emenda. Até o ano de mil oitocentos e oito, nenhuma emenda poderia ser feita no que tange ao tráfico de escravos e também nenhum tributo direto poderia recair sobre tal tráfico, salvo se não fosse superior a dez dólares por escravo.

Ora, tais limitações ferem cabalmente o princípio da igualdade, comprovando que os pais fundadores não criaram o novo documento em prol de todo o povo americano, ou, pior, os negros não eram considerados povo por não serem sequer pessoas.⁵⁷

Foi preciso uma guerra civil, quase cem anos depois da Constituição promulgada, para que a escravidão fosse abolida do país. Era corrente até então, e mesmo alguns anos depois da guerra, nos “círculo liberais dos Estados do Sul” a defesa de que

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 30.

⁵⁶ “O Congresso, sempre que dois terços de ambas as Câmaras o julguem necessário, poderá propor emendas a esta Constituição, ou, a pedido das legislaturas de dois terços dos vários Estados, convocará uma assembléia para propor emendas que, em qualquer caso, serão válidas para todos os objetivos e propósitos como parte desta Constituição, se ratificados pelas legislaturas de três quartos dos diversos Estados ou por assembléias reunidas para este fim em três quartos destes, podendo o Congresso propor um ou outro modo de ratificação. Nenhuma emenda feita antes do ano de mil oitocentos e oito poderá atingir de qualquer maneira a primeira e a quarta cláusulas da nona seção do artigo I; e nenhum Estado, sem seu consentimento, poderá ser privado de igualdade de sufrágio no Senado.” (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.415).

⁵⁷ Apesar de o art. I, seção 2, da Constituição de 1787 falar em escravos como pessoas ao referir-se ao critério de distribuição de representantes por distritos, segundo o qual se levaria em consideração o número de pessoas livres em cada Estado e três quintos de todas “as outras pessoas”, acreditamos que os escravos não eram vistos como pessoas e sim como coisas e a menção formal da palavra pessoa não muda isso. Ora, como uma pessoa pode ser propriedade de outra? Oscar Vilhena cita parte de *Dread Scott vs. Sandford* que corrobora nossa opinião. A Suprema Corte, negando que os negros fossem cidadãos norte-americanos, vai além: “Ao contrário, eles eram [...] considerados como uma classe de seres subordinados e inferiores (...) e portanto incapazes de se associarem com a raça branca, seja em relações sociais ou políticas.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 70).

a liberdade contratual e de comércio dependia do direito de propriedade de escravos.⁵⁸

Ainda na Convenção Federal, Elster registra que “delegados dos estados escravagistas ameaçaram retirar-se a menos que o tráfico de escravos fosse mantido”.⁵⁹ Donde resta evidente que o procedimento constituinte ilimitado pode lesar direitos tão fundamentais quanto a liberdade e a dignidade da pessoa humana. A Carta Constitucional norte-americana, aponta Barcellos, apesar de fundamentada em um substrato filosófico específico, qual seja o humanismo, conviveu com “realidades que hoje a contrariam de forma irreconciliável, como a escravidão”.⁶⁰

Conforme anota Sampaio, semelhante ultraje constata-se diante do fato de que a escravidão existiu na Grã-Bretanha até 1833, provocando um abismo de alguns séculos entre a dimensão supostamente universal do liberalismo e sua aplicação a todos os seres humanos.⁶¹

Também a abolição da escravidão na França em 1791 não prosperou como pretendiam as românticas linhas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em 1802, Napoleão ressuscitou o malgrado instituto nas colônias francesas, que só seria enterrado definitivamente em 1848.⁶²

Destarte, somente a associação do procedimento democrático com a legitimidade substancial afiguramos como aceitável em processos constituintes. Em se tratando da escravidão, a Constituição norte-americana serviu “como defesa de privilégios absolutamente ilegítimos de uma minoria [...]”.⁶³

Já Spinoza dizia que os reis não são deuses e sim homens, “que freqüentemente se encantam pelo canto

das sereias. Logo, se tudo dependesse da vontade inconstante de um homem, nada seria estável”. Não⁶⁴

Para este autor, leis estabelecidas seriam superiores à vontade humana. É bem verdade que o Direito Natural advindo da vontade divina é algo discutível atualmente. Entretanto, a soberania de origem sobrenatural talvez seja tão absoluta quanto a atual incondicionalidade da soberania popular que combatemos. De fato, Vile, citado por Elster, aponta que homens que já viram o poder real como um perigo, diante do uso do poder do Parlamento por um grupo para ameaçar outros grupos, constataram que “um parlamento pode ser tão tirânico quanto um rei”.⁶⁵ Diante de tal descoberta, fez-se mister o estabelecimento de *checks and balances* no Parlamento, o que ocorreu tanto na América quanto em França.⁶⁶

Há ainda que se considerarem decisões do próprio povo. Vale citar um caso em que a vontade do povo não foi a mais sensata. Narra Elster que, quando da eleição do primeiro parlamento francês após 1945, perguntou-se aos eleitores se eles queriam que a assembléia então eleita fosse também uma assembléia constituinte. Noventa e seis por cento dos eleitores responderam que sim.⁶⁷ Diante disso, conclui-se não só que há alto risco de parcialidade nas decisões de tais parlamentares-constituintes, como também que o povo nem sempre sabe escolher o que é melhor para si próprio.

Mais uma vez, repita-se, a origem popular das leis é inseparável da idéia de Estado Democrático de Direito. Todavia, os direitos fundamentais não podem

⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 187.

⁵⁹ ELSTER, Jon. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and Paris. *Cardozo Law Review*, 1992/1993. p. 109.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. São Paulo: Renovar, 2002. p. 22.

⁶¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 170.

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 205.

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 84.

⁶⁴ (...) who are often enchanted by the Siren's song. Accordingly, if everything depended on the inconstant will of one man, nothing would be stable." *Tractatus Theologico-Politicus* apud ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p.89.

⁶⁵ "A parliament could be as tyrannical as a king." VILE, M.J.C. (1967), *Constitutionalism and the separation of powers*. apud ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 129.

⁶⁶ Lembra Elster que tal ocorreu em 1787 na América, ao passo que na França, em 1789, o poder do rei estava ainda sendo substituído por um Parlamento que só mais tarde seria controlado. (ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 129).

⁶⁷ ELSTER, Jon. *Legislatures as constituent assemblies*. In: BAUMAN, R.; KAHANA, T. (Ed.) *Legislatures and constitutionalism: the role of the legislature in the constitutional state*.

ser resultantes de um processo deliberativo que flua livremente sem qualquer tipo de orientação substantiva. A legitimação do Direito através de valores é possível. Por óbvio não estamos a falar de uma legitimação aparente e sim efetiva, pela busca da igualdade substancial em oposição à formal. A igualdade meramente procedimental não atende às exigências da justiça, uma vez que os direitos humanos são conteúdos e não requisitos procedimentais.

Conforme assevera Barroso, “a democracia tem uma dimensão substantiva, não devendo ser confundida como simples aplicação da regra majoritária”.⁶⁸ José Afonso da Silva, por sua vez, entende que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*.”⁶⁹

Muller não fala que limites materiais deveria o poder constituinte observar de forma taxativa. Todavia, por referir-se expressamente à vinculação material, entendemos que o autor entende tais limitações como necessárias.

Caso exista o correspondente texto da norma, as expressões ‘a partir do povo’ e ‘do povo’ devem ser tratadas normativamente, com isso também de modo materialmente vinculado, conteúdo-tico. Como a legitimidade, a revolução, o direito à resistência, o poder constituinte em geral, elas podem ser derivadas, em parte comparativamente, da tradição dessa família constitucional, preservada historicamente como vinculante, que de qualquer modo até agora não se tornou obsoleta enquanto critério de aferição (âmbito material; ao lado disso, nesse sentido também aspectos interpretativos históricos, genéticos, teóricos oriundos do Direito Comparado).⁷⁰

De fato, alerta-nos que o enunciado “a quem” compete o poder de constituir a constituição é incompleto para se atingir a legitimidade. Entre outras coisas, a pergunta exclusiva pelo “quem”, que aqui interpretamos como a defesa do procedimentalismo:

[...] c) poderia encobrir toda e qualquer barbárie de conteúdo da Constituição ‘normativa’, bem

como da Constituição real com o argumento de que o poder constituinte estaria sabidamente com o povo, sendo portanto esse Estado legítimo.⁷¹

Utilizamos o termo procedimentalismo de forma mais ampla para abordar as diversas correntes que defendem que “toda pretensão de se controlar os resultados produzidos pelo procedimento democrático que extrapole a defesa dos requisitos mínimos para o funcionamento da democracia”⁷² é inaceitável. Para nós, ao contrário, há direitos aos quais o procedimento democrático deve obedecer. Direitos esses que não seriam requisitos para o processo discursivo constituinte e sim propriamente conteúdos observáveis. Daí afastarmos-nos da concepção habermasiana, segundo a qual o princípio do discurso retiraria a dimensão substantiva dos direitos fundamentais:

Por conseguinte, os direitos fundamentais perdem qualquer conotação substantiva, assumindo um papel próprio da comunicação humana. Nesse sentido, a liberdade, por exemplo, resumir-se-á à perspectiva do indivíduo de participar na implementação dos discursos sociais de fundamentação e aplicação de normas jurídicas. A dignidade da pessoa humana passa a ser compreendida pelo fato de todos poderem participar em simétricas condições no discurso com todos os demais interessados.⁷³

Parece-nos que a simétrica paridade equipararia dois conceitos que seriam, em verdade, diferentes: igualdade e dignidade da pessoa humana. O segundo é um dos fundamentos da ordem constitucional brasileira e até mesmo da legitimidade do Direito. É inerente a cada ser humano pelo só fato de ser. A igualdade, por sua vez, é um modo de tratamento justo a pessoas já desde sempre dignas, pois a dignidade é inata, ao passo que a igualdade é reconhecida. Na dignidade da pessoa humana repousaria o “a priori” constitucional como limite ao processo de criação constituinte.

Conforme acentua Kervégan, não há nenhum outro regime que restrinja tanto o espaço não-político,

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. São Paulo: Renovar, 2002.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000.p.146.

⁷⁰ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 92

⁷¹ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 113.

⁷² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 22

⁷³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Poder constituinte e patriotismo constitucional. (No prelo.)

e, por conseguinte, os direitos naturais do homem, quanto a democracia.⁷⁴ Este autor, contudo, defende uma fundamentação estritamente política dos direitos humanos, ancorada no princípio de igualdade política.

De nosso lado, na linha de Muller, a pergunta sobre o conteúdo de uma nova ordem constitucional é essencial para a aferição da legitimidade desta. Sobre possíveis conteúdos, o autor menciona a igualdade jurídica, a proteção de minorias e os direitos fundamentais necessários à democracia.⁷⁵ Vale ressaltar, todavia, o cuidado que o autor tem ao tratar de fixação de conteúdos, pois está plenamente atento para as circunstâncias históricas passíveis de defini-los⁷⁶:

Em termos normativos, o art. 79 III só não transcende a Lei Fundamental e a sua vigência. A teoria constitucional não muda isso, ela não confere nenhuma dignidade jusnaturalista. Preserva um critério de aferição produzido pela história constitucional mais recente da Europa Continental e dos EUA, formulando-o no quadro do horizonte de tempo no qual ela mesma se insere como *essentiale* dessa tradição dotado de vinculação político-moral. [...] A idéia de poder constituinte enquanto pergunta pela legitimidade e pela revolução legítima foi desenvolvida, conquistada em lutas nesse espaço histórico e é aqui apenas tradição vinculante (cultural e jurídica).⁷⁷

O texto transcrito fala em “revolução legítima”,⁷⁸ sendo importante destacar que tal adjetivação denota que há revoluções ilegítimas, ainda que em nome do povo e, em tal hipótese, não haveria espaço para o poder constituinte originário atuar. Muller aduz que “essa liberdade para a revolução legítima enquanto direito de liberdade em nome do Estado Constitucional só pode, portanto, ser concebida no Estado Não-

Constitucional”.⁷⁹ O “poder constituinte do povo”, por sua vez, não é absoluto, sendo necessário caracterizar como ilegítimas práticas que não correspondam a uma atualização do poder constituinte do povo. Também Sampaio alerta-nos para a diferenciação entre mudanças inconstitucionais e manifestações constituintes.⁸⁰

Essas considerações embasam o entendimento de que o poder constituinte originário não é ilimitado e exige sempre a análise do contexto respectivo. Neste sentido, Canotilho: “sob o ponto de vista jurídico, o poder constituinte convoca irrecusavelmente a “força bruta” que constitui uma ordem jurídica para o terreno problemático da legitimação e legitimidade.”⁸¹

Nada como a história para nos ensinar que nem toda revolução é para o bem comum, que a revolução não traz em si o germe da esperança, causando muitas vezes o seu oposto: a destruição e o ódio. Neste sentido, alerta-nos Fernando Armando Ribeiro que:

Sim, já em pleno século XXI, a nossa experiência tem sido suficientemente rica para demonstrar que o progresso político da humanidade não caminha em linha reta e contínua, pois a qualquer instante, sem motivo lógico, estouram novas guerras e conflitos para destruir, num curto interregno de tempo, o que de mais sublime o pensamento humano pôde criar desde as origens do mundo. Hitler e Stalin são exemplos frisantes de tal realidade.⁸²

Os totalitarismos alertaram o mundo para “a necessidade de se reconstruir o sistema jurídico a partir de um conceito ético mais sólido”.⁸³ A Constituição de Weimar não estabelecia limites substantivos à sua reforma, o que terminou por facilitar “a revolução ju-

⁷⁴KERVÉGAN, JEAN-FRANÇOIS. Democracia e direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003. p. 118.

⁷⁵ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 116.

⁷⁶ Frise-se que pensamos que o contexto histórico não é o único critério para se limitar a criação de uma nova constituição.

⁷⁷MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 111.

⁷⁸“O último governante da dinastia de Habsburgo reagiu à informação: ‘Majestade, revolução!’ com a pergunta ‘Pois é, mas será que eles podem fazer isso?’”. (MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 125.)

⁷⁹MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 117.

⁸⁰SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 31.

⁸¹CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999. p. 63.

⁸²RIBEIRO, Fernando Armando. Conflitos no Estado constitucional democrático: por uma compreensão jurídica da desobediência civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 65.

⁸³VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

rídica levada a cabo por Hitler”.⁸⁴ Diante de tais atrocidades:

Tem-se, assim, um processo de substantivação do direito constitucional, passando a legitimidade da produção legislativa, assim como a da reforma da Constituição, a estar vinculadas não somente à realização de um procedimento, mas à submissão a um Direito com conteúdo ético, que busca seu fundamento nos direitos humanos, no direito natural e nos princípios do Estado de Direito e da separação dos Poderes.⁸⁵

Ainda sobre a questão da revolução legítima, comum a qualquer Estado, há um limite imposto pela teoria mulleriana que optamos por denominar de impossibilidade de regressão constitucional. Inadmissível, nessa linha, que o poder constituinte do povo legitimasse a conversão de um Estado Constitucional em ditadura, por exemplo. Neste sentido, a Lei Fundamental de Bonn reconhece o direito de resistência, mas limita-o por disposição constitucional, podendo ser exercido somente contra quem intente derrubar a ordem.⁸⁶ Os princípios ordenadores de tal direito seriam, pois, a forma federativa de estado democrático e social.

O que é reiterado continuamente na obra de Muller é que o poder constituinte deve ser apreciado como texto de norma. Nega este autor, pois, caráter pré-constitucional ao poder constituinte do povo. Também “a concepção do cerne da Constituição não é pré-constitucional. Ela somente entra em jogo quando o ‘poder constituinte’ está contido no respectivo docu-

mento como texto da norma”⁸⁷. Não obstante, o poder constituinte tem um âmbito material que o vincula:

[...] um grupo de instituições, garantias jurídicas e formas de organização que se nutre da tradição na medida homogênea desse círculo constitucional e deve, quanto aos seus pormenores, ser elaborado pela história constitucional e pelo direito constitucional comparado.⁸⁸

Muller propositalmente intitula seu trabalho de ‘fragmento’ sobre o poder constituinte do povo, por entender que este poder restará um fragmento, uma vez que, “enquanto a história real não se cansar de nos superar, ela nos reservará surpresas”.⁸⁹ Da leitura que fizemos, não pretende o autor formular uma teoria universal, nem sequer parece-nos que ele diria estar teorizando e sim apenas restringindo um conceito (poder constituinte) para aplicá-lo à realidade constitucional alemã:

Em vez disso, a expressão “poder constituinte” interessa-nos aqui como texto jurídico (não como texto ideológico); e isso quer dizer, como parte integrante normal dos documentos constitucionais nos quais ela aparece. Por que essa opção? Conceitos não são usados gratuitamente. Diplomas constitucionais não falam impunemente do “poder constituinte”; e se o fazem, deveríamos puni-los por isso – tomando a expressão do poder constituinte ao pé da letra.⁹⁰

José Afonso da Silva, por sua vez, entende que a opção do constituinte de 1988 pela inserção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito foi decorrência do tratamento desrespeitoso, inclusive a prática de tortura, ocorrido no período ditatorial anterior à redemocratização.⁹¹ A história, neste caso, levou a uma exigência

⁸⁴VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 94.

⁸⁵VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25-26. O autor ressalta que tal substantivação não se deu sem aporias. “Uma leitura das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional alemão e das controvérsias ali instauradas pelas diversas correntes de juizes é suficiente para demonstrar isto.” p. 26.

⁸⁶“Contra qualquer um que intente derrubar esta ordem (refere-se à condição de Estado Federal, democrático e social, isto é, à ordem constitucional), todos os alemães têm direito de resistência quando não for possível outro recurso.” Art. 20, alínea 4, da Lei Fundamental de Bonn apud RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no Estado constitucional democrático: por uma compreensão jurídica da desobediência civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 66.

⁸⁷MULLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.130

⁸⁸MULLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

⁸⁹MULLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133.

⁹⁰MULLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 20.

⁹¹SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144-145.

imposta sob o poder constituinte originário. A dignidade da pessoa humana não seria corolário e sim pré-requisito ao poder constituinte, conforme temos sustentado ao longo deste trabalho.

Nesse passo, vale registrar que os direitos aniquilados ao longo da história e por isso reascendidos em constituições posteriores, não obstante serem fruto de um processo histórico necessário à sua afirmação, são também inalienáveis e inatos. Se não foram desde sempre reconhecidos, trata-se aí sim de um problema exclusivamente histórico.

Parece-nos que influências não são voluntariamente descartáveis e sim intrinsecamente vinculadas a qualquer nova ordem que se crie. Conforme nos ensina Gadamer, estamos imersos na tradição,⁹² e é ela quem nos guia. Com Canotilho, temos que “também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural”.⁹³ Entendemos, dessa sorte, que as influências seriam o próprio contexto limitador.

Mister se fazem, entretanto, algumas considerações acerca do alcance de tal limitação. Souza Cruz, versando sobre o Poder Constituinte Originário sob a ótica habermasiana, aduz que:

Por conseguinte, o conceito de mundo da vida não pode ser entendido como um dado *a priori*, algo que seja um limite intransponível para a ação do Poder Constituinte Originário, visto que sua dimensão empírica permite o rompimento/superação de condicionantes impostos por esse pano de fundo lingüístico-cultural que envolvia os interlocutores do discurso.⁹⁴

Parece-nos acertada a possibilidade de superação de certos contextos históricos por uma nova constituição ou nova interpretação constitucional — caso se entenda o processo constituinte como permanente — uma vez que as tradições não podem ser asfixiantes sob pena de não haver liberdade. Tal não impede, to-

davia, a manutenção de um núcleo deontológico⁹⁵ a ser observado. O contexto histórico, pois, influencia, mas nem sempre condiciona integralmente o conteúdo da Constituição.

Apesar do enorme valor conferido ao procedimento democrático em Muller, parece-nos que ele igualmente enfatiza o valor da família constitucional para definição do cerne material da Constituição. Ora, não seria tal família anterior à “constituição da Constituição” e fator determinante para esta? É Muller quem afirma que:

A família constitucional no sentido do cerne material aqui referido é a família liberal-democrática. Contra ela, o “poder constituinte do povo” vai além desse círculo, abrange também variantes radicalmente democráticas, de democracias de conselhos, por fim também variantes populistas e cesaristas.⁹⁶

Vilhena reconhece o risco de que dispositivos superconstitucionais⁹⁷ sejam mal formulados e então propõe que as limitações materiais ao poder de reforma assegurem “proteção especial àqueles direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituem verdadeira reserva constitucional de justiça”.⁹⁸

Em linhas gerais, vislumbramos a antecedência dos direitos humanos em relação à autonomia pública, mas de forma diferente do sentido dado pelos liberais.⁹⁹ Outrossim, a autonomia pública pode, por vezes,

⁹² “Pois também o problema hermenêutico se aparta de um saber puro, separado do ser. Anteriormente falamos da pertença do intérprete à tradição com a qual está às voltas e vimos que a própria compreensão é um momento do acontecer.” (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 414).

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999. p. 77.

⁹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. (No prelo.)

⁹⁵ Assevera Souza Cruz que, para Habermas, os direitos fundamentais têm pretensão de universalidade, pois são capazes de passar no teste de reciprocidade, imposto pelo princípio da moralidade. (CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. (No prelo.)

⁹⁶ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

⁹⁷ Oscar Vieira trata das limitações materiais ao poder de reforma, ou seja, poder constituinte derivado e não originário. Todavia, seu posicionamento é útil também quanto ao nosso objeto de estudo.

⁹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 30.

⁹⁹ Mesmo entre os liberais, há diversas posições possíveis: “No entanto, a história das idéias não é linear, mas às vezes parece percorrer verdadeiros ciclos. E assim, eis que o individualismo burguês, na sua versão mais extremada, ressurgiu no final do século XX, pela voz dos autores ditos libertários, cujo magistério encontrou algum eco no contexto de crise do Estado Social. Os libertários, como Friedrich von Hayek, o casal Friedman e Robert Nozick, não se contentam em afirmar a primazia dos

interferir na autonomia privada, uma vez que não é toda visão particular acerca do que é bom que deve ser legitimada. Nada obstante, há direitos fundamentais limitadores da soberania popular.

A igualdade e a dignidade da pessoa humana, por exemplo, seriam valores traduzíveis em direitos fundamentais passíveis de universalização. Direitos esses que não são produto de convenções.¹⁰⁰ Todavia, direitos fundamentais não são absolutos, o que nos afasta de liberais como Dworkin. Para esse autor, direitos fundamentais não podem ser restringidos por razões de política, emergência ou utilidade, e sim somente em face da proteção de outros direitos também fundamentais (razões de princípios).¹⁰¹

O interesse público é o interesse dos indivíduos *lato sensu*. Como assevera Sampaio, “não existe um terceiro sujeito que seja o seu Geral ou o Sr. Público”.¹⁰² Segue afirmando que é necessário um equilíbrio entre os direitos e a política:

O balanço entre ambos é que possibilita não apenas a existência real dos direitos, mas também levá-los a sério, com uma presunção de prevalência dos direitos contra o risco do *ethos* de sociabilidade se ter convertido em *raison d'état*, sem tanta retórica descompromissada com a dimensão factual da validade dos direitos, mas *taking rights seriously*.¹⁰³

Diante das “opções conjunturais ou de compromissos efêmeros firmados durante o procedimento

constituente”,¹⁰⁴ como assegurar um parto seguro de nosso documento?

Assim como Sarmiento salienta a necessidade de cláusulas pétreas para “a salvaguarda de determinados valores fundamentais, que não podem ficar expostos nem mesmo à vontade das maiorias qualificadas capazes de editarem alterações nas constituições”,¹⁰⁵ defendemos nós um núcleo obrigatório intangível pelos constituintes, não o compreendendo como mero requisito procedimental¹⁰⁶ e sim galgando-o ao *status* de limite material ao poder constituinte originário.

Se é certo que o Direito e as concepções a seu respeito evoluem, há, por outro lado, algo de permanente que não pode se volatilizar diante do princípio democrático, algo de constante a servir de garantia para a coerência das alterações constitucionais seguintes, algo de perene que nem mesmo uma revolução poderia solapar.

Uma das críticas colocadas ao jusnaturalismo, entre outros por Luhmann, é que em tal concepção “vem formulada uma interpretação do ambiente a um nível de complexidade e de variabilidade relativamente baixos”.¹⁰⁷ Todavia, é possível pensar direitos naturais na atual pluralidade em que estamos imersos, mesmo porque “a pluralidade das concepções do mundo não faz da questão do sentido da vida uma questão sem sentido”.¹⁰⁸ O Direito é vivo e mutável posto ser feito

indivíduos sobre a sociedade e o Estado VIRGULAS?— tese que também encampamos. Eles vão muito além disso, ao defender o Estado mínimo, com base numa leitura reducionista dos direitos fundamentais, que não atribui nenhuma importância à igualdade substantiva e à solidariedade e nega o próprio conceito de justiça distributiva — e nisso os libertários diferenciam-se profundamente dos chamados liberais igualitários, como John Rawls e Ronald Dworkin.” (SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.)

¹⁰⁰ Dworkin concebe “os direitos básicos como “direitos naturais” ou “morais” que não são produto de convenções, dos costumes, das leis ou do reconhecimento pelo Estado”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 71.)

¹⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 71.

¹⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3.

¹⁰³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 75.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 358.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 357.

¹⁰⁶ Sarmiento não interpreta as cláusulas pétreas como sendo puramente procedimentais: “na medida em que o conceito de democracia em que nos baseamos é um conceito substantivo, que supõe a garantia dos direitos fundamentais, inclusive sociais, e um nível mínimo de igualdade material entre as pessoas”. (SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 362).

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. Condizioni sociali e politiche dello stato di diritto. Apud PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 57.

¹⁰⁸ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 31.

em face da diversidade e para pessoas em si mesmas plurais, é certo; mas pessoas dotadas de um núcleo comum que é precisamente o que as torna humanas.

Daí autores contemporâneos defenderam a existência de limites transcendentais ao poder constituinte, assim os definindo Miranda:

[...] são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva (conforme se entender).¹⁰⁹

Michael Perry é um dos autores contemporâneos que, apesar de não tratar do poder constituinte em si, defende uma fundamentação religiosa para os direitos humanos, premissa esta que levaria inexoravelmente à sua precedência sobre deliberações políticas ou democráticas.

Em uma citação que faz de Gaita, revela-se a linha que Perry segue em seu raciocínio. Tal citação basicamente nos coloca diante do seguinte mosaico: ouvimos e repetimos que todos os seres humanos detêm a mais preciosa dignidade, que a todos é devido respeito incondicional, que todos possuem direitos inalienáveis e outras variações destas idéias. Pois bem, Gaita então afirma que todas estas ilações são formas de tentarmos dizer o que sentimos necessidade de dizer, só que temos que fazê-lo tolhidos das fontes conceituais que precisaríamos para dizê-lo.¹¹⁰

De fato, é plausível pensarmos que a busca incessante por fundamentos para a dignidade inerente ao ser humano não pode ser feita senão a partir da transcendência mesma do ser. Se é inerente ao ser, não há

como buscá-la em outro lugar que não em sua origem. Pergunta-nos Perry se há alguma base não religiosa capaz de sustentar o peso de que todo ser humano Virgulas?— inclusive o “outro” — tem dignidade inerente e por isso é inviolável.¹¹¹

Se o homem nasce com um valor intrínseco, se o homem nasce livre, se é digno desde sempre... De onde vem este valor? É suficiente que o reconhecimento mútuo de tais valores seja a base, o cerne de tais direitos? Ora, se são intrínsecos, somente *a posteriori* seriam intersubjetivos, no que forem delegáveis.

Habermas tem no consenso um dos pontos marcantes em sua teoria. Apostar no consenso exige a crença de que este tende a ser atingido democraticamente: “[...] direitos individuais pleiteáveis só podem ser derivados de normas que tenham sido proceduralmente, isto é, intersubjetivamente reconhecidas em uma comunidade jurídica”.¹¹²

Prosegue este autor aduzindo que só há autonomia quando há autolegislação, nesse sentido “o modelo da assembleia constituinte é o momento crítico para uma compreensão construtivista dos direitos fundamentais”.¹¹³ Só que toda construção pressupõe bases sólidas, sem as quais os valores mais caros esvaírem-se “embotados de cimento e lágrima”. É preciso pensar a realidade como ela é, os agentes com interesses muitas vezes inegociáveis, porque impostos por fatores econômicos e ideológicos, e as pessoas com direitos irrenunciáveis que precisam ser protegidos efetivamente contra o mundo real, toda vez que o mundo da vida¹¹⁴ não alcançar sua dimensão transcendente.

Dirá Habermas, pois, que “não podemos

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, p. 107.

¹¹⁰ “We may say that all human beings are inestimably precious, that they are ends in themselves, that they are owed unconditional respect, that they possess inalienable rights, and, of course, that they possess inalienable dignity. In my judgment these are ways of trying to say what we feel a need to say when we are estranged from the conceptual resources we need to say it. Be that as it may, each is problematic and contentious. Not one of them has the simple power of the religious ways of speaking.” (GAITA, Raimond. A common humanity: thinking about love and truth and justice. Apud PERRY, Michael J. The morality of human rights: a nonreligious ground? Emory Law Journal, v. 54, p. 97-150, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=685550>> Acesso em: 01-1-2005 p.103).

¹¹¹ PERRY, Michael J. The morality of human rights: a nonreligious ground? Emory Law Journal, v.54, p. 97-150, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=685550>> Acesso em: 01-10-2005. p. 125.

¹¹² HABERMAS, Jurgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. Trad. de Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 79.

¹¹³ HABERMAS, Jurgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. Trad. de Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 80.

¹¹⁴ O mundo da vida é uma expressão utilizada por Habermas cuja dimensão transcendente “constitui um pano de fundo no qual a humanidade se insere de forma intersubjetivamente compartilhada, o que transforma aquele que participa de um discurso em alguém que ‘está-envolvido-numa-comunicação-linguística-voltada-para-o-consenso’”. (CRUZ, Álvaro Ricardo

conhecer a verdade, esta pode apenas ser pensada, de modo que é necessário declinarmos desta pretensão e contentarmo-nos com a pós-metafísica aceitabilidade racional.¹¹⁵ Abandonar a verdade e seguir tendo por norte o fato de que só podemos andar para a frente e que sempre teremos a provisoriamente do consenso factual. Cabe aqui pensarmos com Moreira:

[...] o argumento habermasiano padece de fraquezas: a primeira, do ponto de vista epistemológico, por que se deve aceitar um argumento quando este contraria interesses ou convicções? Como consequência, se todos os argumentos são marcados pela falibilidade, como Habermas legitima sua assertiva? Finalmente, e mais importante, deduz-se de seus argumentos um metadiscurso que se torna externo às suas prescrições. Portanto, parece que tal argumentação concede demasiadamente a um consenso factual, praticamente eliminando qualquer possibilidade de se perquirir a validade dessa forma de argumentação.¹¹⁶

Merece menção nesta discussão acerca dos direitos humanos o americano Richard Rorty. Parte ele de um ponto mais à frente na trajetória dos direitos humanos, entendendo que não há necessidade de questionarmos sobre a origem desta estrada. Parte ele da “cultura dos direitos humanos”, cultivada no Ocidente e moralmente superior.¹¹⁷ Por que moralmente superior? Tal pergunta não seria cabível à luz da teoria rortyana precisamente porque ele rejeita a fundamentação dos direitos humanos, entendendo que, se esta não trouxe soluções satisfatórias até hoje, é preciso que alteremos a pergunta a ser feita. Ao invés de indagarmos qual é a nossa natureza, passaremos a questionar o que podemos fazer de nós mesmos.¹¹⁸

Os pós-modernos em geral negam a possibilidade de qualquer alegação universal de direitos humanos. A consequência de tal relativização de verdades é a de destruir qualquer base universal, normativa e princi-

piológica para se dizer que direitos humanos simplesmente existem.¹¹⁹

Sem tal base, aduz Zuhtu Arslan que não haverá também nenhum critério para que possamos distinguir entre o certo e o errado, sendo que tal *vacuum* ético poderia levar à legitimação/justificação de qualquer crença e prática no reino dos direitos.¹²⁰ Daí a necessidade de um *a priori* constitucional.

Conclusões

Se de um lado é bem verdade que a procura de uma fundamentação dos direitos humanos mobilizou variados autores, sendo que talvez nunca se chegue a uma teoria satisfatória ou imune a críticas, por outro, tal caminhar contínuo pela resposta fundamental a perguntas do tipo: “por que temos direitos, seriam eles inalienáveis e inatos?” é o que fortalece e protege a dignidade da pessoa humana.

Apesar da grandeza da teoria habermasiana, a sua fundamentação dos direitos humanos na intersubjetividade e não na dignidade da pessoa humana¹²¹ é algo do qual discordamos. Por certo, Habermas pressupõe para isso as categorias de direitos fundamentais que irão permitir a igualdade de condições no discurso. Mas tais pressupostos parecem estáveis em face da mudança que de resto se impõe ao processo de criação constitucional. Se são estáveis, de onde decorreriam? Pelo menos tais condições não seriam provenientes de um consenso moral e o restante ficaria por conta do consenso procedimental?¹²²

de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 95.)

¹¹⁵MOREIRA, Luiz. Introdução. In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 21.

¹¹⁶MOREIRA, Luiz. Introdução. In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 21.

¹¹⁷RORTY, Richard. Human rights, rationality, and sentimentality. Disponível em: <http://www.usm.maine.edu/~bcj/issues/three/rorty_text.html>. Acesso em: 20-09-2005.

¹¹⁸RORTY, Richard. Human rights, rationality, and sentimentality. Disponível em: <http://www.usm.maine.edu/~bcj/issues/three/rorty_text.html>. Acesso em: 20-09-2005.

¹¹⁹ARSLAN, Zuhtu. Taking Rights less seriously. Res Publica, Netherlands, v. 5, p. 195-215, 1999. p. 210.

¹²⁰ARSLAN, Zuhtu. Taking Rights less seriously. Res Publica, Netherlands, v. 5, p. 195-215, 1999. p. 209.

¹²¹“Conseqüentemente para ele a busca de uma fundamentação da cidadania e dos direitos humanos na dignidade da pessoa humana revela-se insuficiente, pois é a intersubjetividade de sujeitos livres e iguais que se associam para viverem e autolegislares como homens livres e iguais é que possibilita essa fundamentação.” COSTA, Alexandre Bernardino. Desafios da teoria do poder constituinte no Estado Democrático de Direito. UFMG. Belo Horizonte, 2005. P.166.

¹²²Aduz Alexandre Costa que para Habermas “O direito constitucional não reflete um consenso moral, mas sim um consenso procedimental que possibilita ao poder constituinte sua permanente e dinâmica atualização”. (COSTA, Alexandre Bernardino. Desafios da teoria do poder constituinte no Estado Democrático de Direito. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade

Pensamos, pois, que as condições possibilitadoras do discurso encerrariam em si uma dignidade substancial, impassível de negociação. Afirmar isso não implica a adoção de valores predominantes em detrimento do pluralismo e sim reconhecer um mínimo altamente controverso, uma vez que cada um o verá de forma diversa.¹²³ Mas o ponto que se pretende frisar muito menos que elencar tais direitos fundamentais é dizer de sua substancialidade. Partir da premissa de que sua materialidade é anterior ao discurso.

Por isso, é que se opta por uma visão material dos direitos fundamentais, como valores a serem justificados por si, que se bastam em seu valor, antes de qualquer consenso, como marcos da dignidade humana. Não há como enumerá-los taxativamente ou mesmo categorizá-los, de sorte que é cada situação que conduzirá à elucidação de tais direitos. Também no processo constituinte estão tais direitos a atuar como princípios norteadores de toda a ordem constitucional, seja ele um processo radicalmente novo ou uma transição. Princípios estes jamais vistos como meios ou requisitos a possibilitar processos decisórios dos quais surgiriam direitos substantivos.

Mister que fique claro também que só existe democracia onde houver liberdade e igualdade. Nesse sentido, constitucionalismo e democracia são perfeitamente conciliáveis.

De fato, ainda que se pretenda afirmar que o poder constituinte originário rompa integralmente com a ordem constitucional anterior, seria possível aceitarmos sua ruptura também com o constitucionalismo? Não vislumbramos. Poderia haver uma inconstitucionalidade em relação à Carta com a qual rompe, sem, contudo, ser admitida discordância com os pilares do constitucionalismo.

Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte. p. 139).

¹²³“O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.” (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Direito e Democracia, Canoas*, v. 3, n. 2, 345-383, 2 sem. 2002. p. 376).

Nesta esteira, há elementos do constitucionalismo¹²⁴ que devem ser observados por toda e qualquer constituição, quais sejam a limitação dos poderes governamentais, a aderência à lei e a proteção dos direitos fundamentais.¹²⁵ Podemos dizer que o constitucionalismo evoluiu com a história,¹²⁶ sem perder jamais sua característica de limitação do poder constituinte originário.

É esta nossa idéia de legitimação constitucional: a dignidade da pessoa humana. É este o limite onipresente a que o poder constituinte deve obedecer. Outros tantos: circunstanciais, temporais, históricos existem. Mas nenhum outro é perene, a não ser este: os direitos fundamentais sempre decorrentes desta dignidade.

A eternidade destes valores talvez não tenha se concretizado neste texto como se esperaria, sob o viés positivista. Mas o que se pretendeu aqui foi, acima de tudo, preencher corações e não textos legais. Criar sentimentos e não doutrinas sistematizadas. Gerar esperança e não filosofia. Enfim, é dizer com Antígona a Creonte:

“Então, por que demoras? Em tuas palavras não há: e nunca haja: nada de agradável. Da mesma forma, as minhas devem ser-te odiosas. E quanto à glória, poderia haver maior que dar ao meu irmão um funeral condigno? (Designando o Coro com um gesto.) Eles me aprovariam, todos, se o temor não lhes tolhesse a língua, mas a tirania, entre outros privilégios, dá o de fazer e o de dizer sem restrições o que se quer.”

¹²⁴Usamos o termo constitucionalismo tendo por marco a Revolução Francesa.

¹²⁵ROSENFELD, Michel. *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives*. London: Duke University Press, 1994. p. 3.

¹²⁶“Surgido no século XVIII e triunfante no século XIX, o conceito de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam. Em vez de um conteúdo determinante e único, torna-se, com a sua propagação e com a sua adoção por diferentes regimes e sistemas políticos (como se sabe), um conceito aberto a uma pluralidade de conteúdos.” MIRANDA, Jorge. *MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, p. 19).

O direito fundamental do feto anencefálico

(uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54)*

Luís Carlos Martins Alves Jr.**

Em honra à memória de José Alfredo de Oliveira Baracho***

“Nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva”;

“A jurisdição constitucional da liberdade é o instrumento para resguardar o cumprimento e a superioridade de certos direitos fundamentais inderrogáveis”.

(Processo Constitucional, pp. 85 e 114)

I. Introdução

1. O presente texto analisa o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 (ADPF 54) em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

* Palestra proferida no evento Sexta Jurídica, organizado pela Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado Piauí, ocorrido em Teresina, 27/09/2007.

** Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí – UFPI; Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Professor de Direito Constitucional da Escola da Advocacia-Geral da União – EAGU; Procurador da Fazenda Nacional junto ao Supremo Tribunal Federal; Advogado inscrito na OAB/PI número 5060.

*** José Alfredo de Oliveira Baracho foi um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros e uma referência nacional na docência jurídica. Era Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – FDUFG. Foi Diretor da FDUFG e Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da FDUFG. Conquistou, mediante concurso, a livre-docência e a titularidade em Direito Constitucional da FDUFG. São de sua autoria, entre outros, os seguintes livros: Teoria Geral do Federalismo; Regimes Políticos; Teoria da Constituição; Processo Constitucional; Teoria Geral da Cidadania; O Princípio da Subsidiariedade; Teoria Geral das Comissões Parlamentares de Inquérito; A Constituição e a Constituinte; A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações. Teve mais de uma centena de artigos publicados e dezenas de capítulos de livros em co-autoria. Conferencista no Brasil e no exterior. Faleceu em Belo Horizonte a 10/09/2007.

2. A mencionada ADPF 54 tem como objetivo, em síntese, desautorizar a punição criminal em sede de aborto de feto anencefálico, porquanto haveria tão-somente a antecipação terapêutica do parto, visto que o feto portador de anencefalia não tem qualquer perspectiva de vida extra-uterina e, sendo inviável a sua sobrevivência, não estaria esse feto protegido pela legislação penal.

3. Por essa razão, sobre as gestantes e sobre os profissionais de saúde não poderiam incidir as prescrições normativas do Código Penal (CP) relacionadas ao aborto (Arts. 124, 126 e 128), ampliando-se, por consequência e na prática, as hipóteses excludentes de ilicitude e de punibilidade contidas no Art. 128, I e II, CP, nos casos de aborto necessário (se não houver outro meio de salvar a vida da gestante) ou aborto moral (se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal).

4. Neste espaço, cuidaremos das principais teses deduzidas na petição inicial da referida ação, as objeções jurídicas levantadas em desfavor da aludida pretensão e os argumentos utilizados pelos juízes do STF, bem como perspectivar as hipóteses de desfecho desse processo.

5. Isso será feito a partir da compreensão dos direitos fundamentais na atual quadra do Estado Democrático de Direito inaugurado em 05/10/1998, com a promulgação da vigente Constituição da República. Para esse fim, visitaremos os significados de direitos fundamentais e os situaremos dentro dos paradigmas constitucionais adequados.

6. O tema é problemático porque não tem uma resposta imediata, válida e aceitável, posto de um lado, em princípio, há o legítimo interesse da mulher de gestar um feto viável ou de ser mãe de uma criança saudável; e do outro, há a defesa do gênero humano em si, independentemente de sua viabilidade, seja na fase intra-uterina, seja fora do útero materno ou em qualquer situação. E há, ainda, a perspectiva do feto anence-

fálico, ser desprovido de razão, ciência e absolutamente alheio a todo esse embate.

7. O aborto, junto com a eutanásia, suicídio, homossexualidade, racismo, clonagem, células-tronco entre outras difíceis questões, são temas delicados e que provocam, não raras vezes, paixões desenfreadas que não permitem uma discussão racional e civilizada. Em uma sociedade aberta e democrática, todos os interessados devem ter a oportunidade de ouvir e conhecer as várias opiniões sobre as questões mais importantes, em todas as perspectivas. A pluralidade é a tolerância, aceitação e convivência dos divergentes. Ser contrário não é ser inimigo. Na democracia, deve prevalecer o convencimento livre e racional, com o devido respeito às opiniões dissidentes e contrárias às da maioria vencedora.

8. A par disso, buscaremos a melhor resposta possível ante esse caso que toca fundo em questões religiosas, morais, psicológicas, fisiológicas, emocionais e jurídicas, através de um prisma racional e à luz de uma adequada interpretação constitucional, procurando enxergar os principais ângulos do tema.

9. Nada obstante esses aspectos religiosos empolgados na controvérsia sob estudo, é preciso deixar o credo religioso alheio à presente análise, a despeito da sua importância e relevância sociais.¹ Isso porque só é viável discutir à luz das concepções religiosas com quem compartilha dessas mesmas concepções e professa o mesmo credo religioso. Se as partes envolvidas não aceitam as premissas dogmáticas, toda discussão perde sentido.²

10. Assim, não discutiremos os dogmas e verdades religiosas por respeito àqueles que não compartilham dessas concepções de fé, seja porque professam outro credo religioso, seja porque não professam credo algum.³

¹ Em sentido contrário: DAWKIN, Richard. Deus, um delírio (The God delusion). Tradução de Fernanda Ravagnani. São Paulo: Companhia das Letras, 2007; DENNETT, Daniel. Quebrando o encanto — a religião como fenômeno natural (Breaking the spell). Tradução de Helena Londres. São Paulo: Globo, 2006.

² Uma perspectiva tolerante: KAMEL, Ali. Sobre o Islã — a afinidade entre muçulmanos, judeus e cristãos e as origens do terrorismo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

³ Uma perspectiva histórica: BROWKER, John. Deus — uma breve história (God — A brief history). Tradução de Kanji Editoração. São Paulo: Globo, 2002.

11. Ao nosso sentir, a fé e a crença espiritual são individuais e servem para pautar a própria conduta do indivíduo que as possui. As normas religiosas só têm valor para a comunidade dos fiéis que participam do mesmo culto.⁴ Em hipótese alguma, em uma sociedade democrática, a coletividade deve pautar as condutas e comportamentos de seus membros a partir de imposições normativas religiosas, sobretudo em respeito àqueles que não compartilham das mesmas crenças.

12. Em uma sociedade contemporânea, as normas que regulam as condutas e os comportamentos das pessoas são criadas por legítimos representantes eleitos democraticamente e segundo critérios estabelecidos a partir do livre convencimento racional com a persuasão do diálogo sincero, em vez do obscurantismo, do medo ou da força. A fé religiosa ilumina as escolhas da pessoa. A sã razão deve ser o eixo que alicerça a convivência pacífica de todos os indivíduos no seio de uma coletividade aberta e plural.

13. Todavia, esta análise será dogmática. Terá como ponto de partida inquestionável e indiscutível a supremacia normativa dos direitos fundamentais e a defesa radical dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da vida e da liberdade. Será esse o fio condutor para o caminho em busca de uma verdade constitucional racionalmente aceitável e convincente.

II. A Petição Inicial da ADPF 54⁵

14. Em 17/06/2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, por intermédio de seu ilustre advogado professor Luís Roberto Barroso, ajuizou a referida ADPF 54 “*indicando como preceitos constitucionais fundamentais vulnerados o art. 1º, IV, (dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II, (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, caput, e 196 (direito à saúde) e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, caput, 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940)*”. A arguição

⁴ Uma perspectiva catequética: RATZINGER, Joseph – Papa Bento XVI. Jesus de Nazaré (Jesus von Nazareth). Tradução de José Jacinto Ferreira de Farias. São Paulo: Planeta, 2007.

⁵ O inteiro teor da referida petição inicial pode ser encontrado na página virtual do STF (www.stf.gov.br/peticaoInicial). Indique ADPF 54.

foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio para relatoria do feito.

15. A aludida petição inicial da CNTS contém o seguinte requerimento principal: *“que essa egrégia Corte, procedendo a uma interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), declare inconstitucional, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez do feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado”*.

16. Alternativamente, e por eventualidade, na hipótese de descabimento da ADPF, *“pediu a CNTS o seu recebimento como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), uma vez que se pretende uma interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, sem redução do texto, hipótese, portanto, que incidiria a jurisprudência consagrada do STF relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional”*.

17. A CNTS, mencionando a existência do *fumus boni juris* (“fumaça do bom direito”) e de *periculum in mora* (“perigo na demora”), também requereu que fosse concedida liminarmente medida cautelar *“para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendem aplicar ou tenham aplicado os indigitados dispositivos do Código Penal, nos casos de antecipação terapêutica dos fetos anencefálicos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao referido procedimento, e do profissional da saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.”*

18. Os principais argumentos de mérito articulados pela CNTS podem ser assim resumidos:

18.1. A antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico não é aborto.

18.2. O feto anencefálico não tem sobrevivida extra-uterina, porquanto não é nem um nascituro.

18.3. Diagnosticada a anencefalia não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável.

18.4. A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.

18.5. Em linguagem vulgar, a anencefalia é “a ausência de cérebro”, anomalia que importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

18.6. A patologia, nada obstante, permite algumas funções inferiores que controlam a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.

18.7. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivida de no máximo algumas horas após o parto.

18.8. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa.

18.9. Aproximadamente 65% dos fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino.

18.10. Se nada pode ser feito pelo feto anencefálico, por outro lado, em favor da gestante, para reduzir os riscos à sua saúde e os danos emocionais causados por esse sofrimento, pode ser feita a antecipação terapêutica do parto.

18.11. O aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto.

18.12. O legislador penal na década de 40 não tinha a tecnologia necessária para diagnosticar essas anomalias fetais, daí, provavelmente, porque não estavam como hipóteses excludentes da ilicitude e punibilidade no crime de aborto.

18.13. O anacronismo da legislação penal não pode impedir o resguardo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, privilegiando-se um positivismo exarcebado em detrimento de uma interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.

18.14. A proteção legal ao feto, mediante a criminalização do aborto, é no sentido de resguardar a possibilidade de o feto viável nascer com vida. Sem a viabilidade extra-uterina, não há que se falar em crime de aborto.

18.15. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia, frustração, importa violação da sua dignidade humana.

18.16. É tortura impor à mulher situação de intenso sofrimento físico e mental, causado intencionalmente e que pode ser evitado, mediante a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo que nunca poderá se tornar um ser vivo.

18.17. Fere a autonomia da vontade da mulher a sua proibição de antecipar terapêuticamente o parto de feto anencefálico, haja vista a inexistência de norma legal proibitiva.

18.18. Importa em indevida e injustificável restrição ao direito de saúde da mulher impedir a antecipação terapêutica do parto, visto que a saúde é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

19. Os argumentos usados preliminarmente no sentido do cabimento da ADPF como ação constitucional adequada para provocar a jurisdição constitucional do STF serão apreciados em outro tópico deste trabalho.

III. A Decisão do Ministro Marco Aurélio⁶

20. Em 01/07/2004, o relator do feito, Ministro Marco Aurélio, proferiu decisão monocrática e liminar favorável ao pleito da Argüente – CNTS. Eis o dispositivo final da mencionada decisão: “*Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto*”.

21. O relator, após analisar a situação posta pela argüente, sobretudo diante do histórico processual de casos particulares que dificilmente receberiam o crivo do STF, haja vista o modelo recursal brasileiro que enseja a demora na prestação jurisdicional definitiva, recordou o sucedido no *Habeas Corpus* 84.025-6/RJ (Relator Ministro Joaquim Barbosa)⁷, que foi julga-

do prejudicado, tendo em vista o nascimento de feto anencefálico, com sua subsequente morte.

22. O HC 84.025 (STF) teve como objeto o acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ proferido nos autos do *Habeas Corpus* 32.159 (Rel. Ministra Laurita Vaz)⁸, que por sua vez teve como objeto acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos da Apelação Criminal 200305005208 (Rel. Des. Giselda Leitão Teixeira)⁹, que, nessa linha, teve como objeto decisão da Justiça Criminal de Teresópolis no processo 2003.061.007746-1 (Juiz Paulo Rodolfo M. Gomes). Entre a descoberta da anencefalia e a prestação jurisdicional definitiva do STF ocorreu o nascimento da criança, pois o houve o percurso de quatro instâncias julgadoras.

23. Ante o apontado retrospecto processual, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, entendeu presentes os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar pleiteada: o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito ou densa plausibilidade jurídica da pretensão deduzida) e o *periculum in mora* (perigo na demora que inviabilizaria a definitiva prestação jurisdicional).

24. Essa mencionada decisão solitária do Relator necessitava da chancela dos demais Ministros do STF que apreciariam a sua permanência no sistema jurídico brasileiro.

IV. A Manifestação da CNBB¹⁰

25. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, à época representada por este subscritor, requereu seu ingresso no feito na qualidade de “*amicus curiae*” e apresentou brevíssimo memorial requerendo a revogação da medida da cautelar deferida liminarmente.

26. Segundo a CNBB, a matéria em discussão é da mais alta relevância, haja vista discutir-se o direito fundamental do feto anencefálico de nascer. É a humanidade do feto que está em discussão.

⁶ A decisão do relator está disponível na página virtual do STF (www.stf.gov.br).

⁷ O inteiro teor do acórdão do HC 84.025 está disponível na página virtual do STF (www.stf.gov.br).

⁸ O inteiro teor do acórdão do STJ está disponível em sua página virtual (www.stj.gov.br).

⁹ O inteiro teor do acórdão do TJERJ está disponível em sua página virtual (www.tj.rj.gov.br).

¹⁰ O brevíssimo Memorial da CNBB está disponível na página virtual do Jus Navigandi (www.jus.com.br).

27. Entende a CNBB que não poderia o Relator, em decisão monocrática, liminar e precária, legislar positivamente inaugurando uma nova hipótese de exclusão de ilicitude do aborto.

28. Para a CNBB, o feto anencefálico, conquanto seja inviável sua vida extra-uterina, é ser vivo e merecedor de proteção jurídica. E entre o reconhecido mal-estar da gestante e a idoneidade do feto, a CNBB opta pela defesa deste.

29. A CNBB reconhece a gravidade da discussão acerca da legitimidade do poder humano em decidir sobre a vida humana de outrem. Para a CNBB o feto anencefálico é um ser humano. Possuidor do legítimo direito de viver no útero de sua mãe até o esgotamento natural de suas possibilidades.

30. Em vista dessa situação, a CNBB submeteu aos juízes do STF as seguintes indagações:

30.1. O feto anencefálico é ser humano ou é uma “coisa”?

30.2. Dizem que é um “ser não-vivo”. O que é esse ser não-vivo?

30.3. É ser dotado de uma essencial dignidade e merecedor de uma especial proteção ou é um sub-humano, uma coisa em forma humana?

30.4. O feto anencefálico é uma patologia ou é anencefalia que é uma patologia?

30.5. O doente se confunde com a doença? O anômalo com a anomalia?

30.6. Acabaremos com as doenças dizimando os doentes?

30.7. A humanidade de um ser está apenas em sua racionalidade? Somente os seres racionais são humanos?

30.8. A proteção ao nascituro, desde a concepção, é letra morta do nosso Código Civil?

30.9. Só o nascituro com viabilidade extra-uterina é merecedor de proteção jurídica?

30.10. Somente seres humanos viáveis são destinatários de proteção?

30.11. A dignidade da vida do feto anencefálico é inferior ao bem-estar da mulher gestante?

30.12. Uma gravidez pode ser comparada a uma tortura ou a um tratamento degradante porque o feto não atende às expectativas dos pais?

30.13. Fica a dignidade de uma gestante aviltada por carregar em seu ventre um feto anencefálico?

30.14. O abortamento ou o eufemismo “antecipação terapêutica do parto” se justificam por uma razão de bem-estar da gestante ou da família?

30.15. A vida requer adjetivos e outros qualificativos ou ela se basta enquanto si?

30.16. O que vale mais que a vida humana? O bem-estar?

30.17. A vida só deve ser protegida se útil?

30.18. Quem são os úteis para viver?

30.19. O feto anencefálico é um outro, um ser humano vivo, ou não passa de um pedaço de carne que deve ser extirpado do corpo da gestante?

30.20. A mão humana deve intervir para salvar ou para matar?

30.21. Os avanços da medicina e da ciência devem atropelar as concepções éticas de uma sociedade?

30.22. O sacrifício da vida do feto anencefálico restaura a dignidade da gestante?

30.23. O feto anencefálico não tem o direito de morrer naturalmente?

31. Segundo a CNBB “o ser humano, independentemente de sua forma ou estágio, é pessoa humana, sujeito e nunca uma coisa ou um ser qualquer. A pessoa humana, seja em que estágio for ou estiver, não pode ser coisificada ou desqualificada em hipótese alguma”.

32. Para a CNBB “Todo ser humano, e o feto anencefálico é ser humano, independentemente da situação em que se encontre, é merecedor de uma especial atenção e dotado de uma essencial dignidade. E eles — fetos anencefálicos e todos que não tenham viabilidade ou que não sejam mais úteis — mais do que nunca, por não poderem se defender e sem terem nada, sequer a consciência de sua dignidade, são os que devem ser especialmente protegidos”.

33. Aduz a CNBB que “o sofrimento da gestante e da família a todos sensibiliza e não podemos ser indiferentes a essa dor e angústia. Mas esse sofrimento não justifica nem autoriza o sacrifício da vida do filho que se carrega no ventre. Não é uma simples escolha, um simples ato de vontade, não se trata apenas do próprio corpo, mas se cuida de outra vida, de vida autônoma, de vida que vale por si, pelo simples fato de existir. Ou o feto anencefálico não existe?”.

34. Continua a CNBB: “Não será a antecipação da morte que livrará a mãe ou o feto de seus sofrimentos. O sacrifício da vida fetal, nada obstante a inviabilidade

de extra-uterina, não se justifica em face dos interesses maternos ou familiares. O sacrifício de uma vida, e o feto anencefálico é ser humano vivo, insistimos, porque essa vida é inviável socialmente não pode ser aceito no atual estágio e grau de desenvolvimento de nossa cultura”.

35. Argumenta a CNBB: “Vislumbrar o feto anencefálico como uma “coisa” sub-humana, patologia, ou qualificações similares nos lembra a retórica nazi-fascista ou daqueles que desprezam a pessoa humana. Destila-se contra o feto anencefálico o ódio venenoso que mata qualquer sentimento de civilização que temos. Nós não podemos nos juntar às culturas que matavam àqueles que não atendiam as suas expectativas, sejam quais forem: físicas, estéticas, éticas, religiosas, sexuais, econômicas, raciais etc”.

36. Arremata a CNBB: “Em um Estado que se diz e que se quer Democrático e de Direito, os mais frágeis são os primeiros a serem protegidos e não mortos ou terem antecipada terapeuticamente a sua morte”.

37. Por isso, alfim, a Conferência dos Prelados católicos lançou o seguinte brado e requerimento: “nestes termos, pedimos e esperamos uma profunda reflexão ética sobre o tema. Que a luz da sã razão ilumine as suas consciências e que pensem, não apenas no direito de decidir da gestante, mas nos direitos que não tiveram os fetos anencefálicos”.

38. A despeito de ser uma entidade de natureza religiosa, a CNBB procurou enfrentar a questão à luz do direito e da ética. Em sua petição, não se invocou enunciados bíblicos nem as normas canônicas¹¹ como estratégia argumentativa de convencimento, mas tão-somente como justificativa de seu interesse na ação.

39. Induvidosamente, a atuação da CNBB foi impulsionada pelas concepções religiosas de seus membros — Bispos católicos —, que estão enunciadas nas Sagradas Escrituras, na Sagrada Tradição e no Sagrado Magistério da Igreja. É sobre esse tripé que está assentado o cristianismo professado pela Igreja Católica.¹²

40. Para a Igreja, a sacralidade da vida tem início na concepção. O útero materno é um templo mere-

cedor de reverência. A vida humana é transcendente, dom divino, por isso sagrada.

41. Nada obstante esses aspectos religiosos, a decisão será jurídica e competirá ao STF. E as decisões legislativas e governamentais competirão ao Congresso Nacional e à Presidência da República, pois vivemos em um Estado laico, onde religião e política devem ocupar espaços distintos.

42. Todavia, a laicidade da política não significa o alheamento da religião. No debate político, as vozes religiosas não podem ser caladas. O pensamento religioso deve ser livremente manifestado. O Estado deve ser laico, mas, em regra, a imensa maioria das pessoas tem suas crenças e convicções religiosas.¹³

V. O Parecer do Procurador-Geral da República¹⁴

43. A Procuradoria-Geral da República, à época chefiada pelo PGR Cláudio Fonteles, ofereceu parecer ministerial e requereu o indeferimento do pleito da CNTS.

44. Inicialmente, o PGR, estribado nas lições de Rui Medeiros (A decisão de inconstitucionalidade, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999), enfrentou o tema do cabimento da interpretação conforme à Constituição e defendeu a tese de que na controvérsia sob exame inviável aplicar essa modalidade de decisão constitucional, pois a interpretação conforme não pode trair a letra da lei nem autoriza o Judiciário a agir como legislador positivo, sobretudo em sede de direito penal, albergado pela regra da estrita legalidade.

45. Esse tema da interpretação conforme será visitado no tópico relativo ao modelo brasileiro de jurisdição constitucional.

46. No mérito, o PGR também se opôs à pretensão da argüente — CNTS.

47. Segundo o PGR, as situações extintivas de punibilidade apresentam sentido inequívoco e preciso,

¹¹ *Código de Direito Canônico* (1983). Santa Sé. Cidade do Vaticano. (www.vatican.va).

¹² WOJTYLA, Karol – Papa João Paulo II. Encíclica *Evangelium Vitae* (Evangelho da Vida): www.vatican.va.

¹³ Para uma compreensão da visão e atuação da Igreja: *Compêndio da doutrina social da Igreja*. Pontifício Conselho Justiça e Paz. CNBB. São Paulo: Paulinas, 2005; *Catecismo da Igreja Católica*. Santa Sé. Cidade do Vaticano (www.vatican.va).

¹⁴ O Parecer do PGR está disponível no Jus Navigandi (www.jus.com.br).

que a lei penal apresenta, e legaliza o aborto a) para que a mãe não morra (aborto terapêutico) e b) se a mãe, vítima de estupro, consente no aborto (aborto sentimental). A situação de anencefalia não se coaduna nessas hipóteses.

48. Aduz o PGR que o feto anencefálico não causa a morte da mãe. Se causasse, estar-se-ia diante do aborto terapêutico.

49. Quanto ao aborto sentimental, o PGR, forte no magistério de Heleno Cláudio Fragoso (Lições de direito penal), defendeu que se trata de hipótese excepcional que não comporta interpretação analógica que autorize sua prática.

50. Sustenta o PGR que a vingar a tese da argüente, sacrificado está o direito à vida, em vista do enunciado contido no *caput* do art. 5º da Constituição da República que garante a inviolabilidade do direito à vida, que está posto como marco primeiro dos direitos fundamentais.

51. Defende o PGR que se há normal processo de gestação vida intra-uterina existe e “nos caos de anencefalia há o normal desenvolvimento físico do feto: formam-se seus olhos; nariz; ouvidos; boca; mãos, enfim o que lhe permite sentir, e também braços; pernas; pés; pulmões; veias; sangue que corre, o coração”.

52. Recorda o PGR o disposto no art. 2º do Código Civil que põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, e o art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que enuncia que “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção”. Colaciona também a Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu art. 1º, reconhece o direito intrínseco à vida que tem todo ser humano concebido. E invoca o Preâmbulo desta Convenção: “a criança por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes, como depois, do nascimento.”

53. Conclui o PGR que, “portanto, os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto internacional, estabelecem que vida há desde a concepção”.

54. O PGR maneja o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda que define o “nascituro como o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato certo. E diz: o feto anencefálico, por certo nascerá.

Pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável”.

55. Indaga o PGR: a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana? Responde: “Por certo que não!”

56. Alega o PGR em seu Parecer que “se o tratamento normativo do tema, como vimos, marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevivida visível”.

57. O PGR estabelece, em construção estritamente jurídica, “que o direito à vida é atemporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana”.

58. Indaga o PGR: “E se assim o é, e o é afetivamente, dada a clareza dos textos normativos importa prosseguir, e indagar, então: a dor temporal da gestante é causa bastante a obscurecer, e então relativizar, a compreensão jurídica do direito à vida, como venho de assentar?”. Responde: “Estou em que não!”.

59. Após uma digressão acerca da dor das gestantes, em cotejo com o princípio da proporcionalidade, o PGR defende que “por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intra-uterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional”.

60. Na linha do professado pela CNBB, o PGR brada: “O feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa!”.

61. Argumenta o PGR, com esteio no inciso I do art. 3º da Constituição da República, o objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e, nessa trilha, que o pleito da argüente “impede que possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencefálico a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver”.

62. Segundo o PGR, o pleito da argüente “vai na contramão da construção da sociedade solidária a que

tantos de nós, brasileiras e brasileiros, aspiramos, e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida”.

63. Opina o PGR, pugnando pelo descabimento da técnica da interpretação conforme a Constituição e defendendo a primazia jurídica do direito à vida, pelo indeferimento do pleito da CNTS.

VI. O Parecer de José Néri da Silveira¹⁵

64. A União dos Juristas Católicos – UJC, por seu Presidente, o advogado Paulo Silveira Martins Leão Jr., formulou consulta ao Ministro aposentado do STF José Néri da Silveira sobre o tema em questão vazada nos seguintes termos:

Pedimos um parecer de V. Exa. sobre a matéria, sendo que o Memorial em anexo já coloca diversos pontos de questionamento, quanto ao cabimento e ao mérito da ADPF. Aos mesmos cabe aduzir, a meu ver, a invasão de competência constitucional (i) do legislador constituinte originário, no que se refere às cláusulas pétreas protetoras da vida humana, que não podem ser modificadas nem mesmo pelo constituinte derivado (vide art. 60, § 4º, IV) em especial os art. 1º, III, art. 3º, IV, e art. 5º, *caput*, todos da Constituição Federal, devendo ser ressaltado a propósito que para redação dos direitos fundamentais relativos à vida humana certamente contribuiu abaixo-assinado subscrito por mais de dois milhões de cidadãos, contrários ao aborto, apresentado aos constituintes; (ii) do Congresso Nacional, quanto a sua competência para legislar sobre matéria penal, certo que há décadas se debate o aborto eugênico no país, o qual vem sendo seguidamente rejeitado pelo Legislativo, que inclusive no momento aprecia projetos de lei sobre a matéria (vide art. 22, I c./c. art. 59, III, CRFB); (iii) do Superior Tribunal de Justiça, de julgar em última instância causas relativas a lei federal (vide art. 105, III, “a” e “c”).

Deve ser enfatizado a propósito que a ADPF 54 foi ajuizada logo após o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, Relatora a Ministra Laurita Vaz, à unanimidade de votos, haver concedido a ordem no Habeas Corpus 32159, cassando autorização para aborto de feto anencéfalo (acórdão proferido em 17/02/2004 e transitado em julgado em 28/04/2004). Também no HC 32757, Relator o Ministro Félix Fischer, fora concedida liminar para

impedir o abortamento de outro feto anencéfalo. Havia decisões de 1º e 2º grau nos Estados da Federação a favor e contra autorização de aborto de feto anencéfalo, mas sempre sujeita a matéria a exame da prova, inclusive quanto ao alegado risco à saúde da gestante. Porém, somente após haver sido firmada a jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido contrário à autorização para aborto de feto anencéfalo, e pouco depois disso, é que foi ajuizada a referida ADPF 54.

Entendo que o pedido da ADPF 54 colide também com os princípios do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, eis que autoriza a eliminação de uma vida humana sem qualquer análise do Judiciário e baseada tão-somente em laudo médico, sabido por todos a quantas falhas e manipulações estão sujeitos tais laudos, de que são exemplos os escândalos envolvendo as verbas públicas do INSS. O “parecer” médico que acompanhou a inicial da ADPF 54 não está assinado, tende a induzir a erro o julgador, vez que apresenta como complicações prováveis da gravidez de feto anencéfalo, complicações mais ou menos comuns em qualquer gravidez e que não colocam em risco a vida ou a saúde da gestante, e àquele parece se contrapõem diversos outros pareceres médicos, de que são exemplos os que acompanham o Memorial anexo.

65. Ao fim de seu parecer, o ilustre jurista deu as subseqüentes respostas:

1. A argüição de descumprimento de preceito fundamental aforada (ADPF 54) não reúne condições para ser conhecida, quer no concernente ao *pedido principal*, quer quanto ao *pedido alternativo*, nos termos da fundamentação desenvolvida *nos itens 1 a 7*.

2. Desde a concepção, há vida humana; o feto é ser humano vivo e revestido também da dignidade humana, com a proteção do sistema jurídico, constitucional e legal. Na condição de *conceptus sed non natus*, adquire personalidade jurídica, na ordem civil, no momento do nascimento com vida, pouco importando que a ciência lhe preveja vida extra-uterina breve. Em nosso ordenamento jurídico, não se concebe distinção também entre seres humanos em desenvolvimento na fase intra-uterina, ainda que se comprovem anomalias ou malformações do feto; todos enquanto se desenvolvem no útero materno são protegidos, em sua vida e dignidade humana, pela Constituição e leis (itens 9 a 12).

3. O aborto, crime contra a vida previsto no Código Penal (arts. 124 a 126), ocorre com a interrupção voluntária da gravidez e morte do feto, em decorrência desse ato (item 13).

¹⁵ O Parecer de José Néri da Silveira está disponível no Jus Navigandi (www.jus.com.br).

4. O feto anencefálico é ser humano vivo e em desenvolvimento no útero materno, embora a anomalia que o acomete, tendo a sua vida e a dignidade humana a proteção da ordem constitucional e legal. A natureza de ser humano, desde a concepção e até a morte, não se altera pela malformação encefálica, que atinge parte das funções encefálicas (as de nível superior ou cortical), subsistindo, porém, as funções do sistema nervoso dos níveis medular e encefálico inferior, na nomenclatura do professor Arthur Guyton, com a presença de tronco encefálico e “porções variáveis do diencéfalo”, possuindo organismo vivo, dotado de órgãos e sistemas vitais, conforme a ciência o revela (itens 14 a 17), não cabendo ver, nele, destarte, um *morto* no ventre materno ou sequer um ser com *morte cerebral*, na existência extra-uterina (item 17).

5. Constitui crime de aborto, capitulável nos arts. 124 a 126 do Código Penal, conforme a hipótese, a interrupção voluntária da gravidez, com a consequente morte do feto anencefálico; o crime não se descaracteriza, na espécie, pela circunstância de haver expectativa de reduzida existência extra-uterina, não sendo sequer possível, desde logo, prever o momento provável do óbito, máxime, em face de tratamentos intensivos utilizáveis (itens 18 a 20).

6. Não se aplica ao aborto voluntário de feto anencefálico o disposto no art. 128, I, do Código Penal, não resultando dessa gestação *especial* risco à vida ou mesmo à saúde da gestante, conforme a doutrina e pronunciamentos técnicos examinados (itens 21 e 22).

7. O direito à vida, como o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, *caput*), é garantido, pela Constituição e ordenamento legal, ao ser humano, desde a concepção até a morte. É ele, assim, assegurado, também ao *nascituro*, desde a concepção, sem distinção de qualquer natureza ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina, bem assim na vida extra-uterina, quer exista ou não probabilidade de duração breve (itens 11 a 13).

8. Numa ponderação hierárquica dos direitos e valores concernentes à vida e à dignidade humana garantidas também ao nascituro anencefálico, vivo e em desenvolvimento no ventre materno, em face de invocados direitos fundamentais da gestante, quanto à dignidade de pessoa humana, liberdade e autonomia de vontade, no sentido de interromper a gravidez, do que resultaria a morte do feto, — não é possível deixar de fazer prevalecer o direito à vida do nascituro, visto que a vida e a saúde da gestante não correm perigo de grave dano, nem sua dignidade de pessoa humana é ferida pelo fato dessa maternidade, valor constitucionalmente exaltado. A gestante — em mantendo o feto anencefálico em seu

ventre, até o nascimento, com vida, do filho por ela gerado, com a grandeza da humanidade e revestido da dignidade de ser humano, — não terá sua dignidade pessoal diminuída, na linha da magna compreensão desse valor na ordem constitucional, nem sua liberdade ameaçada ou comprometida, mas, ao contrário, — revestida do valor constitucional e humano que se confere à maternidade, — cumpre vê-la merecedora de mais respeito e admiração por seus concidadãos, o que significa ter sua dignidade pessoal elevada, porque, acima de tudo, soube amar até o fim e é somente pelo amor que o ser humano pode realizar sua perfeição e felicidade.

Não cabe dar prevalência ao que se pretende na inicial, que instrui a Consulta, porque isso importaria em destruir a vida do ser vivo e em desenvolvimento no útero materno, ou seja, fulminar; irreversivelmente, o direito fundamental à vida do feto anencefálico, antecipando-lhe a morte, eliminando uma vida que, mesmo se houver de ser breve, embora indeterminado o momento do óbito, nem com isso deixará de ser vida humana protegida pela Constituição e as leis, com a nobreza do ser humano (itens 23 a 25)”.

66. Em seu parecer, José Néri da Silveira aborda, de início, a questão do cabimento da ADPF e da técnica de interpretação conforme a Constituição, e conclui pela inviabilidade da ação e da aludida técnica interpretativa.

67. No mérito, o Parecerista visita textos de bio-direito e a doutrina tradicional brasileira e estrangeira, surpreendendo a técnica da ponderação dos bens e valores, para concluir desfavoravelmente ao pleito da CNTS.

VII. A Decisão Cautelar do Pleno do STF¹⁶

68. Em sessões de julgamento ocorridas em 02/08/2004, 20/10/2004 e 27/04/2005, o Plenário do STF apreciou questões de ordem relativas ao cabimento da ADPF 54 e sobre a medida cautelar monocrática e liminarmente deferida pelo Relator Ministro Marco Aurélio e decidiu por sua revogação no que tange à permissão do aborto, mas manteve em relação à suspensão dos processos em curso, até a decisão final do STF. O Tribunal, resolvendo questão de ordem, conheceu

¹⁶ O inteiro teor do acórdão está disponível na página virtual do STF (www.stf.gov.br).

do cabimento da ADPF e admitiu o ingresso de várias entidades como *amici curiae* (“amigos da Corte”).

69. O acórdão desses julgamentos, publicado em 31/08/2007, está vazado nos seguintes termos:

ADPF. Adequação. Interrupção da gravidez. Feto anencefalo. Política judiciária. Macroprocesso. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental — como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade —, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF. Liminar. Anencefalia. Interrupção da gravidez. Glosa penal. Processos em curso. Suspensão. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF. Liminar. Anencefalia. Interrupção da gravidez. Glosa penal. Afastamento. Mitigação. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

70. Na sessão de julgamento do dia 20/10/2004 o Tribunal iniciou a apreciação do cabimento ou não da ADPF. Houve pedido de vista do Ministro Carlos Britto acerca desse tema: cabimento da ADPF.

71. O Ministro Eros Grau, na mesma assentada, suscitou questão de ordem para que o Tribunal deliberasse acerca da manutenção da liminar concedida ou por sua revogação, ao entendimento de que se havia dúvida em relação ao principal, em sede processual (o cabimento da ADPF), não poderia subsistir o acessório, em sede processual (a liminar concedida monocraticamente).

72. Assim, nada obstante o pedido de vista do Ministro Carlos Britto quanto ao cabimento da ADPF, o Tribunal apreciou a conveniência da manutenção ou revogação da liminar.

73. O Relator manteve o seu entendimento esposado na mencionada liminar concedida favorável ao pleito da CNTS. Foi acompanhado pelos Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votaram em sentido contrário os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Nelson Jobim e Carlos Velloso. A liminar foi revogada.

74. O Ministro Carlos Britto acompanhou o voto do Relator sob o fundamento de que o feto anencefálico não será pessoa viável e não tem vida em sentido pleno, sendo o útero materno uma espécie de UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), que mantém a sua vida “artificialmente”. Não haveria por que obrigar a gestante a continuar com uma gravidez que não resultará em vida.

75. A divergência foi inaugurada pelo Ministro Eros Grau no sentido de que uma vez existente a dúvida acerca do cabimento da própria ADPF não deveria subsistir a liminar concedida monocraticamente pelo Relator.

76. Entendeu o Ministro Eros que o feto anencefálico é pessoa humana e não uma coisa e que não havia risco de morte para as mães-gestantes de fetos com essa patologia. Segundo o Ministro Eros Grau estava-se diante de um perigo invertido, ou seja, na dúvida não poderia a decisão liminar ser contrária à vida do feto anencefálico. Quem corria riscos eram os fetos nessas situações, em vez das gestantes. Cuidava-se, segundo esse Ministro, de uma liminar da vida, mas contra a vida.

77. O Ministro Cezar Peluso acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau sob o argumento de que o feto anencefálico é ser humano, pessoa física, titular de direitos e não coisa ou objeto de livre disposição das pessoas. Também entendeu que a circunstância da brevidade da vida extra-uterina ou a sua iminente morte pós-parto não retira a proteção penal da vida intra-uterina do feto anencefálico. Segundo o Ministro Peluso o sofrimento em si não é algo que degrade a dignidade humana, faz parte da experiência humana. Assim como o remorso que se pretende evitar proibindo-se o aborto.

78. O Ministro Gilmar Mendes votou desfavoravelmente à manutenção da liminar, porquanto entendeu que a matéria era delicada e tratava de valores sensíveis, e que se estaria ensejando a uma “mutação

constitucional” mediante a atuação da jurisprudência do STF. Por essa razão entendia que não poderia ser via medida cautelar.

79. O Ministro Carlos Velloso acompanhou a divergência e também entendeu que incabível a cautelar, sobretudo porque não havia risco de morte para as gestantes, mas sim para os fetos anencefálicos. E no sopesamento entre o direito da gestante e o direito do feto, optou pelo direito à vida do feto anencefálico.

80. Na sessão de julgamento ocorrida em 27/04/2005, o Tribunal retomou a apreciação do cabimento ou descabimento da ADPF. O STF, por maioria, julgou admissível a ação. Votaram pela admissibilidade os Ministros Marco Aurélio (Relator), Nelson Jobim (à época Presidente) Sepúlveda Pertence (à época Decano), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Votaram pela inadmissão da ADPF os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau.

81. O STF ainda não apreciou definitivamente o mérito da presente controvérsia. Portanto, a questão permanece aberta. Ou seja, o STF ainda não decidiu se a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico é conduta lícita ou ilícita. Até o presente, em face da revogação da liminar, permanecem válidas as disposições do Código Penal e estão sujeitos às cominações legais as gestantes e/ou profissionais de saúde que realizarem esse tipo de procedimento cirúrgico.

VIII. A ADPF na Jurisdição Constitucional Brasileira¹⁷

82. Enuncia o § 1º do art. 102 da Constituição da República: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. A referida lei é a Lei 9.882, de 03/12/1999, que disciplina o processo e julgamento da ADPF.

83. Prescreve a Lei 9.882/1999, no *caput* do art. 1º, que a ADPF será proposta perante o STF e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental,

resultante de ato do Poder Público. No parágrafo único, inciso I, do referido art. 1º está enunciado que também caberá à ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. E dispõe o § 1º do art. 4º que não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

84. Nos termos do art. 2º da Lei 9.882/1999 podem propor a ADPF os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, CF), facultando-se ao interessado sem legitimação ativa solicitar ao PGR que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento de seu ingresso em juízo.

85. À luz dessas prescrições normativas propomos uma primeira noção conceitual de ADPF: *ação constitucional, subsidiária da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, provocadora da jurisdição concentrada do STF, em face de relevantes normas ou atos do Poder Público federal, estadual, distrital ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, sujeitos à apreciação judicial, em defesa da supremacia normativa dos preceitos constitucionais fundamentais.*

86. O sistema judicial brasileiro de defesa da supremacia normativa da Constituição apresenta dois modelos de controle da constitucionalidade das normas: o controle difuso e o controle concentrado.

87. No controle difuso, inspirado na experiência judicial norte-americana, todo e qualquer magistrado ou tribunal em toda e qualquer demanda pode verificar se as normas ou os atos ou condutas ou omissões estão em conformidade com os mandamentos constitucionais. O controle da constitucionalidade é difuso porque espalhado entre todos os magistrados e tribunais.¹⁸

88. No controle concentrado, inspirado na experiência judicial austríaca, a competência para analisar se uma norma está em conformidade com os mandamentos constitucionais é exclusiva de um órgão jurisdicional. Esse órgão jurisdicional concentra o poder de

¹⁷ Sugere-se a leitura da monografia “O regime jurídico-constitucional da ADPF”, da lavra da Juíza Federal Pollyanna Kelly Maciel Medeiros Martins Alves, disponível no Jus Navigandi (www.jus.com.br).

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999.

dizer se uma norma é constitucional ou inconstitucional.¹⁹

89. O sistema brasileiro alberga, em aparente paradoxo, esses dois modelos de controle de constitucionalidade.

90. Nos casos concretos, onde há partes interessadas, sujeitos processuais determinados ou determináveis e, principalmente, se o pedido da ação não se confunde com a causa de pedir da demanda, o controle é difuso. *Ou seja, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional é difuso na hipótese dos casos concretos nos quais o pedido da ação não se confunde com a causa de pedir.*

91. Singelo exemplo: Luís foi aprovado, em primeiro lugar na ordem de classificação, em um concurso público para preenchimento de um cargo vago. O administrador, todavia, convoca e nomeia Carlos, que nem participou do certame, para tomar posse, em detrimento de Luís. Este ajuíza uma ação perante o Judiciário *pedindo* para ser convocado e nomeado, tendo como *causa de pedir* a inconstitucionalidade do ato administrativo que desrespeitou o mandamento constitucional da exigência de concurso público (Art. 37, II). O pedido é para ser convocado e nomeado. A causa de pedir é inconstitucionalidade do ato administrativo que convocou e nomeou Carlos, em face do disposto no texto constitucional e em detrimento de Luís, aprovado no concurso público.

92. Se o controle das situações concretas é difuso, o controle das situações normativas abstratas ou em tese é concentrado. Compete ao STF verificar a imediata e direta compatibilidade das normas gerais e abstratas com a Constituição Federal. Se a aferição der em relação às Constituições Estaduais, a competência será dos respectivos Tribunais de Justiça estaduais. A defesa direta da Constituição Federal é do STF. A defesa direta da Constituição Estadual é do respectivo Tribunal de Justiça. No controle abstrato a jurisdição constitucional pertence concentradamente ao STF (Constituição Federal) ou aos Tribunais de Justiça dos Estados (Constituições Estaduais). O julgamento discutirá se, em tese e abstratamente, a lei fere a Constituição. A situação não é concreta porquanto não se discute “o direito” de

partes ou sujeitos determinados ou determináveis, mas se a norma jurídica está conforme a Constituição.²⁰

93. Singelo exemplo: A União edita uma Lei penal tornando imputáveis criminalmente os menores de 18 anos. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB ajuíza uma ação perante o STF *pedindo* a declaração de inconstitucionalidade dessa lei em face do dispositivo constitucional que diz que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis (art. 228, CF). Tenha-se que nessa situação o pedido equivale à causa de pedir. *A causa de pedir é a inconstitucionalidade da lei e o pedido é que seja declarada essa inconstitucionalidade.*

94. Portanto, um critério inicial para verificar se a hipótese é de controle difuso ou de controle concentrado encontra-se na identificação do pedido e da causa de pedir, em princípio. Se o pedido e a causa de pedir se identificarem, o controle é concentrado. Se não houver essa identidade, a hipótese é de controle difuso. O mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e outras ações coletivas suscitam algumas dificuldades. Neste espaço não tocamos nelas.

95. Nessa linha, o sistema brasileiro de controle concentrado da jurisdição constitucional do STF reconhece cinco ações que provocam direta e imediatamente a jurisdição concentrada do STF:

95.1. A ação direta de inconstitucionalidade genérica – ADI (arts. 102, I, “a” e 103);

95.2. A ação declaratória de constitucionalidade – ADC (arts. 102, I, “a” e 103);

95.3. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADI (omissão (art. 103, § 2º));

95.4. A ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADI interventiva (art. 36, III); e

95.5. A arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (art. 102, § 1º).

96. Cada uma delas tem um objeto específico e um procedimento próprio.

97. A *ADI genérica* tem como objeto as leis ou atos normativos *federais* ou *estaduais*, genéricos e abstratos, editados posteriormente à Constituição da Re-

²⁰BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade — elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁹CAPPELETTI, Mauro, *obra citada*.

pública, e que colidam direta e imediatamente com os dispositivos constitucionais supostamente violados.

98. A ADC tem como objeto as leis ou atos normativos *federais*, genéricos e abstratos, que diretamente repousam seu fundamento imediato de validade na Constituição e que estejam sendo objeto de controvérsias judiciais que causam insegurança jurídica no sistema.

99. A ADI *por omissão* tem como objeto a *omissão inconstitucional* de leis ou atos normativos federais ou estaduais, genéricos e abstratos, que inviabiliza a plena concretização da Constituição.

100. A ADI *interventiva*, de legitimação exclusiva do PGR, tem como objeto a *defesa dos princípios constitucionais sensíveis* (art. 34, VII) e a *execução forçada de lei federal*.

101. O objeto da ADPF é a norma ou ato do Poder Público federal, estadual, distrital ou municipal, não necessariamente genérico ou abstrato, que viole preceito constitucional fundamental, ainda que editado antes da Constituição de 1988.

102. A possibilidade de submissão de normas municipais e de normas anteriores à Constituição de 1988 à jurisdição concentrada do STF é uma das principais características da ADPF, posto que nem a ADI nem a ADC têm esse condão, como destacou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, um dos principais mentores da Lei da ADPF e um de seus principais corifeus.²¹

103. Segundo Gilmar Ferreira Mendes²² as mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso, com o fortalecimento do controle concentrado perante o STF em detrimento do controle difuso.

104. Para Pollyanna Kelly Maciel Medeiros Martins Alves²³, o instituto da ADPF é apanágio da justiça contemporânea, que é a justiça das massas, dos processos coletivos, das ações com repercussão relevante e

geral e que necessitam de respostas imediatas e definitivas.

105. Com efeito, a ADPF 54 se encarta plenamente nessa nova perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. Nas sessões de julgamento nas quais o STF entendeu admissível essa ADPF para analisar a presente questão jurídico-constitucional (a exclusão da ilicitude do aborto — ou parto antecipado — de feto anencefálico) esse aspecto inovador da ADPF e a necessidade de uma resposta definitiva ficaram evidenciados nas manifestações dos Ministros da Corte.

106. Para uma solução dessa dúvida constitucional, entre os institutos processuais existentes, a ADPF era o mais indicado. Isso porque incabíveis as demais ações diretas (ADI ou ADC) perante o STF, visto que o conjunto normativo impugnado era anterior à Constituição de 1988. Também os demais instrumentos processuais não produziram os efeitos jurídicos desejados. Assim, acertadamente, o STF julgou cabível a ADPF para enfrentar um tema tão problemático e merecedor de profunda análise e amplo debate pela comunidade dos interessados: a sociedade civil como um todo.

107. Por essa razão, o STF determinou que além da CNTS (argüente), do PGR e do AGU, participe oficiais da “controvérsia constitucional”, fosse também aberta à participação de outras instituições e entidades interessadas no desfecho dessa ação, na linha do preconizado por Peter Häberle²⁴ de uma interpretação aberta e plural do texto constitucional.

108. Isso porque todos somos interessados, todos devemos ouvir e falar. A civilização democrática se comunica antes de decidir as normas que devem pautar as condutas e os comportamentos de seus membros e instituições.

IX. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Constitucionais Adequados²⁵

²⁴ *Hermenêutica Constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

²⁵ OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: SAFE, 2003; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental — Comentários à Lei 9.882, de 03/12/1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

²² *Obra citada*.

²³ *Monografia citada*.

109. A noção de paradigma científico foi forjada por Thomas Kuhn²⁶ como mecanismo de compreensão das transformações científicas e seus fenômenos, visto que os paradigmas são conceituados como as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.

110. Para Jürgen Habermas²⁷, um “paradigma de Direito delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas”.

111. Nessa senda aberta, tive a oportunidade de externar a seguinte noção de paradigma constitucional de Estado: “*o modo de ver e perspectivar a Constituição e o Direito de cada Estado e Sociedade segundo os valores e verdades aceitos de cada época, procurando, na medida do possível, enxergar através dos prismas contemporâneos, sem esquecer-se de que nos situamos em um espaço físico-cultural-histórico distinto ao olharmos o passado, vemos o presente — muitas vezes ainda turvo — e procurarmos vislumbrar o futuro*”²⁸.

112. Escorado no magistério de Menelick de Carvalho Netto²⁹, divisam-se os seguintes paradigmas: o pré-moderno e o da modernidade. Os da modernidade se subdividem nesses outros paradigmas: liberal, social e democrático. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy³⁰ leciona em favor do pós-modernismo jurídico, uma resposta cética à crença na modernidade e em seu discurso de racionalidade iluminista.

113. A pré-modernidade, ensina Menelick de Carvalho Netto, se apresentava como o paradigma da indiferenciação normativa entre o direito, a moral, a

tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam.

114. Nesse referido paradigma, a depender do seu local de nascimento ou da origem familiar, em uma sociedade cristalizada e dividida em “castas”, o ser humano não é visto como indivíduo dotado de direitos e deveres recíprocos (pessoa), mas como um membro de uma coletividade sem valor em si, mas tão-somente válido enquanto útil para essa coletividade (coisa).

115. Na pré-modernidade, a idéia de direitos fundamentais como um núcleo de proteção do ser humano, enquanto indivíduo (pessoa), é inexistente. Em algumas sociedades, a depender das crenças religiosas o ser humano gozava de respeito e dignidade por ser semelhante à divindade e por ser a sua vida pertencente à divindade. Daí que os atentados contra o ser humano poderiam ser considerados como violações aos mandamentos divinos. As principais garantias das pessoas encontravam-se em normas de natureza religiosa. A autoridade divina e os seus sacerdotes se sobrepunham às autoridades políticas.

116. À luz do paradigma da pré-modernidade, a questão do aborto, assim como quase todas as demais questões, era tratada como assunto divino ou da coletividade. A vontade particular do indivíduo era irrelevante. Se as prescrições religiosas da coletividade condenassem o aborto e/ou o abandono de recém-nascidos que não fossem sadios e úteis para a coletividade, o aborto e o abandono eram combatidos. Mas se acaso houvesse um sentimento de utilidade coletivo, o aborto não era proibido nem tido como pecaminoso, e os recém-nascidos com deformidades ou que não fossem sadios eram abandonados ou sacrificados, porquanto inúteis para aquele grupo coletivo.

117. Na sociedade pré-moderna, o ser humano tinha de cumprir o seu destino de ser útil à coletividade. E o seu destino estava traçado no momento de seu nascimento, a depender do local ou do núcleo familiar. “Ao nascer sabia-se como se ia viver e como se iria morrer”. O homem e, sobretudo, a mulher não eram pessoas, mas coisas, objetos à disposição de outros homens ou à disposição da divindade. Essa coisificação do homem explicava a aceitação da escravidão humana como algo normal naquela sociedade pré-moderna. O homem não era senhor de si mesmo, ainda que fosse senhor de outrem.

²⁶ *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1997.

²⁷ *Direito e Democracia — entre a faticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁸ ALVES JR., Luis Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

²⁹ *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coordenação Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

³⁰ *Obra citada*.

118. A história da humanidade organizada em núcleos coletivos deu-se no contexto da pré-modernidade social. Após um longo caminho, o paradigma da pré-modernidade foi superado pelo da modernidade. Modernidade compreendida como diferenciação racional entre a religião, a política, a moral e o direito. E também como apresentação do ser humano como indivíduo, ser indiviso dotado de razão e de direitos e deveres (pessoa). A data simbólica do nascimento do indivíduo como pessoa é o 14/07/1789: Revolução Francesa.

119. A Revolução Francesa foi um marco na história da sociedade ocidental. O ideal iluminista da racionalidade de todo o gênero humano como pessoa indivisa, senhor de sua própria vida, sem os grilhões da Igreja (religião), da Sociedade (moral) e do Estado (direito) e como agente livre e senhor de sua própria vida era uma novidade retumbante. Em uma sociedade arcaica, cristalizada, delimitada por castas sociais, o lema da “liberdade, igualdade e fraternidade” como novo tripé sobre o qual se assentaram as novas estruturas sociais foi avassalador, revolucionário. A promessa de que todos nascem livres e iguais em direitos e oportunidades conquistou muitos adeptos e empolgava setores economicamente abastados, elites intelectualizadas e as massas populares, no campo e nas cidades. Também despertava a reação dos setores “prejudicados” por essa novidade revolucionária.

120. Se o homem pré-moderno cumpria o seu destino, traçado no momento de seu nascimento, o homem moderno faz o seu destino, independentemente de seu nascimento, do local de nascimento ou de sua ascendência familiar. Como símbolos desses dois modelos de homem são Alexandre Magno e Napoleão Bonaparte. Aquele como homem da pré-modernidade, e este como homem da modernidade.

121. Alexandre Magno cumpriu o seu destino de grandiosidade e glória, iniciado com as conquistas de seu avô e consolidadas com o domínio estabelecido por seu pai. A ele cabia seguir a trilha aberta e assenhorear-se de toda a Grécia e de todo o Mundo conhecido. Ser grande era o seu destino. Ele o cumpriu.

122. Napoleão Bonaparte fez o seu destino, a despeito do nascimento humilde em uma província sem importância alguma para a França. Por sua capacidade de adaptação e sobrevivência, e dotado de grande argúcia política e militar, ascendeu ao posto máximo

da política francesa e se apresentava como o principal agente revolucionário daquele período histórico. Ser grande não era o seu destino, mas ele fez outro para si. Marcou a história também, assim como Alexandre Magno.

123. A primeira fase da modernidade ocidental foi a do paradigma liberal. A liberdade era a pedra angular sobre a qual se assentava a nova percepção da sociedade e do Estado. Em nome da liberdade e da autonomia do indivíduo, ser dotado de razão e vontade, senhor de sua vida e destino, a função do Estado e do Direito era reduzir ao máximo a intrusão na vida particular. O indivíduo era livre para autonomamente fazer as suas escolhas, para estabelecer os seus pactos contratuais. O Estado deveria se abster ao máximo de intrometer-se nas relações sociais individuais. O indivíduo é cidadão na medida em que vota e é votado e adquire direito ou obrigações contratuais.

124. À luz desse paradigma, a questão do aborto diz respeito à autonomia do indivíduo, à livre disposição de seu corpo e ao respeito à sua vontade. Nessa perspectiva liberal, a mulher teria todo o direito de abortar, pois ela é senhora absoluta de seu corpo. Ademais, o feto ainda não seria um ser plenamente racional, enquanto que a mulher, ser dotado de razão, vontade e sentimento, deveria ter respeitada a sua escolha de abortar ou não, uma vez que cabe a ela fazer o que melhor lhe aprouver com o seu corpo.

125. O paradigma liberal restou superado pelo paradigma social. Em nome da liberdade do indivíduo, de sua autonomia da vontade e da consciência racional de cada um e de uma igualdade formal, o liberalismo provocou a prevalência dos mais fortes em relação aos mais fracos. No plano formal, tanto os mais abastados quanto os menos afortunados tinham igual liberdade, mas, na prática, esse sistema engendrou uma sociedade socialmente injusta, porquanto imperavam gritantes desigualdades.

126. O paradigma liberal cede espaço para o paradigma social. Em nome da igualdade material, as liberdades formais sofrem restrição e o Estado, até então absentista (um “guarda de polícia” ou *gendarme*), que só deveria intervir para garantir o cumprimento dos contratos e manter a paz pública e a boa ordem social, é obrigado a intrometer-se na vida social e particular das pessoas.

127. No quadro do paradigma social, o Estado, por meio de um Direito intervencionista, avoca tarefas que eram próprias dos indivíduos e da própria sociedade. O Estado se envolve nas relações de trabalho, nas relações econômicas, passa a intervir na propriedade, aumenta o quadro de serviços públicos como saúde, educação, cultura, intervém, inclusive, nas relações familiares. No paradigma social a liberdade do indivíduo e a autonomia de sua vontade sofrem redução em nome do interesse estatal, confundido como o interesse da própria sociedade ou público.

128. À luz desse paradigma social, a questão do aborto deixa de ser um tema privativo do indivíduo e se torna de interesse do Estado. O indivíduo, assim como a propriedade e os bens, deve ter uma função social, deve ser útil ao Estado. Nessa linha, a depender da sociedade, não cabia à mulher livremente dispor de seu corpo ou do feto que albergava em seu ventre, pois tanto ela — a mulher — quanto o feto poderiam ser úteis para o Estado. Obviamente que se descobrissem a “inutilidade” do feto, o Estado poderia autorizar a prática do aborto. O interesse do Estado — e não o da mulher ou do feto — deve prevalecer. O Estado era tudo, o indivíduo era reduzido a nada, ou simples instrumento de vontade e grandeza estatal. O indivíduo, em vez de cidadão, é cliente dos serviços e favores estatais.

129. Essa perspectiva de gigantismo do Estado e achatamento do indivíduo teve como modelos exemplares o nazifascismo e o social-comunismo, e como símbolos retumbantes o holocausto judeu promovido durante a Segunda Grande Guerra e os “Gulags” soviéticos. As explosões das duas bombas nucleares nas cidades japonesas também servem como símbolos do desprezo às vidas inocentes.

130. A superação do paradigma social pelo paradigma democrático ensejou um novo modelo de atuação do Estado, da Sociedade e da Pessoa. O espaço público é território livre para a participação do indivíduo como cidadão consciente de seus direitos e deveres, co-responsável por si e pela comunidade. O Estado e o seu direito são instrumentos racionais que permitem a livre participação dos interessados nas formulações e execuções das políticas públicas, com o respeito à diversidade e à pluralidade.

131. No quadro democrático o indivíduo é cidadão com mútuas responsabilidades e recíprocos direitos. Reconhece-se que o Estado, sozinho, não é

suficiente para tornar viável a boa convivência de todos os seus membros, e que a Sociedade deve ser co-responsável nas tarefas mais importantes. No trinômio revolucionário francês, o paradigma democrático é o da fraternidade, síntese e superação dos outros dois paradigmas, sem, contudo, aniquilá-los. No paradigma democrático, todos os indivíduos são seres dotados de dignidade e merecedores de respeito e consideração.

132. À luz de paradigma, a questão do aborto se torna mais complexa. Pois de um lado estão os legítimos interesses da mulher em ter respeitada a sua livre autonomia sobre o seu corpo, e de outro lado há o legítimo interesse de parcela da sociedade em proteger todos os seus membros, sejam nascidos ou que estejam por nascer, independentemente da sua utilidade ou viabilidade.

133. Parcela dos Estados democráticos, com a população livre e participativa, tem adotado uma postura “conciliatória”, permitindo as práticas abortivas até um determinado período de gravidez (até a 14ª semana de gestação). Em regra até a formação das conexões cerebrais ou desenvolvimento do cérebro. Entendem que ausente o cérebro, o feto é desprovido de sentimentos e emoções, e ainda não possui o principal diferencial da espécie humana: a racionalidade.

134. À luz desse quadro, uma vez descoberta uma doença que implique na morte imediata do feto após o parto, a tendência é tornar lícita e socialmente aceitável a prática abortiva, pois não seria justo com a mulher submetê-la a uma gravidez que não resultaria em vida.

135. Sucede, todavia, que a depender da idéia de vida a partir da concepção independentemente de sua viabilidade, os legítimos interesses da gestante podem ceder aos legítimos interesses daqueles que defendem a sacralidade da vida (entendida como transcendente e indisponível), e que o feto, por ser vivo e humano, não é coisa pertencente à mulher, porquanto todas as pessoas só pertencem a si mesmas, de modo que em favor dos interesses do feto, sejam as gestantes constrangidas a não abortarem e permitirem o curso natural da gravidez, como responsabilidade e consequência de seu ato de engravidar.

136. A gravidez resulta de um ato vontade da mulher, salvante nos casos de estupro. Na sociedade moderna e democrática, os indivíduos devem conhecer os riscos de sua conduta e arcar com as consequências de seus atos. O ato sexual livremente consentido é um

ato de risco que pode resultar em uma gravidez. O feto, por ser humano, não pode ser objeto da livre vontade da gestante.

137. Assim como os filhos não pertencem aos pais, as mulheres aos homens, os empregados aos patrões, o feto não pertence à mãe, pois não é coisa, não pode ser apropriado. Só coisas são apropriáveis. O ser humano nunca deve ser coisificado, nem apropriado, nem pertencer a ninguém. O ser humano nunca deve ser objeto, mas sempre sujeito.

138. Por essa razão, o risco de uma gravidez deve ser assumido pela gestante no momento em que resolve livre e consentidamente manter relações sexuais ou que deseja engravidar. Isso é um risco.

139. Nada obstante, a despeito de a sociedade civilizada ser um espaço de riscos, ainda há os perigos, como nas selvas e na barbárie. A mulher pode ser vítima de um estupro ou pode ser constrangida a casar ou mesmo a engravidar. Nessa situação não há como obrigar a mulher a assumir a responsabilidade de um ato que não resultou de sua livre vontade, de sua atividade de risco. Assim como se a gravidez ensejar perigo de morte para a gestante, ela também pode abortar para salvar a própria vida.

140. Percebe-se, portanto, que em uma sociedade democrática, aberta, livre e pluralista, o tema do aborto — e em particular do feto anencefálico — é problemático, não encontra uma resposta fácil e imediata e diz respeito não somente à mulher gestante, mas a todos os membros interessados da sociedade, motivados não apenas por crenças religiosas, mas pela fé e esperança na própria humanidade.

X. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira³¹

141. A Constituição brasileira promulgada em 05/10/1998 enquadra-se no paradigma democrático e tem a dignidade como pedra angular sobre a qual deve ser construída o novo modelo de sociedade, alicerçada no respeito e na consideração por todos os seus membros, independentemente do sexo, idade, orientação

sexual, origem, cor e integridade física ou nível de saúde.

142. Na esteira do magistério de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy³², o novo modelo constitucional supera o paradigma da modernidade e pode ser visto como pós-moderno, porquanto há o reconhecimento de que a razão (direito) sozinha não foi capaz de dar as repostas às dúvidas angustiantes do homem, nem o direito por si só, foi capaz de tornar a convivência humana pacífica e de tornar a sociedade mais civilizada.

143. Nada obstante o rótulo de pós-modernismo aplicado por Arnaldo Godoy, entendo que sua perspectiva é muito mais próxima do paradigma democrático do que este do paradigma liberal. Assim, entendo que o denominado pós-modernismo pode ser visto como modernidade democrática. Assumo os riscos de uma pequena divergência com o genial e ilustrado jurista. O que para ele é pós-modernidade, entendo como modernidade democrática.

144. O catálogo de direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro é vasto. Sinaliza para uma nova perspectiva de Estado, Sociedade e Indivíduo, com mútuas interações.³³

145. Em face dos enunciados constitucionais, tradicionalmente apresentam-se cinco direitos fundamentais inaugurais: a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, todos capitulados no art. 5º da Constituição.

146. A partir da própria Constituição, podemos classificar os direitos fundamentais nas seguintes categorias: direitos individuais, direitos coletivos, direitos liberais, direitos sociais e direitos democráticos.

147. Os direitos individuais são aqueles que a pessoa pode exercer autonomamente, independentemente do concurso de outras pessoas, é um direito seu (singelo exemplo: liberdade de crença ou descrença).

148. Os direitos coletivos são aqueles que somente podem ser exercidos por pelo menos mais de uma pessoa, por um grupo coletivo, é indispensável o

³¹ Além dos Títulos I e II (arts. 1º a 17, CF), tem-se o Título VIII (arts. 193 a 232, CF) e vários outros dispositivos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais.

³² *Obra citada.*

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 2006.

concurso de outra pessoa (singelo exemplo: liberdade associativa).

149. Os direitos liberais são aqueles que reduzem ou excluem a intervenção do Poder Público na vida das pessoas, é um direito de negação à intrusão do Estado na vida dos indivíduos (singelo exemplo: intimidade).

150. Direitos sociais são aqueles que dependem da atuação do Poder Público ou que exigem prestações positivas do Estado para a efetivação e exercício desses direitos (singelo exemplo: educação pública).

151. Por fim, direitos democráticos são aqueles que dizem respeito à atuação participativa do indivíduo (cidadão) na vida da comunidade, permitindo-lhe a defesa de seus próprios interesses privativos ou os interesses públicos ou coletivos, bem como usufruir do patrimônio comum de todos (singelo exemplo: meio ambiente).

152. Pois bem, ao longo do texto constitucional enxergamos os vários tipos de direitos fundamentais consagrados positivamente. Vejam que as dicotomias estão entre os direitos liberais *versus* os direitos sociais (menor ou maior ingerência do Estado na vida dos indivíduos), e entre os direitos individuais *versus* os direitos coletivos (exercício singular ou necessidade de grupo para exercer ou usufruir o direito).

153. Assim, podemos vislumbrar as seguintes categorias de direitos fundamentais: direitos individuais liberais (exemplo: liberdade de crença); direitos individuais sociais (exemplo: aposentadoria); direitos coletivos liberais (exemplo: liberdade de culto); direitos coletivos sociais (exemplo: direito de greve); direitos democráticos liberais (exemplo: votar); direitos democráticos coletivos (exemplo: meio ambiente saudável).

154. Em que pese todo esse cardápio de direitos fundamentais, entendemos que há somente dois tipos de direitos fundamentais: os substancialmente ou materialmente fundamentais e os de tratamento ou formalmente fundamentais. Os direitos fundamentais substanciais são a vida e a liberdade. Os direitos fundamentais de tratamento são a dignidade e a igualdade.

155. Vida e liberdade são substâncias. Dignidade e igualdade são tratamentos. As pessoas são vivas e livres. As pessoas são tratadas com dignidade e igualdade. Ao meu sentir, todos os direitos fundamentais podem ser enquadrados nessas quatro categorias.

156. Nesse cenário, a questão do aborto do feto anencefálico merece uma discussão à altura das dificuldades que representa.

157. Antes, contudo, convém estabelecer uma noção conceitual do que sejam os direitos fundamentais. Fundamental é o importante, é o indispensável. Nessa linha, *entendo que os direitos fundamentais são aqueles que regulam a vida e a liberdade das pessoas e viabilizam, com igualdade de condições, de acordo com as necessidades de cada um e dentro do materialmente possível, a todos uma dignidade na mútua convivência, com respeito e considerações recíprocos.*

158. Se olharmos com atenção o texto constitucional brasileiro, perceberemos uma opção preferencial pela dignidade daqueles que sozinhos não se bastam. O rol de proteção social estabelecido na Constituição é sinal de que a sociedade brasileira fez a escolha pela civilização da diversidade e da proteção daqueles que não seriam suficientes por si sós (os hipossuficientes).³⁴

159. O Capítulo II do Título II que cuida dos direitos sociais e o contido no Título VIII, que versa sobre a ordem social, além de outros dispositivos constitucionais, são reveladores dessa escolha política da sociedade brasileira.

160. À maneira de exemplo consagrador dessa opção preferencial pelos mais fracos, transcrevo o art. 203 da Constituição:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de

³⁴VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

161. Esse aludido enunciado constitucional é o símbolo mais eloqüente da escolha ética feita pela Sociedade e Estado: a opção pela dignidade de todos, especialmente dos mais necessitados.

162. Outro exemplo do reconhecimento dessa opção ética foi manifestado em uma decisão modelar do STF da lavra Ministro Celso de Mello, nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 271.286³⁵:

Ementa: paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do poder público (cf. arts. 5º, caput, e 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o

Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. — negritamos. Precedentes do STF.

163. No tocante à Família, a Constituição tem enunciados específicos, e naquilo que é objeto desse tema dispõe:

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

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

164. O direito à saúde também mereceu destaque especial da Constituição (arts. 196 a 200), porquanto intimamente relacionados ao direito à vida e a uma vida com dignidade e saúde. Também recebeu especial destaque constitucional a proteção à maternidade e à gestante, bem como à infância.

³⁵O inteiro teor dessa decisão está disponível na página virtual do STF (www.stf.gov.br).

165. Assim posto, nada obstante o legítimo interesse da mulher em gestar um feto saudável e viável, se se considerar que esse feto possui vida, independentemente de sua viabilidade ou utilidade, porquanto seja ele o elo mais fraco nessa cadeia sociobiológica, deve ser protegido e garantido o seu direito fundamental de nascer e morrer naturalmente, como todas as demais criaturas humanas.

166. Todavia, se se partir da premissa de que o feto anencefálico encontra-se no mesmo estágio daquele que é considerado morto, por falência de suas atividades cerebrais, não há porque obrigar a mulher a continuar gestando um ser morto, porquanto não se terá um nascituro, mas sim um natimorto.

XI. A Insuficiência da Proteção Criminal ao Feto³⁶

167. Desafortunadamente há, em nosso País, uma crença irracional no poder das leis e do Direito. Parte-se do equivocado pressuposto de que a simples enunciação de uma expectativa comportamental ou de uma promessa estatal em uma “folha de papel” seja bastante e suficiente para tornar realidade concreta no seio da sociedade.

168. Um dos campos mais férteis de promessas jurídicas divorciadas da realidade social encontra-se na seara penal. Acreditam alguns — ou por ignorância ou por má-fé — que a tipificação de determinadas condutas como crimes ou o aumento das penas daquelas que já são crimes ensejará uma mudança nos padrões comportamentais das pessoas. Esquecem — ou por ignorância ou por má-fé — que a causa da criminalidade ou o não cometimento de crimes não está nas leis em si, mas na formação ética dos indivíduos ou na certeza de que serão exemplarmente punidos.

169. Há condutas que nada obstante tipificadas criminalmente na legislação não passam de letra morta: o adultério, por exemplo. Dificilmente o cônjuge deixa de cometer o adultério por medo do Código Penal. Se não comete é por outras razões: amor, respeito, consi-

deração ou medo da reação do cônjuge, mas nunca por receio de sofrer uma reprimenda penal.

170. Ou seja, o crime de forte conteúdo psíquico-moral, como é o caso do aborto, não é cometido por força da legislação penal punitiva, mas pelas convicções particulares das mulheres envolvidas. E, em regra, a mulher que comete o aborto, a despeito da proibição legal, o faz por entender que era “melhor” ou “única” opção que tinha.

171. Assim, em homenagem a uma adequada política sociocriminal, é preciso mudar o eixo da questão do aborto. Normalmente é feita a seguinte pergunta: você é a favor do aborto? A resposta de todos deve ser negativa. Ninguém pode ser a favor do aborto. Nem mesmo os seus defensores são favoráveis.

172. As perguntas corretas devem ser essas:

A mulher que comete o aborto deve ser presa?

A possibilidade da prisão reduz a quantidade de abortamentos?

Quais mulheres deixam de praticar o aborto devido à possibilidade de serem presas?

A possibilidade de prisão induz a que tipo de aborto clandestino?

Quais as vítimas preferenciais dos abortos clandestinos?

173. Essas são as perguntas que merecem respostas antes de medidas políticas ou judiciais. As minhas respostas seriam: não ou as mais pobres.

174. Entendo, à luz do texto constitucional e de uma concepção ética de humanidade, que ninguém pode ser favorável ao aborto. Todavia não acredito na força do direito penal para resolver essa questão. Creio em políticas educacionais, em políticas de saúde pública, em uma nova sociedade. É preciso combater as causas que levam ao abortamento. É indispensável descobrir em que sociedade vivemos — e queremos — na qual uma mulher se sente constrangida ao abortamento.

175. Portanto, em vez de criminalizarmos determinadas condutas ou aumentarmos as penas, como panacéia para as chagas sociais, combatamos as causas que levam à prática dessas condutas.

176. No caso do aborto, é gritante o desamparo emocional das gestantes. E o próprio desamparo de

³⁶BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999. Beccaria, por óbvio, não tratou do feto anencefálico, mas suas clássicas lições permanecem válidas em relação a uma adequada política penal.

seus fetos. É dever de uma sociedade que se diz aberta, plural, tolerante e solidária, a todos amparar.

177. Uma nova pedagogia social deve ser usada como modelo de formação de todos os indivíduos que fazem parte de nossa sociedade. Uma pedagogia que ensine a prática do amor, do respeito, da consideração, da tolerância, do afeto, da generosidade, do perdão, da paz e da justiça, e que tenha no coração humano o verdadeiro templo onde habita o seu Deus, cultuado no bem feito ao outro ser humano, sua imagem e semelhança, construindo verdadeiras catedrais de bondade e de compaixão.³⁷

178. Assim, antes de lancetarmos os tumores sociais que infectam nossa comunidade, descubramos como não desenvolvê-los. Antes de atacarmos os criminosos, façamos de tudo para que não pratiquem crime algum. Somente assim, penso, seremos dignos de sermos membros de uma sociedade civilizada, em vez de bárbaros selvagens.

179. Nessa toada, é desprovida de efetividade jurídico-social a criminalização do aborto, inclusive do feto anencefálico, e não deve ser objeto de delegacia de polícia, mas de hospitais públicos, com a participação de profissionais de saúde física e emocional em redor da mulher que se encontra nessa situação repleta de angústia e sofrimento, seja a rica seja a pobre, branca ou negra, crente ou atéia. Em vez de policiais, médicos. Em vez de carcereiros, enfermeiros. Em vez de grades, janelas com outras oportunidades. Em vez de ódio punitivo, compreensão afetiva. Em vez da morte, vida.

XII. Prognoses do Julgamento de Mérito da ADPF 54

180. Cuida-se de um terreno pantanoso a tentativa de procurar antecipar o desfecho de qualquer julgamento, sobretudo quando o tema envolvido toca fundo em questões sensíveis de toda a sociedade e dos magistrados em particular.

181. Por óbvio não se tem qualquer elemento racional e confiável acerca de qual será o resultado do referido julgamento de mérito da ADPF 54, nem como votarão os juízes do STF. Nada obstante, a partir do

que já foi externado por esses julgadores, podemos, com todos os riscos dessa atividade, procurar sinais que apontam as direções que podem tomar cada um dos Ministros da Corte.

182. A atual composição do STF é formada pelos seguintes Ministros: Ellen Gracie (Presidente), Celso de Mello (Decano), Marco Aurélio, Gilmar Mendes (Vice-Presidente), Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, sendo que estes três últimos não participaram das primeiras sessões de julgamento desse tema.

183. Pelas manifestações externadas naquelas sessões e/ou manifestadas em outras oportunidades de julgamento, penso que votaram favoráveis à antecipação terapêutica do parto do anencefálico os seguintes Ministros: Marco Aurélio (relator), Celso de Mello, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

184. Também a partir de manifestações anteriores, votarão contrários ao aborto de feto anencefálico: Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

185. Em aberto os outros três votos. Há sinais de que Menezes Direito possa votar contrário ao aborto do feto anencefálico. Quanto a Ricardo Lewandowski há a possibilidade de ele votar favorável à antecipação terapêutica do parto. Cármen Lúcia, a partir de sua obra doutrinária³⁸, emite sinais dúbios, com uma leve tendência contrária ao aborto, visto que para ela o embrião já é um ser dotado de dignidade humana e merecedor de respeito e proteção.

186. Registro que pode haver uma reviravolta, de sorte que nenhum desses prognósticos se concretize. Cada juiz é senhor absoluto de sua consciência. A conferir.

187. Em minha percepção, penso que aqueles que votarem favoravelmente à antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico o façam por dois argumentos: a) a prevalência do interesse da mulher e de sua saúde em vista de uma gravidez que resultará em morte imediata; ou seja, não vale a pena o sacrifício da gestante; b) dispensar ao feto anencefálico o mesmo tratamento dispensado àquele que tem sua morte cere-

³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

³⁸ *Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

bral decretada, a despeito do funcionamento de outros órgãos vitais.

188. Quanto aos que votarem contrários ao aborto do feto anencefálico devem se estribar nos subseqüentes argumentos: a) o mal-estar da gestante não autoriza o sacrifício da vida do feto anencefálico, a despeito de sua grave patologia que o matará assim que nascer; e b) não pode o Judiciário inovar o sistema penal brasileiro criando uma nova hipótese de excludente de ilicitude penal, pois isso é tarefa dos Poderes Políticos (Congresso Nacional e Presidência da República) e com ampla participação dos setores interessados na formulação dessas políticas legislativas.

crentes ou não crentes: *“Eu quero a misericórdia e não sacrifícios”*.

XIII. Conclusão

189. O julgamento da ADPF 54 será — e já tem sido — um dos mais emblemáticos julgamentos da história do STF como Tribunal de direitos fundamentais e como Corte Constitucional, tanto pelo aspecto delicado e problemático da questão de mérito, quanto pela aceitação do instituto da ADPF como instrumento processual viabilizador dessa manifestação do STF.

190. O resultado acerca do julgamento dependerá das premissas que os Ministros do STF utilizarão para justificar suas convicções jurídicas, em respeito às suas próprias consciências morais e éticas.

191. Quem entender que o feto anencefálico é ser natimorto ou que o sofrimento da gestante é superior ao dever de manter a gravidez, deve votar favoravelmente à antecipação do parto.

192. Quem entender que a despeito do sofrimento da mãe o feto anencefálico é portador de dignidade humana e merecedor de proteção, ainda que seja apenas para garantir o nascimento e conseqüente morte natural ou que compete ao Legislativo inovar o ordenamento jurídico positivamente, deve votar contrariamente ao aborto.

193. Seja qual for o resultado, ninguém sairá ganhando, pois só há angústia e sofrimento nesses casos. É um vale de lágrimas, um calvário para todos os envolvidos.

194. Por fim, recordo as sempre úteis palavras contidas na Boa Nova anunciada a toda a humanidade e para a qual todos somos convidados a participar,

A sucessão tributária do art. 133 do Código Tributário Nacional não abrange cessão temporária de direito de uso de marca — inteligência do referido dispositivo

Ives Gandra da Silva Martins*

Consulta

Formula-me, o eminente advogado Alcyr Carvalho, a seguinte questão:

Permitimo-nos formalizar os entendimentos mantidos no sentido de ser emitida, sob a forma de parecer, a opinião de V.S.^a sobre se irradia a responsabilidade tributária enunciada no art. 133 do Código Tributário Nacional o negócio jurídico de licenciamento de uso de marcas e usufruto oneroso pactuados pela ora consultante nos termos das escrituras públicas lavradas.

Certidões de inteiro teor dos referidos contratos, estão aqui juntas de sorte a propiciar perfeita identificação do negócio jurídico de que se trata.

Resposta

Antes de responder à questão formulada pelo eminente jurista Alcyr Carvalho, mister se faz tecer algumas considerações sobre os arts. 108, I, 109, 110 e 133 do CTN, assim como sobre o art. 150, I, da Lei Suprema e a jurisprudência do STF a respeito de locação, arrendamento ou cessão temporária de direitos.

O primeiro aspecto a ser considerado diz respeito à integração analógica a que fez referência o art. 108 do CTN¹.

* Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Tributário e Constitucional.

¹ Ricardo Lobo Torres ensina: “A analogia pode ser empregada em Direito Tributário, mas nele não tem importância maior, por viver esse ramo do Direito sob o império do princípio da legalidade. Pela analogia não se pode criar tributo nem fixar nenhum dos seus aspectos. A influência da analogia se restringe às normas secundárias, processuais e administrativas. Nesse sentido é que aparece no art. 108. Aplica-se a analogia quando o caso emergente não encontra uma norma de Direito em que possa se subsumir. O intérprete recorre então a uma norma aplicável a caso semelhante. É argumento de similitude (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*)” (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 5a ed., Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 137/8).

A analogia, como técnica exegética integrativa, é permitida pelo Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1968) — lei com eficácia de complementar, no Título referente às normas gerais.

Está assim versado o art. 108 do CTN:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

II – os princípios gerais de direito tributário;

III – os princípios gerais de direito público;

IV – a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Como se percebe, entre os mecanismos passíveis de utilização, no difícil ofício de interpretar o direito, o legislador previu a analogia como o principal instrumento de percepção da realidade expressa na norma objeto do processo hermenêutico, sempre que não houver *disposição expressa* na legislação impositiva².

Em outras palavras, à falta de lei, pode o intérprete tributário adotar, entre as quatro técnicas possíveis

² Carlos Maximiliano assim conceitua e explicita a analogia: “A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.

Não podem os repositórios de normas dilatar-se até a exagerada minúcia, prever todos os casos possíveis no presente e no futuro. Sempre haverá lacunas no texto, embora o espírito do mesmo abranja órbita mais vasta, todo o assunto inspirador do Código, a universalidade da doutrina que o mesmo concretiza. Esta se deduz não só da letra expressa, mas também da falta de disposição especial. Até o silêncio se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo da norma.

A impossibilidade de enquadrar em um complexo de preceitos rígidos todas as mutações da vida prática decorre também do fato de poderem sobrevir, em qualquer tempo, invenções e institutos não sonhados sequer pelo legislador” (Hermenêutica e aplicação do Direito, 9a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 208).

para suprir a inteligência do direito aplicável à espécie examinada, a analogia.

Essa técnica de natureza integrativa consiste em aplicar a espécie não normada, disposição legal aplicável a outra espécie que se lhe assemelhe.

O § 1º, todavia, do referido dispositivo, afasta, de plano, a possibilidade de esta integração fazer-se para efeitos de gerar imposição fiscal. Vale dizer, se não houver lei expressa definindo certa situação como fato gerador de tributo, não é possível utilizar-se da integração analógica para se criar tributação direta ou por responsabilidade, aplicando-se dispositivo legal previsto para outra hipótese, mediante o expediente da assemeção³.

É que, por ser o direito tributário regido por três princípios fundamentais destinados a dar garantias ao contribuinte, a saber, os da tipicidade fechada, da estrita legalidade e da reserva absoluta da lei formal, a integração analógica, para efeitos impositivos, termina por feri-los todos, pois tornando o tipo aberto e extensível, a legalidade elástica e flexível e a reserva absoluta da lei uma reserva apenas formal⁴.

³ Ao falar sobre a analogia, Hugo de Brito Machado lembra que: “Cuida-se, aqui, de integração, e não de interpretação, O aplicador da lei só recorrerá a um dos meios acima indicados na ausência de disposição expressa e específica. A integração preenche essa ausência, isto é, a lacuna existente na legislação. Porque constitui desempenho de atividade excepcional, tendo em vista que a valoração, como atividade política, é predominantemente, e em princípio, exercida pelo legislador, a integração sofre as restrições impostas pelos §§ 1º e 2º do mencionado art. 108, que a doutrina geralmente diz decorrentes do princípio da legalidade. Em virtude de tais restrições é que “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei” (§ 1º)” (Curso de Direito Tributário, 22a. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 97).

⁴ Escrevi: “Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (Hacienda y derecho, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas — e principalmente — o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da *lex scripta*, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da *lex stricta*, própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p.39): “E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (*Sachentscheidungsnormen*), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*handlungsnormen*), não se limitam a

É que, em verdade, podendo o legislador definir, dentro dos parâmetros constitucionais de sua competência, todas as incidências que desejar, meridianamente, a sua espada da imposição só pode ser sustada, quando superar os limites da própria norma, pelo escudo da lei inflexível, a ser oposto pelo pagador de tributos. Em outras palavras, ao Estado cabe tudo, dentro da lei formal esculpida na estrita legalidade e tipicidade fechada, e ao contribuinte cabe obedecer apenas o que estiver por inteiro plasmado na lei⁵.

Não sem razão, impôs, o art. 5º da Constituição Federal, no seu inciso I, que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”, definindo, no art. 150, inc. I, que:

autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento”. Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário, in Comentários ao CTN, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (Direito Tributário, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, in Direito Tributário, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário, permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do “*numerus clausus*” veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja: e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta às normas elásticas (Res. Trib., 154:779-82, Sec. 2.1, 1980) (grifos não constantes do texto) (Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, São Paulo, 1982, p. 57).

⁵ Coordenei o 6º Simpósio Nacional de Direito Tributário em que o tema foi tratado nesta perspectiva, tendo o livro publicado contado com os trabalhos de AIRES FERNANDINO BARRETO, ANNA EMILIA CORDELLI ALVES, ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA, AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA, CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, CÉLIO DE FREITAS BATALHA, DEJALMA DE CAMPOS, DIRCEU ANTONIO PASTORELLO, EDDA GONÇALVES MAFFEI, FÁBIO DE SOUSA COUTINHO, GILBERTO DE ULHÔA CANTO, HUGO DE BRITO MACHADO, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, VITTORIO CASSONE, WAGNER BALERA, YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA e YOSHIKI ICHIHARA (Princípio da Legalidade – Caderno de Pesquisas Tributárias n. 6, 2a. tiragem, Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, São Paulo, 1991).

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

A doutrina, por sua esmagadora maioria, tem interpretado a enunciação do primeiro princípio colocado entre as limitações constitucionais ao poder de tributar, como uma exigência mais rígida em relação ao flexível princípio da legalidade exposto no art. 5º, para torná-lo, no âmbito da tributação, inflexível, inextensível, inelástico e fechado⁶. Não se trata, pois, de um mero pleonasma enfático ou singela repetição do princípio do art. 5º, mas uma real limitação constitucional ao poder de tributar, pela qual a lei deve conter, por completo, todos os elementos da hipótese de imposição⁷.

⁶ Celso Bastos lembra que: “De outro lado, vamos encontrar o princípio da reserva legal. Este opera de maneira diversa. Não é genérico e abstrato, mas sim concreto. Incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Será esta que determinará claramente que certos assuntos serão objeto de lei. Essa referência específica à lei faz com que ela se torne a única via normativa competente para regular o assunto. É uma exacerbação, ou, se preferirmos, um aprofundamento do mesmo princípio da legalidade.

Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento da matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Poder Executivo. Não deixa de proceder a distinção feita por alguns autores entre a reserva relativa e a absoluta. Esta é a de que vimos tratando até agora. A relativa é a que aceita a intervenção normativa do Poder Executivo, desde que observados os ditames constantes da lei” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 2004, p. 31).

⁷ Samantha Plug escreve: “Deve-se entender “lei”, no seu sentido lato, como o ato normativo que inaugura a ordem jurídica e oriundo de um processo legislativo previsto no próprio Texto Constitucional. Portanto, está-se a falar aqui de um ato normativo proveniente do Poder Legislativo, restando excluídos os demais atos. Trata-se, portanto, de atos provenientes de um processo legislativo descrito na Constituição e constante das espécies normativas previstas no seu art. 59. Ao fazer referência à “lei” está-se a falar, via de regra, na lei ordinária.

O princípio da legalidade, como reserva formal, refere-se à indispensabilidade de lei para instituir ou majorar tributo. E o princípio da legalidade como reserva absoluta consiste na necessidade de a lei conter todos os elementos do tipo tributário. O art. 97 do Código Tributário Nacional estabelece, in verbis, que: “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I – a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

Desta forma, não há como pretender a utilização da integração analógica para criar hipótese de responsabilidade tributária por assemelhação, à falta de expressão previsão dessa hipótese impositiva na norma legal⁸.

A favor do contribuinte, sempre é possível a utilização da integração analógica, na linha, de resto, estabelecida no art. 112 do CTN, assim redigido:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I – à capitulação legal do fato;

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação, segundo o qual, nos casos de dúvida, deve ser utilizado o princípio da “benigna amplianda” e a interpretação favorável ao contribuinte. Contra o contribuinte, jamais pode a técnica integrativa ser utilizada⁹.

III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;

IV – a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65...” (Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 9a. ed., 2006, São Paulo, p. 130/1) (grifos meus).

⁸ Sérgio Feltrin Corrêa escreve: “À luz do disposto no § 1º não cabe exigir tributo algum não contemplado em lei, estendendo-se essa vedação de forma lógica a quaisquer penalidades.

Defrontando-se o intérprete com situação que não caiba na moldura anteriormente ressaltada, deverá buscar abrigo nos princípios gerais de direito tributário.

Para que qualquer ente público tenha condições de exigir ou aumentar tributos é indispensável a existência de lei. É exigência contida no art. 150, I da CF” (grifos meus) (Código Tributário Nacional – Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 463).

⁹ Antonio José Franco de Campos assim o comenta: “88. Desde a tradição romana, o princípio da interpretação mais favorável, mais benigno, é em favor do sujeito passivo. Também a jurisprudência não desacolhe a aplicação de lei tributária que melhor favorece.

O art. 112 situa-se no campo do ilícito tributário, pois trata de infrações e imposições de penalidades definidas pela lei tributária. A interpretação de “maneira mais favorável ao acusado” (contribuinte sobre quem pesa uma imputação) somente é possível quando há dúvida preestabelecida nas quatro hipóteses enumeradas. Acreditamos não se tratar de especificações taxativas, mas exemplificativas. Dessa forma, sempre que ocorrer dúvida, mesmo fora daqueles casos, poderá empregar-se a interpretação benévola, na esfera da ilicitude tributária: “benigna amplianda”.

Tais considerações levam-me a uma segunda ordem de reflexões, à luz do disposto nos arts. 109 e 110 do CTN, assim redigidos:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, *mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.*

Art. 110. *A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias*” (grifos meus).

Como se percebe, a interpretação de ambas as normas resta absolutamente interligada. Os institutos, princípios e normas próprios do direito privado não podem ser alterados pelo legislador impositivo, objetivando exclusivamente a inclusão tributária, ou seja, o alargamento da incidência.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, decidiu que o ICMS não poderia incidir sobre o *leasing* de aeronaves, pois a entrada desses veículos no País, quando objeto de contratos de arrendamento mercantil celebrados pelas companhias aéreas brasileiras para restituição ao final da pactuação, não configura “aquisição de bens importados”, mas mera cessão temporária do direito de uso¹⁰.

Ainda quando a jurisprudência não se firmara, elaborei parecer doutrinário adotando a mesma in-

Admite-se que o art. 112 reflete o velho brocardo “in dubio pro reo” ou “in dubio contra fiscum”, inspirado em medida liberal” (Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. 2, Ed. Saraiva, 2006, São Paulo, p. 142).

¹⁰ *Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO DE AVIÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES.*

‘A jurisprudência desta eg. Corte é iterativa, no sentido de que a importação de mercadorias mediante contrato de arrendamento mercantil (“leasing”) não caracteriza fato gerador do ICMS’ (AGA n. 343 438/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 30.06.2003).

Na vigência do arrendamento, a titularidade do bem arrendado é do arrendante, admitida a sua transferência futura ao arrendatário. Não há, até o término do contrato, transmissão de domínio, razão pela qual se entende que não existiu circulação do bem para fins de cobrança do ICMS. Nesse diapasão, estabelece o artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96 que o imposto não incide sobre operação de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário. Recurso especial provido” [fls. 413/421] (grifos meus).

terpretação, em face de decisão da própria Corte (Ministra Ellen Gracie), adotando, apenas aparentemente, outra exegese. Sustentei que a hipótese era de arrendamento mercantil puro, visto que o proprietário do bem não perdia sua propriedade, tese que terminou sendo consagrada na última manifestação do Pretório Excelso (REX. 461.968-7-SP)¹¹, em que seu relator, Ministro Eros Grau, declara, inequivocamente, que:

Daí devermos dizer, de pronto, que na hipótese de que ora cogitamos — arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas — não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS.

Pretendendo o Estado cobrar ICMS como se tivesse havido uma “aquisição” da aeronave por parte da companhia aérea, ao firmar o contrato de “leasing”, a Suprema Corte repôs o entendimento correto ao decidir que, enquanto nas aquisições de mercadorias do exterior há importação configurando-se o fato gerador do ICMS¹², no arrendamento mercantil sem opção de compra, isso não se verifica. Não pode, portanto, a lei estadual alterar a natureza desse instituto de direito privado (arrendamento e não compra e venda) para efeitos de gerar a imposição do ICMS.

¹¹ *No julgamento anterior (RE 206.069-1-SP), a Min. Ellen ficara impressionada com o fato de que o arrendamento mercantil com opção de compra pudesse, em ocorrendo esta, eliminar a incidência do ICMS, tendo dito: “Entendimento contrário (ou seja, o de que a operação externa de “leasing” não autoriza a cobrança de ICMS) levaria ao estímulo de que as aquisições de bens de capital passassem a ser feitas por essa via de ajuste, para assim evitar a incidência tributária” (grifos meus), e concluindo: “Não se revela factível, nas hipóteses como a dos autos, a incidência do ICMS por ocasião da opção pela compra do bem, por parte do arrendatário sediado no Brasil.*

Tudo porque, a opção de compra constante do contrato internacional não está no âmbito da incidência do ICMS, nem o arrendador sediado no exterior é contribuinte”. Ora, o que impressionou a Ministra foi a compra posterior de arrendamento anterior, matéria que foi suprimida no julgamento em que a cessão de direitos é temporária, como no caso que ora examino.

¹² *Na mesma linha de recente decisão do STF leia-se o voto do Ministro Garcia Vieira no RESP 39.397-3: “O “leasing” nada mais é do que o contrato de arrendamento mercantil, instituto assemelhado a uma locação, com opção de compra do bem pelo arrendatário. Como não ocorre a transferência da titularidade (circunstância jurídica) do bem antes de pagas as parcelas e escoado o prazo previsto no contrato, bem como a vontade do arrendatário de adquirir o objeto do “leasing”, não há que se falar na ocorrência do fato impositivo do ICMS (Ap. Cível 223.524/2, TJSP; Ap. Cível 211.335/2, TJSP, Rec. Esp. 39.397-3, Rel. Min. Garcia Vieira” (Apelação Cível 310.205-5/0 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).*

Aplicou, portanto, o Eg. Supremo Tribunal Federal o princípio previsto nos arts. 109 e 110 do CTN, o que já fizera antes, ao excluir a incidência do ISS nos contratos de locação¹³.

Desta forma, os arts. 109 e 110 garantem, como normas gerais, a primazia do direito privado — e todas as normas de direito privado constitucionais estão implícita ou explicitamente na lei suprema — sobre o direito tributário, para efeitos de suas formas serem respeitadas.

Tal garantia, sabiamente adotada pelo legislador complementar, objetiva dar segurança ao direito e, principalmente, às transações privadas, que podem ser incididas, dentro da lei, mas não pode sua conformação jurídico-estrutural ser alterada, para efeitos de tributação.

Dentro da lei e sem desnaturar os institutos e normas próprias do direito privado, tudo pode o legislador tributário. Fora dela, nada pode. E mesmo no exercício da atividade legislativa, não lhe é permitido alterar a conformação ôntica daquele instituto ou daquela relação jurídica de natureza privada¹⁴.

¹³ Quando o Presidente da República vetou o dispositivo que colocava as locações como sendo incididas pelo ISS declarou: “O Recurso Extraordinário 116.121/SP, votado unanimemente pelo Tribunal Pleno, em 11/10/2000, contém linha interpretativa no mesmo sentido, pois a terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo a contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprios, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável.” Em assim sendo, o item 3.01 da Lista de serviços anexa ao projeto de lei complementar ora analisado, fica prejudicado, pois veicula indevida (porque inconstitucional) incidência do imposto sob locação de bens móveis” (O ISS e a LC 116, coordenador Valdir de O. Rocha, divs. auts., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116).

¹⁴ Tavares Paes esclarece ao falar sobre o art. 109 do CTN: “Este dispositivo é complementado pelo art. 110. Procura o art. 109 estabelecer os lindes entre o direito tributário e o privado e, como o afirma o Prof. Ruy Barbosa Nogueira, “teve dupla finalidade: afastou estes como meio supletivo da integração da lei fiscal e deixou esclarecido o aspecto das relações que o direito tributário mantém com o direito privado, ou seja, quando as categorias de direito privado estejam apenas referidas na lei tributária, o intérprete há de ingressar neste para bem compreendê-las, porque neste caso elas continuam sendo institutos, conceitos e formas de puro direito privado, porque não foram alteradas pelo direito tributário, mas incorporadas e, portanto, vinculantes deste (Curso, cit., p. 94)” (Comentários ao Código Tributário Nacional, 3ª ed., ed. Saraiva, 1986, p. 121/122).

A terceira consideração refere-se ao próprio art. 133 do CTN, sobre o qual já muito me debrucei, desde a edição do Código Tributário Nacional. Está esse artigo assim redigido:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que *adquirir de outra*, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: (grifos meus)

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Parágrafo incluído pela LC 118, de 2005)

I – em processo de falência: (Inciso incluído pela LC 118, de 2005)¹⁵

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Inciso incluído pela LC 118, de 2005)

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Parágrafo incluído pela LC 118, de 2005)

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial: (Inciso incluído pela LC 118, de 2005).

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Inciso incluído pela LC 118, de 2005)

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Inciso incluído pela LC 118, de 2005)

¹⁵ As disposições introduzidas pela lei complementar n. 118/2005 objetivaram apenas a desoneração para efeitos de recuperação de empresas como esclarecem Rogério Gandra da Silva Martins, Soraya Locatelli, Luciana Fonseca e eu no livro “Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas - Doutrina e Prática” (coordenação Rubens Approbato Machado, divs. auts., Ed. Quartier Latin/OAB-SP, São Paulo, 2005, p. 319/340).

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extra-concursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Parágrafo incluído pela LC 118, de 2005)”¹⁶.

A parte do artigo que interessa comentar, neste parecer, cuida da sucessão tributária na *aquisição* de

“fundo de comércio
ou
estabelecimento profissional
ou
estabelecimento comercial
ou
estabelecimento industrial”

realizada por

“*pessoa natural*
ou
jurídica”

desde que de

“direito privado”.

O resto do dispositivo, isto é, de ser a responsabilidade apenas por tributos, segundo a jurisprudência

¹⁶ Rogério Gandra da Silva Martins, Soraya Locatelli, Luciana Fonseca justificaram este acréscimo ao art. 133, dizendo: “Tendo em vista as inúmeras modificações na sistemática do direito falimentar, com a criação de novos institutos e procedimentos jurídicos, necessária se fazia uma formatação do CTN, principalmente nas partes que versam sobre a sucessão e o crédito tributário, a fim de que a nova Lei de Falências pudesse não apenas ter eficácia, mas eficiência e efetividade, assim como não encontrasse óbices interpretativos em função de conflitos entre a mesma e o Codex fiscal pátrio, principalmente, pelo fato de tratar-se de normas de hierarquia diferente, sendo o CTN Lei Complementar e a nova Lei Falimentar norma ordinária.

Outrossim, na atual situação jurídico-econômica nacional, em que a carga tributária resvala os 40% do Produto Interno Bruto, sendo o nosso sistema fiscal um dos mais complexos do mundo, fazendo com que o ônus tributário seja não só o principal motivo da fuga das empresas para a informalidade jurídica, assim como o mais preponderante custo que qualquer empresa nacional arca em termos gerais, seria impossível pensar em alterar o sistema falimentar sem padronizá-lo ao sistema tributário, até porque em muitas das vezes é o custo fiscal um dos motivos que leva as empresas ao estado de insolvência ou similar” (Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Doutrina e prática”, Ed. Quartier Latin, ob. cit. p. 321/322).

do *STF*, não do *STJ*, e de, no caso de a *exploração continuar sob a mesma ou outra razão social*, ser subsidiária ou não a responsabilidade, embora sejam aspectos relevantes, apresentam pouco significado para dar resposta às indagações formuladas na consulta¹⁷.

O que importa considerar é o tipo de operação que gera a sucessão tributária, ou seja, a *aquisição* de fundo de comércio ou de estabelecimento profissional, comercial ou industrial, visto que o que deseja a consultante saber é se o arrendamento, a locação, a cessão temporária de direitos, o usufruto de um determinado bem, por parte de uma empresa, enquanto a propriedade permanece de outra, constituirá ou não *uma aquisição*. Ou seja, se essa situação configuraria contrato de compra e venda de qualquer dos 3 estabelecimentos ou do próprio fundo de comércio.

De início, mister se faz esclarecer que fundo de comércio é a integralidade de bens patrimoniais, inclusive os de natureza pessoal e de valor imaterial.

Já escrevi que:

“Não se pode confundir ‘acervo’ com ‘fundo de comércio’. O fundo de comércio representa, não obstante constituir-se em conceito mais amplo de direito privado e de fronteiras mais elásticas, uma universalidade de bens corpóreos e incorpóreos.

Alguns dos juristas que procuraram definir o fundo de comércio, sempre realçaram tais características, no direito pátrio e comparado, como Albert Cohen (‘Traité Theorique et pratique des fonds de commerce’), Alfredo Buzaid (‘Da ação renovatória’, Ed. Saraiva), L. Autuori (‘Fundo de Comércio’, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Ed. Borsoi, vol. 23, pg. 230), A.B. Cotrim Neto (‘Fundo de Comércio’, Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 39).

Ora, marca isolada de propriedade de terceiros não constitui fundo de comércio, por lhe faltar a universalidade a que se refere a doutrina e por não compor a patrimonialidade daquele que o detém. Mesmo quando, nessa universalidade, incluído está o ponto comercial locado, tal ponto compõe o fundo de comércio apenas nos contratos a longo prazo, pois nos contratos a prazo curto e de locação não

¹⁷ *Leia-se a seguinte decisão da Suprema Corte: “O sucessor, adquirente do estabelecimento comercial, responde pelos tributos devidos pelo antecessor, não porém por multas punitivas, sobretudo as impostas posteriormente à aquisição” (RE 83.514-SP, Rel. Min. Eloy da Rocha, DJU 20/05/77, p. 3261), deixando claro que as multas estão excluídas na sucessão.*

mais renovável, tal elemento, que se agrega a outros para formar a figura mencionada, deve ser necessariamente descaracterizado”¹⁸.

A lei, portanto, fala de “fundo de comércio” como universalidade de bens, e não, especificamente, de um ou de alguns componentes do fundo de comércio, pois, se assim fosse, teria que explicitar que a sucessão se daria pela aquisição da totalidade do fundo de comércio ou de parte dele.

E não explicitou por uma única razão. É que desejou excluir a parte, os componentes, se alienados isoladamente, visto que as quatro hipóteses de perfilação do aspecto sucessório dizem respeito, *exclusivamente, à totalidade dos bens*.

Ou seja, a *totalidade dos bens de*

um fundo de comércio

a totalidade dos bens de

um estabelecimento profissional,

a totalidade dos bens de

um estabelecimento comercial,

a totalidade dos bens de

um estabelecimento industrial,

enquanto caracterizadora de fundo e de estabelecimento. Vale dizer, enquanto a alienação não desfigurar esta universalidade de bens, que constitui uns ou outros¹⁹.

Nitidamente, o art. 133 não cuidou de partes isoladas, de bens isolados do fundo ou do estabelecimento, como é o caso de alienação de marcas, de equipamentos ou, até mesmo, de pontos, se o próprio estabelecimento não for alienado.

À evidência, a mera alienação de uma máquina ou de uma marca não representa a alienação de “fundo de comércio”, nem de “estabelecimento comercial, industrial ou profissional”.

Aquilo de que, decididamente, porém, o legislador não cuidou, foi de uma sucessão decorrente de uma “*não alienação*” ou de uma “*não aquisição*”, de fundo de comércio ou de estabelecimentos, mas de parte deles.

A expressão muito clara

“*a pessoa natural ou de direito privado que adquirir*”.

A aquisição pressupõe um contrato de compra e venda e não uma cessão temporária de direitos correspondentes à locação, arrendamento ou usufruto. Nestas hipóteses, a propriedade continua com o cedente. Não é transferida ao cessionário a tempo certo²⁰.

Por esta razão, o STF no caso do “leasing” de aeronaves, conforme retrocitada decisão, houve por bem entender que, embora entrassem em território nacional, esses bens não se destinavam a compor o ativo permanente da empresa cessionária, mas continuavam na propriedade da empresa cedente, razão pela qual, a inexistência da transferência de titularidade na operação mercantil afasta a incidência do ICMS.

E, inequivocamente, não permitiu a integração analógica, para *assemelhar* a operação de *cessão temporária de direitos* àquela operação de *aquisição permanente de bens*.

Não permitindo os arts. 108, § 1º, 109 e 110 do CTN interpretações distintas, o Tribunal nitidamente afastou as tentativas do Estado de considerar cessões temporárias de direitos como *compra e venda de bens*, para efeitos tributários²¹.

¹⁸ *Direito constitucional tributário*, 2. ed., Cejup, 1985, p. 99-100.

¹⁹ Fernando Albino lembra lição de Waldemar Ferreira, ao dizer: “Conforme bem acentua Waldemar Ferreira (*Tratado de direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 1962, v. 7, p. 234-6), em se tratando de fundo de comércio, cristalizou-se a fórmula de ser ele conjunto de bens mobiliários destinado ao exercício da atividade econômica. Compreende obrigatoriamente a clientela ou “achalandage”, como é denominado no direito francês. E também envolve, salvo prova contrária, todos os outros bens necessários à exploração do fundo, tais como a insígnia, o nome comercial, o direito de arrendamento do prédio, o material, os utensílios, as mercadorias, as patentes de invenção, as marcas de fábrica, os desenhos e os modelos, os direitos de propriedade literária e artística” (*Shopping centers – questões jurídicas*, ob. cit. p. 55/56).

²⁰ Maria Helena Diniz assim define o usufruto: “usufruto. Direito civil. 1. Direito real conferido a alguém de retirar, temporariamente, de coisa alheia os frutos e utilidades que ela produz, sem alterar-lhe a substância. O proprietário, ao deferir a posse direta de seu bem, móvel ou imóvel, ao usufrutuário para que este dele desfrute, perde o “jus utendi” e o “jus fruendi”, mas não perde a substância, o conteúdo de seu direito de propriedade que lhe fica na sua propriedade. 2. Usufruição. 3. Ato ou efeito de usufruir” (*Dicionário Jurídico*, vol. 4, Ed. Saraiva, p. 678).

²¹ Escrevi sobre os arts. 109 e 110 do CTN: “Estão os dois dispositivos umbilicalmente ligados, pois declaram que a lei tributária não pode mudar conceitos, princípios, normas de direito privado esculpidas na lei suprema e, de rigor, tudo o que sobre a matéria estiver na lei suprema, implícita ou explicitamente, pode ser regulado pelo direito

Ora, nitidamente, claramente, evidentemente, o art. 133 não disciplinou *cessões temporárias* de direitos. Disciplinou aquisições. Disciplinou contratos de compra e venda. Não disciplinou transferência temporária de direitos de uso, revista-se da forma que se revestir (locação, arrendamento, “leasing”, usufruto temporário).

É de se lembrar que, na cessão temporária de direitos de uso, a propriedade continua inteiramente do cedente; a “nua propriedade”, vale dizer, a substância do direito de *propriedade*, por titulação definitiva, não se transfere. O art. 133 do CTN, portanto, não se aplica à cessão temporária de direitos, por não caracterizar uma *aquisição* de bens e não ser possível utilizar-se a integração analógica para alargar o campo de imposição tributária.

Isto posto, passo a responder a questão formulada.

Tendo examinado os contratos assinados pela consulente com os detentores dos jornais, percebe-se claramente que a consulente *não adquiriu nem o fundo de comércio, nem o estabelecimento industrial ou comercial*²².

Os cedentes continuaram, por seus diretores e proprietários, a existir como pessoas jurídicas, mantendo a propriedade de seus imóveis, parques gráficos e todos os demais bens pertencentes à empresa, inclusive a “nua propriedade” das marcas, apenas cedidas temporariamente para usufruto da consulente, em contrato, firmado em cartório, usufruto este por tempo certo e determinado e com condições e remuneração defini-

da, à semelhança do que ocorre nos casos de locação ou arrendamento, vale dizer, mensal e pelo tempo estipulado de duração da cessão dos referidos direitos.

No contrato, faz-se nítida referência a que todo o fundo de comércio, assim como o estabelecimento continuam na propriedade dos cedentes, inclusive a “nua propriedade” das marcas temporariamente cedidas para exploração, mediante remuneração mensal a ser paga aos cedentes, os quais as retomarão, ao fim do pacto comercial assinado.

Não há, pois, como considerar aplicável o dispositivo que cuida apenas de “aquisições”, de “compra e venda”, à espécie contratual absolutamente distinta, em que não há qualquer transferência definitiva da propriedade de estabelecimento ou de fundo de comércio. Nem mesmo de marcas, mas apenas singela cessão temporária de direitos sobre estas, ou seja, licenciamento para que a consulente as explore, por tempo certo²³.

Por não poder o intérprete utilizar-se da integração analógica para criar hipótese de imposição não prevista pela lei (assemelhar a expressão “aquisição” a “cessão temporária de direitos”), em virtude da expressa proibição do art. 108, § 1º, do CTN; nem alterar institutos próprios do direito privado para efeitos de tributação, por vedação clara dos arts. 109 e 110 do CTN; nem flexibilizar o princípio da estrita legalidade exposto no art. 155, I, da Constituição Federal, não há como aplicar o artigo 133 do CTN à hipótese consultada²⁴.

Nem mesmo o contrato anterior à cessão temporária de marcas, autêntico arrendamento de direitos, em que a consulente surgia como mera procuradora

privado. Só o que violar a lei suprema não é hospedado pelos arts. 109 e 110, mas, à evidência, também tal hipótese deve ser expelida da ordem jurídica, por incompatibilidade com a Carta Magna, sofrendo do vício maior que é a inconstitucionalidade.

À evidência, o legislador complementar não retirou do legislador ordinário tributário o direito de definir os efeitos impositivos possíveis para as instituições, pessoas ou operações de direito privado, vedando-lhe, apenas e tão-somente, a faculdade de definir, confirmar, perfilar os institutos privados próprios do legislador ordinário” (Revista Dialética 130/2006, p. 103).

²² Cotrim Neto, ao hospedar a doutrina de Alfredo Buzaid declara que “Adiante, e já em conclusão de seu estudo, o autor aprecia, à luz da doutrina, os elementos mais salientes do fundo de comércio e conclui, falando do estabelecimento comercial, que, neste caso, o mais relevante é o ponto (p. 248). No que concerne ao fundo de comércio da indústria, o mais relevante será a excelência das suas mercadorias” (Enciclopédia Saraiva do Direito vol. 39, Ed. Saraiva, São Paulo, p.170). Nitidamente, considera tais aspectos elementos relevantes, mas não a totalidade do fundo de comércio.

²³ É de se lembrar que, no caso, a cessão é inclusive temporária, muitos autores sequer admitindo o uso da expressão cessão temporária, não a aplicando ao usufruto. Tenho, todavia, admitido a expressão “cessão temporária”, pois nela claro fica a não transferência de propriedade sobre a qual incidem os referidos direitos.

²⁴ Ao interpretar os textos constitucionais e complementares acima mencionados, pautei-me pela lição de Carlos Mário da Silva Pereira que declara: “A posição correta do intérprete há de ser uma posição de termo médio. Sem negar a supremacia da lei escrita como fonte jurídica, pois nisto está a idéia fundamental do ordenamento jurídico regularmente constituído, deverá tomar da escola científica a idéia de que a lei é um produto da sociedade organizada, e tem uma finalidade social de realizar o bem-comum. A pretexto de interpretar, não pode o aplicador pender para o campo arbitrário de julgar a própria lei, de recusar-lhe aplicação ou de criar um direito contrário a seu texto” (Instituições de Direito Civil, vol. I, 12ª. ed., Ed. Forense, 1990, p. 145).

(comissária) para vendas de jornais de uma das empresas, a tornaria sucessora, pois também a comissão é instituto próprio de direito privado, *de uma representação e mandato*, mas não de compra e venda ou aquisição²⁵.

Em outras palavras, nos documentos que me foram apresentados tanto os relativos à operação de arrendamento ou cessão temporária de marcas e como no anterior, de comissão, *não há qualquer espécie de aquisição, seja de estabelecimento, seja de fundo de comércio, mas apenas cessão temporária de marcas por prazo certo, continuando as empresas cedentes e seus detentores como proprietários de todos os bens que possuíam, inclusive a “nua propriedade” das referidas marcas, por tempo determinado, findo o qual voltarão a ter sua propriedade integral.*

Minha resposta é, portanto, que, no tipo de pactuação realizada pela consulente, tendo por objeto as marcas dos jornais, não há qualquer aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento, não lhe sendo, portanto, aplicável o art. 133 do CTN.

S.M.J.

São Paulo, 19 de julho de 2007.

²⁵A Comissão de Redação da Enciclopédia Saraiva do Direito coordenada por Limongi França no verbete *representação* esclarece: “Representação – V. contrato de mandato. Do latim “representatio”. É o ato ou efeito de representar; o que se representa.

Na tecnologia do direito, o vocábulo é empregado nos diferentes ramos nos mais variados sentidos, embora todos eles conservem a acepção etimológica originária, consistente na atuação de alguém em nome de outrem. Assim, representação comercial, representação diplomática, representação dramática, representação hereditária, representação legal, representação processual etc. (v. verbetes subsequentes)” (vol. 65, 1977, p. 102).

O salário mínimo profissional, as empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional e a hermenêutica

Daniel Ivo Odon*

I – Introdução

Muitos discutem, atualmente, as leis instituidoras de salários mínimos profissionais, como a do dentista (Lei 3.999/1961), do engenheiro e arquiteto (Lei 4.950-A/1966), entre outras, permanecem com sua eficácia no tocante ao seu piso. Alguns juristas são veementes ao dizer que tais normas não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, diante da vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, no art. 7º, IV. Outros, porém, juntamente com os Conselhos representativos de classes, defendem sua ampla aplicabilidade.

A par de todo o debate a respeito da receptividade ou não pela nova Carta Magna, o presente texto trará uma perspectiva diversa sobre aquelas leis e, em confronto com outras, analisará acerca da obrigatoriedade no cumprimento dos pisos salariais ali vertidos em face das empresas estatais dependentes.

II – Considerações Iniciais

O panorama legislativo brasileiro, no que tange ao cotejo das normas instituidoras do salário mínimo profissional e as reguladoras dos atos da Administração Pública, é tecnicamente precário. Ocorre que os pisos salariais profissionais possuem seus reflexos na Administração direta, autárquica e fundacional neutralizados, por força do Decreto-Lei 1.820/1980, enquanto que, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, nada temos especificadamente.

Entretanto, no ano de 2000, o legislador lançou no ordenamento pátrio a Lei Complementar 101, também chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal. Entre outras coisas, este diploma, no seu art. 2º, trouxe à baila duas figuras jurídicas: empresa controlada e empresa estatal dependente. A primeira compreende

toda sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação. A segunda, diz a lei, é toda empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital.

Portanto, criaram-se institutos novos que devem ser comparados, impreterivelmente, com as figuras já tradicionais do direito administrativo. A empresa estatal dependente é submetida às regras dos seus controladores, isto é, dos entes da Federação, que a suprem dos recursos financeiros para cumprir compromissos decorrentes de despesas com custeio ou de capital. Essa relação de dependência, nota-se, exsurge da falta de condição da empresa de manter-se com recursos próprios, por isso que nessa qualidade é assistida por suas controladoras.

Percebe-se do texto normativo que toda empresa estatal dependente compreende uma empresa controlada, mas a recíproca não é verdadeira. O intuito do legislador não foi de mera conceituação; afinal a lei não pode conter disposições inúteis.

A empresa simplesmente controlada (e não dependente), ou seja, aquela que possui receita própria e não recebe do ente controlador recursos para custeio, situa-se, em tese, fora do âmbito de abrangência da Lei de Responsabilidade Fiscal. Conseqüentemente, os preceitos da Lei Complementar 101/2000, referente a pessoal, aplicam-se estritamente às empresas dependentes. As empresas simplesmente controladas, então, sujeitam-se, tão-somente, aos princípios vetores da economicidade e controle da despesa com pessoal.

Este raciocínio brota da implacável lógica, pois enquanto o ente controlador fornece recursos à entidade para pagamento de seu pessoal, é certo que esta terá de submeter-se às regras de controle desse tipo de despesa, explícitas nos arts. 19 a 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Caso não houvesse este repasse, a instituição estaria excluída dos rigores preconizados.

No Brasil, presentemente, do universo de entidades integrantes da Administração Pública

* Procurador da Conab, Pós-Graduado pela Universidade Cândido Mendes e Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Indireta federal, apenas dezessete compõem o quadro das empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional (Conab, Embrapa, Radiobrás etc). Seu ente controlador é a União, de quem recebe recursos do Tesouro Nacional para pagamento de suas despesas, inclusive a de pessoal, e é o Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (DEST), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o órgão fiscalizador desta modalidade de dispêndio.

Daí decorre que qualquer aumento salarial impescinde de prévia dotação orçamentária e se sujeita aos limites impostos pelos arts. 18 a 23, da Lei Complementar 101/2000. Qualquer ato que provoque o aumento de despesa com pessoal destoante dos parâmetros legalmente determinados será nulo de pleno direito (art. 21). Além da nulidade do ato, o administrador público estaria na mira da improbidade administrativa, nos termos dos arts. 10, inciso IX, c/c 12, inciso II, da Lei 8.429/1992, por ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei.

De outra banda, ocupa espaço no nosso ordenamento o mencionado Decreto-Lei 1.820, de 11/12/1980. Este normativo dispõe acerca do reajuste dos vencimentos, salários e proventos dos servidores civis do Poder Executivo, das pensões, além de outras providências.

Na sua exposição de motivos, de lavra do Sr. José Carlos Soares Freire, Diretor-Geral do antigo Dasp, fica patente o arcabouço empírico que ensejou a desvinculação dos servidores públicos civis em relação aos salários profissionais. Isto porque esse diploma legal buscou eliminar distorções verificadas no contexto geral da sistemática de retribuição vigente, em consonância à política de pessoal do governo. Valendo-se de uma visão prospectiva, constatou que, em curto prazo, a estrutura montada para o Plano de Classificação e de Retribuição de Cargos estaria comprometida. Desta feita, entre outras medidas, introduziu a regra do art. 13 que retira a incidência de leis especiais que fixam salário mínimo profissional da remuneração do funcionalismo civil da União, Distrito Federal e respectivas autarquias, porque os cofres que custeiam esses salários são públicos e a gestão de recursos públicos é repleta de vicissitudes que obstaculizam seu livre empenho.

Restou claro, destarte, que para salvaguardar o princípio basilar da boa administração da *res publica*, não era possível alcançar o patamar mínimo dos sa-

lários profissionais. Então, diante dos princípios e regras que impediam o administrador público de içar os salários de seus servidores aos níveis fixados em leis, criou-se a norma do art. 13 do Decreto-Lei 1.820/1980, excluindo-os das respectivas vinculações. Era de fato necessário que se criasse a referida norma, pois, caso contrário, estaríamos admitindo uma contradição no nosso ordenamento jurídico. Seria afirmar que uma lei pune uma conduta que outra lei, igualmente válida, exige do gestor público, ou seja, legalmente sancionar o que é legalmente fomentado.

Ato contínuo, os defensores ferrenhos dos salários mínimos profissionais são categóricos ao explicitarem que somente aqueles personagens referenciados no art. 13 do Decreto-Lei 1.820/1980, se eximem da observância do piso salarial. Todos os demais entes pertencentes à Administração Pública, no caso as empresas públicas e sociedades de economia mista, devem cumpri-lo irrestritamente.

Malgrado os argumentos utilizados, se afigura certo ceticismo quanto à obrigatoriedade de sua observância em face da nova figura trazida pela Lei de Responsabilidade Fiscal. As empresas estatais dependentes encontram porto seguro no ordenamento jurídico que, em que pese a inexistência expressa de uma norma de exclusão, lhes permite seu desatendimento.

III – O Ordenamento Jurídico e o Direito

Há de se ter em mente que a lei jamais pode ser tratada como causa explicativa do sentido estatuído de uma norma. Em termos de causação, isto é, sociológicos, sempre existem outras causas. O direito não se origina da caneta do legislador, mas o antecede; a lei somente o estrutura em termos de inclusões e exclusões, sem que, com isso, se tenha uma constância absoluta do direito. O direito positivo é determinado, mas não determinável. O “bom direito”, preconizado por Luhmann¹, reside não no passado, mas em um futuro em aberto. O direito torna-se cada vez mais um instrumento de mudança planejada da realidade em inúmeros detalhes. A norma jurídica, portanto, transcende sua forma escrita, assim como o direito transcende sua positivação.

¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1985, p. 7-11.

É nesse futuro em aberto que se deve considerar a aplicação do Direito, a submissão da vida real às prescrições legais, procurando o dispositivo adaptável a certo fato. O direito precisa transformar-se em realidade eficiente e este é o campo em que granjeia o jurista, consoante o modelo pós-positivista hodierno.

No positivismo se adotava um sistema de aplicação do Direito baseado na subsunção, conforme concepção de Kelsen². O mínimo ético que existia na norma era delimitado pelo legislador, não cabendo aos operadores do direito buscar definição ética fora da esfera do legislador. Daí porque se chamava “sistema de subsunção”; o *dever-ser* era lógico, e não axiológico. Contudo, a partir da segunda metade do século XX, surgiu a necessidade de se mudar a perspectiva, fazendo emergir uma concepção pós-positivista. Então, em direção diametralmente oposta, buscou-se primar o sistema de ingredientes extranormativos, de valores consagrados em princípios norteadores do Direito. O *dever-ser* passou a ser axiológico, não mais lógico. Os intérpretes, assim, conquistam uma posição de protagonista no mundo jurídico, de verdadeiros órgãos respiratórios.

Acrescenta-se ao jurista a tarefa de promover o progresso jurídico. Nessa seara o jurista não dispõe de liberdade, tendo em vista que sua tarefa encontra limites claros e taxativos nas normas positivas. Mas é seu dever criticar as normas vigentes e meditar sobre suas diretrizes para sua reelaboração progressiva. Neste mister, age como orientador da legislação futura. Constitui seu ofício meditar sobre as falhas das regras em vigor, apontando as reformas devidas e oportunas³.

Parte-se, então, da premissa de que toda norma jurídica possui, inexoravelmente, uma rigidez ilusória, uma estrutura externa estática, que serve, certamente, para regular as situações sob um prisma geral. Todavia, sua significação varia com o decurso do tempo e a marcha da civilização, captando no seio social as realidades jurídicas sucessivas. A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator, onde se busca sempre o

sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira⁴.

O sentido de um texto sempre supera seu autor. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo. Um texto não pode ser entendido como mera expressão vital, mas é levado a sério na sua pretensão verdadeira. Gadamer, neste contexto, professa que compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Porém não basta compreender, imperioso, do mesmo modo, aplicar. A aplicação se traduz num momento do processo hermenêutico tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação. A hermenêutica induz-nos à capacidade de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala. A hermenêutica jurídica compreende um modelo de relação entre passado e presente. Deve-se adequar a lei às necessidades do presente, afinal, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. Perscruta-se a “idéia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente⁵.

Este é o ideal de sistema normativo que todo jurista deve enxergar num ordenamento jurídico. Nosso sistema é plurinormativo, isto é, representa um conjunto de normas, sendo natural que advenham problemas oriundos das relações entre as diversas normas. Inobstante os imbrólios, é salutar que todo ordenamento jurídico apresente coerência, isto é, as normas integrantes deste ordenamento devem coexistir ordenadamente, apresentando-se como verdadeiro sistema. A ordem implica que as normas não apenas mantenham relação com o todo, mas, sobretudo, relacionem-se entre si coerentemente.

O ordenamento jurídico brasileiro se apresenta complexo, uma vez que se caracteriza por pluralidade de fontes. Daí a possibilidade de contraste entre duas normas distintas. Neste caminho, para se julgar essa oposição normativa, imperioso o exame do seu conteúdo. Bobbio já advertia que um ordenamento que admita em seu seio entes em oposição entre si não poderia

² KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ª Ed.. São Paulo: RT, 2006.

³ SICHES, Luis Recasens. Tratado general de Filosofia Del Derecho. 3ª ed. México: Editorial Porrúa SA, 1965, p. 9.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed.. RJ: Forense, 2006, p. 13-23.

⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 444-487.

se chamar de “sistema”. Ora, um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. As normas de um ordenamento têm um relacionamento entre si, um relacionamento de compatibilidade, banindo-se a incompatibilidade. Não se quer dizer com isso que temos um sistema dedutivo perfeito, pelo contrário, nosso sistema é jurídico e segue o sentido negativo, isto é, opera, valendo-se de seus meios, sem cogitar incompatibilidade⁶.

Destarte, nesse esquadramento normativo, indeclinável a busca pela coerência lógica entre os entes, aproximando-os da compatibilidade recíproca ou complementaridade entre si, eliminando, por vez, as contrariedades e incompatibilidades que maculam o sistema. As normas que constituem um ordenamento não se isolam, mas tornam-se parte de um sistema, formando um bloco sistemático.

Bobbio, na mesma linha de Gadamer, segundo a qual compreender é sempre interpretar, denomina interpretação sistemática aquela que se funda na idéia de que as normas de um ordenamento constituam uma totalidade ordenada. É cediço que alguns entendem como interpretação a busca de significados sobre o texto normativo, seus vocábulos, frases ou sentenças; para se exercer a atividade interpretativa, mister haver o texto a ser interpretado. Entretanto, Bobbio vai além; confere à interpretação sistemática um amplitude maior, de cunho eminentemente compreensivo, informando que lhe cabe também integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “*espírito do sistema*”⁷.

Diante disso, não se propugna criar uma interpretação extensiva ao Decreto-Lei 1.820/1980, haja vista que fere frontalmente a técnica jurídica. Isto porque seu art. 13 adentra a seara do que Maximiliano chama de “*Direito Excepcional*”⁸, que se apresenta quando uma norma inserta em certo contexto abrange exceção à regra geral, ocasião em que só abrangerá os casos que especifica, sendo interpretável de modo estrito. Logo, os pisos salariais estabelecidos em lei representam uma razão geral, ao passo que sua exceção atende uma razão particular, arrimada numa utilidade pontual, local.

Ao revés, deseja-se que se abram os olhos para seu conteúdo (*espírito*) e para as realidades jurídicas que nascem diariamente, concedendo-lhes adequado espaço no ordenamento pátrio, desacorrentado das amarras de uma exegese primitiva e imutável. Impende enaltecer que a norma jurídica não encerra o Direito, isto é, não é o Direito, como perustrada na visão kelseniana. A norma jurídica, pois, expressa o Direito. Não se pode tomar a parte pelo todo, sob pena de se conferir um enfoque reducionista do Direito.

As características normativas e sistemáticas de qualquer lei voltam-se para a ordem e a segurança das relações jurídicas tuteladas. Toda norma jurídica é uma norma de convivência, sob o prisma tridimensional (ou egológico⁹) do Direito, onde a norma guarda ligação estreitíssima com os fatos e valores que a ensinaram, assim como com o ordenamento jurídico em que ela se insere, tornando impossível qualquer tentativa de interpretação que não os levem em consideração¹⁰. Procura-se sempre a forma dialética de se trabalhar com seus três elementos (fato, valor e norma) de maneira indissociável.

O Direito evolui, muda seus paramentos legislativos, e a norma jurídica deve acompanhar essa evolução. O Direito deve ser estável sem ser estático e dinâmico sem ser frenético. Diante da miscelânea ordenada que deve permear as normas de um sistema, notadamente, aqui, das leis instituidoras dos salários mínimos profissionais, do Decreto-Lei 1.820/1980, da Lei 8.429/1992 e da Lei Complementar 101/2000, vale-se do instrumento hermenêutico da *construção*.

A construção, diferentemente da interpretação, destina-se a tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto da norma. São conclusões que se colhem no conteúdo (*espírito*), e não apenas na letra da norma, ou ainda, e precipuamente, na análise dos fatos, isto é, na análise da realidade¹¹. O jurista, por conseguinte, reúne e sistematiza o conjunto de normas e com seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. É a busca incessante da compreensão da lei e nas suas palavras,

⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 71-80.

⁷ Idem. Ibidem, p. 76.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 19ª ed. RJ: Forense, 2006, p. 183.

⁹ CÓSSIO, Carlos. Radiografia de La Teoria Egológica Del Derecho. Buenos Aires: Depalma, 1987.

¹⁰ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62.

¹¹ BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional, Vol. I: Fundamentos Teóricos. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 158.

confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real.

Maximiliano, oportunamente, enfatiza que a interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico. Uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito. A interpretação presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, ao passo que a construção, ao alcance do texto. A primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói¹².

A construção, dessume-se, visa confrontar elementos intrínsecos (os contidos no texto da norma) com outros extrínsecos (fatos não abarcados pela norma). Clama por um cotejo entre o conteúdo (*espírito*) que levou o legislador de 1980 a excetuar os servidores públicos da Administração Direta Federal, do Distrito Federal e respectivas autarquias e o que atualmente se constata com os servidores das empresas estatais dependentes. É a mesma situação que se apresenta. Apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, são empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional, o que, *per si*, lhes impõe os mesmos empecilhos suportados pelas pessoas elencadas no art. 13 do Decreto-Lei 1.820/1980. A mesma razão que existiu outrora subsiste aqui, entretanto peca por sua extemporaneidade. As peculiaridades que circundam estas estatais quanto às despesas de pessoal servem, portanto, para esvaziar o conteúdo reprovável que erige qualquer reprimenda pelo descumprimento do salário mínimo profissional.

Não se pode conceber que o sistema jurídico brasileiro comporta normas de densidades contraditórias, conflitantes, e a construção é o instrumento hermenêutico que assegura este designio. O problema lógico de interpretação configura o diagnóstico do quadro *sub examen*. A falha da lógica na interpretação compreende relações de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto, gerando a inconsistência e pressuposições.

A inconsistência, ensina Ross, ocorre quando entre duas normas são imputados efeitos jurídicos in-

compatíveis às mesmas condições factuais e a decisão que indicará qual norma prevalente terá que, segundo as circunstâncias, se basear numa interpretação fundada em dados alheios ao texto. O legislador ao inserir no ordenamento lei posterior tem, antes de mais nada, a intenção natural de que a nova regra se incorpore harmoniosamente ao direito existente, como um suplemento dele¹³.

As pressuposições, do mesmo modo, se avultam como problemas lógicos de interpretação. A lei que criou a figura da empresa estatal dependente não excluiu expressamente esta categoria da incidência do salário mínimo profissional estabelecido em lei. Todavia, não se pode, só por isso, concluir que o desiderato do legislador é de imputar àquelas empresas o dever coercitivo de observar o aludido piso salarial. A partir dessa omissão expressa, então, surgem as falsas pressuposições jurídicas que desembocam no sofisma de que o sistema apresenta uma falha sobre o conteúdo do direito vigente ou a respeito de situações jurídicas específicas. Daí por que se originam problemas de interpretação que não se resolvem por regras mecânicas, alerta Ross¹⁴. Logra-se, pois, a harmonia com a ajuda do senso comum, dos instrumentos hermenêuticos bastantes à preservação do ordenamento como sistema.

IV – Conclusão

Desta feita, afastado o debate sobre a não-receptividade do salário mínimo profissional pela Carta Magna de 1988, se verifica a desnecessidade, em que pese a pacificação que traria consigo, do advento de lei que incluía, expressamente, as empresas estatais dependentes no rol das pessoas excluídas pelo Decreto-Lei 1.820/1980. Não precisa porque o ordenamento jurídico já nos diz que elas estão excluídas.

Nesse espectro, a afirmação de que inexistente exclusão legal desses personagens no nosso ordenamento jurídico se traduz em pressuposição falaciosa, sem guarida no Direito. Malgrado não constar expressamente, essa ilação palpita do sistema normativo vigente, caso contrário sobreviriam três incongruências básicas e objetivamente demonstradas:

¹³ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. 1ª ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 158-161.

¹⁴ Idem. *Ibidem*, p. 163-164.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. RJ: Forense, 2006, p. 33.

a) Àquelas empresas estatais dependentes cujo Plano de Cargos e Salários não alcança o salário mínimo profissional de determinada categoria, seria dizer que sua autoridade administrativa estaria obrigada a majorar aquele patamar ao nível legalmente satisfatório sem se atentar aos ditames vicejados nos arts. 18 a 23 da Lei Complementar 101/2000, nomeadamente seu art. 21, que tornaria o malsinado ato nulo, isto é, ineficaz desde sua gênese;

b) Este mesmo administrador público, ao aumentar a faixa salarial para o plano salarial vaticinado na lei, fora a nulidade do seu ato, estaria cometendo um ilícito de improbidade administrativa, segundo previsto nos arts. 10, IX c/c 12, II, da Lei 8.429/1992; e

c) Por fim, as tais empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional são partes ilegítimas para o cumprimento do piso salarial profissional, pois, conforme atribuições estipuladas pelo Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, cabe ao Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (DEST) este mister. Isto porque compete a este Departamento a aprovação/desaprovação das propostas atinentes ao quadro de pessoal, acordo ou convenção coletiva de trabalho, planos de cargos e salários, tabelas de remuneração de cargos comissionados ou de livre provimento e participação dos empregados nos lucros ou resultados dessas empresas.

Assim sendo, balizada pelo instrumento da *construção* hermenêutica, a compreensão sistemática, depreendida do manuseio das leis instituidoras dos salários mínimos profissionais, do Decreto-Lei 1.820/1980, da Lei 8.429/1992 e da Lei Complementar 101/2000, revela conteúdos ordenados (coerentes e consistentes). Logo, implica na exclusão do dever de observância destes pisos salariais por parte das empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional.

V – Bibliografia

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional, Vol. I: Fundamentos Teóricos*. 1ª ed. SP: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Consulta a informações. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/controle_estatais/index.htm>. Acesso em 01/08/2007.

CÓSSIO, Carlos. *Radiografia de la Teoria Ecológica del Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ª ed. SP: RT, 2006.

LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Caxias do Sul: Plenum, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. RJ: Ed. Tempo Brasileiro, 1985.

LYRA FILHO, Roberto. *A Ciência do Direito*. In Notícia do Direito Brasileiro, nº 11, Jan-Jun/2005. Brasília: UnB.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. RJ: Forense, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar 101 de 04/05/2000*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª ed. SP: Saraiva, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed. SP: Atlas, 2005.

REALE, Miguel. *Dos planos e âmbitos do conhecimento do Direito*. In MACHADO NETO, A. L. e MACHADO NETO, Zahidé. *O Direito e a Vida Social: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo: EDUSP.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. SP: Saraiva, 1994.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. 1ª ed. Bauru: Edipro, 2003.

SALES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da Norma Constitucional*. Barueri: Manole, 2004.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 3ª ed. México: Editorial Porrúa SA, 1965.

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança

2000.34.00.007855-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves
Argüente: Sétima Turma do TRF 1ª Região
Argüido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Suzana Mejia
Argüida: Adubos Santa Maria S/A
Advogados: Dr. Francisco Xavier Amaral e outros
Remetente: Juízo Federal da 15ª Vara – DF
Publicação: DJ 2 de 21/09/2007

Ementa

Constitucional. Tributário. Taxa de Fiscalização Ambiental. Fato gerador estranho aos ditames do art. 145, II, da Constituição Federal. Lei 9.960/2000, art. 8º. Inconstitucionalidade reconhecida.

I – O fato gerador da Taxa de Fiscalização Ambiental, nos termos do art. 17-B, § 1º, da Lei 6.938/1981 (incluído pela Lei 9.960/2000), c/c o art. 17, II, do mesmo diploma legal, é o exercício de atividades potencialmente poluidoras e/ou a extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e da flora. Conseqüentemente, não está em consonância com a definição do art. 145, II, da Constituição Federal, uma vez que não está vinculado a nenhum serviço público oferecido ou posto à disposição do contribuinte, nem ao exercício do Poder de Polícia, pormenor que o torna inconstitucional.

II – Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000 reconhecida.

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, afastar a preliminar de prejudicialidade suscitada pelo Ministério Público Federal e, à unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 16/08/2007.

Desembargador Federal *Catão Alves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — Vistos, etc.

1 - *Adubos Santa Maria S/A*, empresa qualificada nos autos, impetrou *Mandado de Segurança* para impugnação de ato praticado pelo *Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*

Renováveis - Ibama, pretendendo compeli-lo a abster-se de exigir-lhe recolhimento da Taxa de Fiscalização Ambiental, prevista na Lei 9.960/2000, aos argumentos de inexistência de ato de polícia a justificar sua cobrança e de flagrante ofensa a diversos princípios constitucionais.

2 - Indeferida liminar, prestadas informações e, após manifestação do Ministério Público Federal,

concedida a Segurança, o *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama*, mediante recurso de Apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3 - Reexaminanda a questão em grau de recurso, a egrégia 7ª Turma deste Tribunal, em julgamento do qual participei como relator, reconheceu, *unanimemente*, a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000 por destoar do art. 145, II, da Constituição Federal, e determinou a remessa dos autos à Corte Especial, nos termos dos arts. 481, do Código de Processo Civil, e 352 e seus parágrafos, do Regimento Interno, após lavratura do acórdão:

Constitucional. Tributário. Taxa de fiscalização ambiental. Lei 9.960/2000, art. 8º. Inconstitucionalidade reconhecida. Remessa à corte especial determinada.

1 - Destoando do art. 145, II, da Constituição Federal, a Taxa de Fiscalização Ambiental – TFA, instituída pelo art. 8º da Lei 9.960/2000, é inconstitucional.

2 – Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.920/2000 reconhecida.

3 – Remessa dos autos à Corte Especial determinada. (Código de Processo Civil, art. 481; Regimento Interno, art. 352 e seus parágrafos.)

4 – Julgamento das demais questões suscitadas no processo suspenso.

4 - Ouvida, a Procuradoria-Regional da República opinou pelo não-conhecimento do Incidente por superveniente perda do objeto em decorrência da declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da Lei 9.960/2000.

5 - *É o relatório.*

6 - À Exma. Sra. Desembargadora Federal - Presidente. (Regimento Interno, art. 351, § 3º.)

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1 — Inicialmente, não é demais dizer que, embora, aparentemente, prejudicado este Incidente de Inconstitucionalidade em razão da suspensão da eficácia do art. 8º da Lei 9.960/2000 pelo Supremo Tribunal Federal, persiste o interesse de agir porque o deferimento de pedido liminar em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendendo a eficácia de

dispositivos legais até decisão final nesta, apesar de eficácia *erga omnes*, não acarreta sua falta por ser provisoría a decisão, que poderá ser alterada na ocasião do julgamento da matéria de mérito.

2 - De outro lado, editada, em substituição à norma acoimada de inconstitucional, a Lei 10.165/2000, que estabeleceu a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental, sanadas as irregularidades apontadas no diploma legal que a precedeu e decretada a perda de objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade em decorrência de legislação superveniente, é inequívoco que sobre o mérito da pendenga não se pronunciou o Supremo Tribunal Federal.

3 - Ocorre, porém, que, não obstante a revogação da Lei 9.960/2000 pela Lei 10.165/2000, que sanou as inconstitucionalidades apontadas pelo Excelso Pretório naquela, o interesse perdura porque é necessário esclarecer os efeitos dos atos jurídicos sob a égide do primeiro diploma legal e, conseqüentemente, a legitimidade ou ilegitimidade da Taxa de Fiscalização Ambiental – TAF e sua cobrança no lapso entre os dois diplomas legais.

4 - No mérito, consoante regra inserta no art. 78 do Código Tributário Nacional, Poder de Polícia é a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à proprie-

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

dade e aos direitos individuais ou coletivos”.

5 - Outro não é o ensinamento da doutrina:

A Constituição autoriza a percepção de taxas, em primeiro lugar, como contrapartida do poder de polícia. Conceitua-se este, conforme a lição de Cretella Júnior, como “a faculdade discricionária da Administração de limitar as liberdades individuais em prol do interesse coletivo” (*Direito Administrativo do Brasil*, v. 4, p. 54).

No exercício do poder de polícia, o Estado autoriza, controla e fiscaliza a atividade particular, exatamente porque esta sempre concerne ao interesse comum (eventualmente). Toda vez que o Estado autoriza, controla ou fiscaliza, pode ele receber taxa como retribuição pelo serviço que presta, pois, se com isto beneficia a comunidade, também proporciona ao indivíduo vantagens específicas.

Igualmente, pode ser cobrada taxa de quem utilizar serviço público, de benefício individualizável. Nem sempre o serviço público é divisível. Não é da melhor lógica dizer que o serviço de esgoto, por exemplo, é divisível. Mas, para que se cobre taxa, é imprescindível que o serviço traga um benefício para o indivíduo que deverá pagá-la: *um benefício determinado (...)*. Entretanto, pode ser cobrada taxa mesmo que o indivíduo não use do serviço, *desde que o mesmo tenha sido colocado a sua disposição*. Ou, como reza o texto, *desde que tenha ele a utilização potencial de serviço público específico*. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho - “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, v. 2, ed. Saraiva, 2º ed., p. 97/98.)

6 - A Taxa de Fiscalização Ambiental – TFA discutida, criada para viabilizar a atividade fiscalizadora do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis -Ibama, foi instituída pelo art. 8º da Lei 9.960/2000, que introduziu, entre outros, os arts. 17-B, 17-C e 17-D no texto da Lei 6.938/1981:

Art. 17-B É criada a Taxa de Fiscalização Ambiental - TFA. (AC)

§ 1º Constitui fato gerador da TFA, o exercício das atividades mencionadas no inciso II do art. 17 desta Lei, com a redação dada pela Lei 7.804, de 18/07/1989. (AC)

§ 2º São sujeitos passivos da TFA, as pessoas físicas ou jurídicas obrigadas ao registro no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais. (AC)

Art. 17-C A TFA será devida em conformidade com o fato gerador e o seu valor correspon-

derá à importância de R\$3.000,00 (três mil reais). (AC)

§ 1º Será concedido desconto de 50% (cinquenta por cento) para empresas de pequeno porte, de 90% (noventa por cento) para microempresas e de 95% (noventa e cinco por cento) para pessoas físicas. (AC)

§ 2º O contribuinte deverá apresentar ao Ibama, no ato do cadastramento ou quando por ele solicitada, a comprovação da sua respectiva condição, para auferir do benefício dos descontos concedidos sobre o valor da TFA, devendo, anualmente, atualizar os dados de seu cadastro junto àquele Instituto. (AC)

§ 3º São isentas do pagamento da TFA, as entidades públicas federais, distritais, estaduais e municipais, em obediência ao constante da alínea “a” do inciso IV do art. 9º do Código Tributário Nacional. (AC)

Art. 17-D A TFA será cobrada a partir de 1º de janeiro de 2000, e o seu recolhimento será efetuado em conta bancária vinculada ao Ibama, por intermédio de documento próprio de arrecadação daquele Instituto.” (AC)

7 - Verifica-se, pela análise do art. 17-B, §1º, da Lei 6.938/81 (incluído pela Lei 9.960/2000), c/c o art. 17, II, do mesmo diploma legal (com a redação da Lei 7.804/1989) que o fato gerador da Taxa de Fiscalização Ambiental é o exercício de atividades potencialmente poluidoras e/ou a extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e da flora. Conseqüentemente, não está em consonância com a definição do art. 145, II, da Constituição Federal, uma vez que não está vinculado a nenhum serviço público oferecido ou posto à disposição do contribuinte, nem ao exercício do Poder de Polícia, pormenor que o torna inconstitucional.

8 - Como anteriormente aludido, entendimento idêntico teve o Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.178/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, *DJU* 12/05/2000, quando reconheceu a plausibilidade da tese de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000, suspendendo, desde logo, a eficácia dos dispositivos instituidores e reguladores da Taxa de Fiscalização Ambiental - TFA:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 8º da Lei 9.960, de 28/01/2000, que introduziu novos artigos na lei 6.938/1981, criando a Taxa de Fiscalização Ambiental - TFA.

zação Ambiental (TFA). Alegada incompatibilidade com os arts. 145, II; 167, IV; 154, I; e 150, III, b, da Constituição Federal.

Dispositivos insuscetíveis de instituir, validamente, o novel tributo, por haverem definido, como fato gerador, não o serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, pelo ente público, no exercício do poder de polícia, como previsto no art. 145, II, da Carta Magna, mas a atividade por esses exercida; e como contribuintes pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, não especificadas em lei. E, ainda, por não haver indicado as respectivas alíquotas ou o critério a ser utilizado para o cálculo do valor devido, tendo-se limitado a estipular, a *forfait*, valores uniformes por classe de contribuintes, com flagrante desobediência ao princípio da isonomia, consistente, no caso, na dispensa do mesmo tratamento tributário a contribuintes de expressão econômica extremamente variada.

Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos instituidores da TFA.

Medida Cautelar deferida. (ADin 2.178-8/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – STF – Pleno – Unânime – Julgamento 29/03/2000.)

9 - Na esteira desse julgado tem decidido esta Egrégia Corte:

Processual Civil. Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental. Lei 10.165, de 27/12/2000. Constitucionalidade.

1. O STF afastou, por inconstitucionalidade, a Taxa de Fiscalização Ambiental, criada pela Lei 9.960 de 28/01/2000 (ADI – ADIMC 2.178/DF).

2. Os vícios apontados no julgamento do STF foram afastados quando da instituição da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, pela Lei 10.165, de 27/12/2000.

3. Apelo improvido. (AMS 2002.33.00.009836-2/BA – Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma - Unânime – DJ 03/04/2003 – p. 72.)

Mandado de Segurança. Taxa de Fiscalização Ambiental. Lei 10.165/2000. Constitucionalidade.

1. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960, de 28/01/2000, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIMC 2.178/DF.

2. As inconstitucionalidades foram sanadas com a edição da Lei 10.165/2000, que não padece dos vícios argüidos pela impetrante. Precedente.

3. Apelação provida. Remessa oficial prejudicada. (AMS 2001.38.00.004560-9/MG – Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo – 4ª Turma - Unânime – DJ 21/05/2003 – p. 61.)

10 - Finalmente, destoando do disposto no art. 145, II, da Constituição Federal, a Taxa de Fiscalização Ambiental, instituída pelo art. 8º da Lei 9.960/2000, é inconstitucional.

Pelo exposto, declaro inconstitucional o art. 8º da Lei 9.960/2000.

É o meu voto.

Pela Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhora Presidente, não concordo, em absoluto, com a afirmação respeitável de que o art. 97 da Constituição não autoriza a qualquer juiz exercer o controle difuso de constitucionalidade no julgamento do caso concreto.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Só vou esclarecer o meu voto, porque Vossa Excelência faz uma referência ao que falei. Eu não disse que o art. 97 não autoriza qualquer juiz; não autoriza qualquer Turma, Seção ou outro nome que tenha o órgão fracionário de tribunal. O juiz de primeira instância, o juiz de juizado especial pode; turma recursal, se tiver mais de uma Turma, ou os tribunais não podem em seus órgãos fracionários declarar a inconstitucionalidade. Foi isso que falei.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Então, Vossa Excelência afirma que o juízo fracionário do tribunal não pode deixar de aplicar uma lei inconstitucional.

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Declarar que a lei é inconstitucional...

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Não declarar, declaração formal é da Corte Especial ou do Plenário, e é o que diz o art. 97, mas deixar de aplicar o controle difuso, uma lei flagrantemente inconstitucional, e, no caso, prejudicada, porque já revogada, qualquer Turma pode fazer isso.

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

— Não, não pode, porque se algum Tribunal não aplicar uma lei no período em que vigorou sobre o ato concreto, está declarando a sua inconstitucionalidade, então, tem que passar pela Corte.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Se ela é manifestamente inconstitucional, Desembargador Jirair...

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Mas, quem tem que falar isso é o Tribunal ou o Plenário e não o órgão fracionário de Tribunal.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Mas é o Tribunal julgando o caso concreto. Mas vou continuar com o meu raciocínio.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhora Presidente, a rigor, entendo que o Supremo Tribunal Federal, quando aprecia uma medida liminar em processo cautelar preparatório de uma ação direta de controle de constitucionalidade, ou mesmo quando aprecia uma medida liminar no controle difuso de constitucionalidade nas ações originárias, como no caso do mandado de segurança perante a Suprema Corte, a decisão liminar do Supremo sempre esgota o mérito. Isto é da experiência visível da jurisprudência da Suprema Corte.

Recordo-me que eu era titular da 6ª Vara Federal, quando proferi uma decisão em um mandado de segurança que favorecia a contragosto uma associação de empresas madeireiras destruidoras do meio ambiente com base no absurdo da norma que tomava um ato ilícito como um fato gerador da taxa de fiscalização ambiental. O que contraria frontalmente não só o art. 145, inciso II, da Constituição Federal, e o art. 77 do CTN, mas, sobretudo, contraria o art. 3º do Código Tributário Nacional, que diz que o tributo é uma obrigação pecuniária compulsória que resulta de um ato lícito. Por isso que a obrigação tributária é uma obrigação *ex lege* e não uma obrigação *ex delicto*. Ora, naquela oportunidade exerci o controle difuso de constitucionalidade e naquele mesmo dia tomava ciência da decisão do Ministro Ilmar Galvão, na Suprema Corte, proferindo a mesma decisão no controle concentrado e em sede de liminar, declarando, sim, a inconstitucionalidade da famigerada norma, em sede de liminar, com todos

os fundamentos de mérito. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal não julgou formalmente o mérito dessa medida cautelar em face da nova lei que disciplinava corretamente a matéria. Sabemos que essa questão terminológica de liminar ou medida liminar nada mais é do que uma antecipação de tutela e, muitas vezes, de eficácia satisfativa. Essa é a técnica do processo moderno que todos nós temos que adotar.

Respeito a posição em sentido contrário, mas já coloquei aqui e reafirmo o meu entendimento de que a matéria está prejudicada pela edição da nova lei federal que criou a taxa de fiscalização ambiental, agora, sim, com o fato gerador amparado nas normas complementares do Código Tributário Nacional. Por isso, declaro prejudicado o incidente de inconstitucionalidade na espécie.

No mérito, não há como não acompanhar o resultado do julgamento da Corte, afastando a aplicação de uma lei que já nasceu morta por inconstitucionalidade e que já está revogada, e que qualquer juiz neste país não deve aplicá-la no julgamento de algum caso pendente porque já não deveria aplicá-la enquanto esteve em vigor, contrariando a Constituição, e, assim, maculada do vício de inconstitucionalidade.

Acompanho, no mérito, o Relator.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhora Presidente, realmente, a lei está revogada, mas, naquele período em que ela teve vigência, temos de dizer se ela fere ou não a Constituição. Pensando bem, acho que não está prejudicada a arguição, e, assim, acompanho o Relator tanto na prejudicial como no mérito.

Incidente de Inconstitucionalidade na C.E.

2001.34.00.019830-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian
Argüente: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal
Argüida: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Argüidos: Albano Antônio Clavijo Borges e outros
Advogado: Dr. Ruy Monteiro Conde
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara – DF
Publicação: DJ 2 de 21/09/2007

EMENTA

Administrativo. Constitucional. Reestruturação de carreiras no âmbito da administração pública federal. Gratificação de desempenho de atividade jurídica não estendida aos servidores aposentados em razão da Medida Provisória 2.048-26/2000, reeditada na Medida Provisória 2.229-43/2001. Tratamento não isonômico entre ativos e inativos. Inconstitucionalidade. violação ao art. 40, § 8º, da CF/88.

I – Art. 40, § 8º da Carta Política, na Emenda 20/1998 (antes § 4º, na redação originária):

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

II – Medida Provisória 2.048-26/2000, arts. 54, *caput*, I e II, e 55 *in fine* expressão “ressalvado o disposto no artigo anterior”, reeditada até a Medida Provisória 2.229-43/2001, arts. 59, *caput*, I e II, e 60, hoje revogados pela Lei 10.302/2001, reconhecida a inconstitucionalidade no que se refere à gratificação instituída no art. 41 das citadas Medidas Provisórias, em relação aos inativos e pensionistas.

III – Incidente de Inconstitucionalidade argüido na 2ª Turma, ora acolhido na Corte Especial.

ACÓRDÃO

Decide a Corte Especial, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade dos art.54, *caput*, I e II, e 55, *in fine*, da Medida Provisória 2.048, hoje; art. 59, *caput*, e 60 da Medida Provisória 2.229 de 2001 no que diz respeito à gratificação de desempenho de atividade jurídica, prevista no art. 41 dos referidos diplomas legais.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 16/08/2007.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, Relator.

Relatório

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

— Trata-se Incidente de Inconstitucionalidade suscitado quando do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança interposta pela União Federal contra sentença que concedeu a segurança para que os impetrantes recebam a Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica — GDAJ no percentual de 30% (trinta por cento) sobre o vencimento básico, sendo determinado também que as prestações vencidas a partir do ajuizamento em julho/2001 serão pagas mediante precatório (Lei 5.021/1966, art. 1º) e que o crédito será acrescido de correção monetária e juros mensais de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da notificação do impetrado em 03/09/2001.

2. Em suas razões de recurso, sustenta a União Federal que, na defesa da constitucionalidade da medida provisória guerreada, não é despiciendo trazer à colação o fato de que, se nem os servidores ativos têm direito adquirido a regime jurídico ou a forma de remuneração, conceder a vantagem pleiteada é transverter o trivial entendimento do ordenamento vigente e ofender o princípio basilar do direito administrativo. Aduz ainda que, se fosse intenção do legislador utilizar um único valor da GDAJ para os seus beneficiários, não teria condicionado o seu pagamento à prévia avaliação e desempenho individual, visto que não há autorização legal para pagamento indiscriminado no limite máximo a seus beneficiários, dentre outros fundamentos.

3. Instada a se manifestar, em face do disposto no art. 351, § 1º, do RITRF/1ª Região, a União Federal alegou que, por força do disposto em legislação posterior, Lei 10.549/2002, a GDAJ é devida também aos servidores que nunca receberam tal gratificação e aos que não completaram na ativa os 60 (sessenta) meses estabelecidos na legislação anterior, todavia, pelo percentual de 30% (trinta por cento) do valor máximo a que faria jus na atividade, por se tratar de gratificação especial, de natureza *pro labore faciendo*.

4. Aduziu, ainda, que, com o advento da Lei 10.909/2004, inicialmente a Diretoria de Recursos Humanos da AGU entendeu que os servidores que já estavam aposentados antes de 30/06/2000, data da publicação da MP 2.048-26, que instituiu a GDAJ, não teriam direito à sua percepção, mesmo após a edição da Lei 10.909/2004, tendo em vista que esta teria es-

tendido referida gratificação somente aos servidores aposentados após tal data.

5. Assevera que a matéria foi submetida à nova apreciação, tendo sido proferida a NOTA N.AGU/MS 228/2005, aprovada pelo Sr. Advogado-Geral da União, conferindo à lei nova interpretação, concluindo que para os servidores que se aposentaram sem nunca ter recebido a GDAJ em atividade ou a receberam em período inferior a 60 (sessenta) meses e para os pensionistas em situação equivalente: 1) não é devida a GDAJ desde o ato de aposentação ou concessão da pensão até 31/04/2004; 2) é devida a GDAJ, no percentual de 9% (nove por cento) do vencimento básico do servidor aposentado ou pensionista, vigente à época, no período de 01/04/2004 a 31/07/2004; 3) é devida a GDAJ, no percentual de 18% (dezoito por cento) do vencimento básico do servidor aposentado ou do pensionista, vigente à época, no período de 01/08/2004 a 31/03.2005 e 4) é devida a GDAJ, no percentual de 12,3% (doze vírgula três por cento) do vencimento básico do servidor ou do pensionista, a partir de 01/04/2005.

6. Sustenta, por fim, que o pleito dos impetrantes não merece prosperar pela absoluta perda do objeto, vez que a matéria já restou pacificada no âmbito da AGU.

7. Em julgamento na 2ª Turma, foi suscitado, à unanimidade, o presente incidente pelo v. acórdão de fls. 165/169, com correção de erro material à fl. 237, ficando a ementa, final, fl. 239, assim redigida:

Retificação de julgamento. Erro material. Mandado de Segurança. Gratificação de desempenho de atividade jurídica – GDAJ. MP 2.048-26/2000. Extensão aos inativos. CF art. 40, § 8º.

I – Por sua natureza genérica, a exclusão da GDAJ nos proventos e pensões viola o princípio da paridade entre a remuneração dos servidores ativos e os proventos dos inativos, consagrado no art. 40, § 8º, da Constituição (redação anterior à Emenda 41/2003).

II – Incidente de Inconstitucionalidade do art. 54, I e II, em relação à gratificação instituída pelo art. 41, todos da MP 2.048-26/2000, que se instaura perante a colenda Corte Especial.

III – Correção de erro material no voto.

8. Parecer Ministerial, da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, pelo acolhimento da presente arguição de inconstitucionalidade do art. 54, I da MP

2.048-26/2000, atual MP 2.229/2001, para declarar-se a possibilidade de pagamento da GDAJ aos servidores inativos e pensionistas.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Alerta que alguns dispositivos da Medida Provisória 2.048-26/2000 já foram examinados em Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 2001.34.00.021474-7/DF, em que foi Relator o eminente Desembargador Federal Tourinho Neto, quando prevaleceu, por maioria, o voto-vista do Desembargador Federal Olindo Menezes, pelo que a Corte Especial não conheceu da arguição, em virtude daquele caso concreto, na realidade, não se referir a acréscimo ou não aos proventos dos já aposentados, como é o caso presente dessa gratificação com base no § 8º do art. 40 da Constituição Federal, conforme esclareceu o voto do Desembargador Federal Olindo Menezes afirmando:

Mas a questão não tem pertinência no caso: em primeiro, porque o § 1º do art. 54 disse que a aplicação da medida provisória “não poderá implicar redução de proventos e pensões”; e, em segundo, e principalmente, porque a supressão da vantagem do apelado não é decorrência de aplicação dos aludidos artigos, e sim do entendimento equivocado da Administração, de que perdera o interessado o benefício pelo fato de não ter a nova legislação feito referência a ele, se bem que não o tenha suprimido, como bem demonstrou a sentença (fl. 42).

Aliás, a sentença, que não tratou de inconstitucionalidade, afirmou, dentro da sua soberba objetividade, que o impetrante não estava — e não está, efetivamente — pedindo a extensão da “gratificação de desempenho de atividade de fiscalização de

atividade agropecuária” instituída pela MP 2.229 – 43/2001, mas apenas a manutenção do “acrécimo de 50% da Lei 7.923/1989” de há muito incorporado aos seus proventos (fl. 42).

Eis a questão, portanto, que nada tem a ver com a “gratificação de desempenho de atividade de fiscalização de atividade agropecuária”, nem, consequentemente, com os arts. 54 e 55 da Medida Provisória 2.048 – 26/2000, reeditados nos arts. 59 e 60 da MP 2.229 – 43/2001, que estão sendo declarados inconstitucionais em tese.

Em face do exposto — impertinência absoluta do incidente na espécie —, peço vênias ao eminente relator e aos juizes que o acompanharam e não conheço da arguição de inconstitucionalidade.

E esse entendimento prevaleceu.

2. Alerta, ainda, que esta colenda Corte Especial já se manifestou pela inconstitucionalidade dos art. 54, *caput*, I e II e 55 *in fine* expressão “*ressalvado o disposto no artigo anterior*”, reeditada até a Medida Provisória 2.229-43/2001, arts. 59, *caput*, I e II, e 60, hoje revogados pela Lei 10.302/2001, em relação à Gratificação de Desempenho de Atividade de Fiscalização Agropecuária – GDFAFA, nos termos de voto condutor, por mim relatado, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 2000.34.00.033686-1/DF, cuja fundamentação fica fazendo parte de minhas razões de decidir neste caso e que se encontra assim ementada, *verbis*:

Administrativo. Constitucional. Reestruturação de carreiras no âmbito da administração pública federal. Gratificação de desempenho de atividade de fiscalização agropecuária não estendida aos servidores aposentados em razão da Medida Provisória 2.048-26/2000, reeditada na Medida Provisória 2.229-43/2001. Tratamento não isonômico entre ativos e inativos. Inconstitucionalidade. Violação ao art. 40, § 8º, da CF/1988.

I – Revogação posterior da lei não interfere no controle difuso de sua constitucionalidade, uma vez que se pretende retificar o resultado de sua aplicação enquanto vigorava.

II – Art. 40, § 8º da Carta Política (redação originária):

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos

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

servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

III – Medida Provisória 2.048-26/2000, arts. 54, caput, I e II, e 55 in fine expressão “ressalvado o disposto no artigo anterior”, reeditada até a Medida Provisória 2.229-43/2001, arts. 59, caput, I e II, e 60, hoje revogados pela Lei 10.302/2001, reconhecida a inconstitucionalidade no que se refere à gratificação instituída no art. 30 da citada Medida Provisória.

IV – Incidente de Inconstitucionalidade argüido na 2ª Turma, ora acolhido na Corte Especial.

3. Esses esclarecimentos se fazem necessários para demonstrar que também agora, apesar de se tratar de dispositivos outros da referida Medida Provisória, a questão, efetivamente, tem pertinência, porque conforme consta do relatório já lido, os impetrantes pretendem exatamente incorporar ou elevar os seus proventos com base na paridade entre estes e os vencimentos na atividade, da mesma categoria, então em vigor, pelo § 8º do art. 40 da Constituição, em virtude da criação pela mesma Medida Provisória, cuja constitucionalidade foi contestada naquela ocasião em face de outra gratificação, a de Desempenho de Atividade de Fiscalização Agropecuária. Agora, questiona-se inexistência de paridade no que tange à Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica – GDAJ, após a aposentadoria, em relação aos servidores em atividade.

4. A Medida Provisória 2.048-26/2000, como é cediço, possui vários dispositivos que instituem diversas gratificações para diferentes categorias funcionais. Os critérios de extensão a servidores em inatividade e pensionistas é que foram objeto da citada argüição de inconstitucionalidade. O que agora está sendo questionado é a inconstitucionalidade do disposto no art. 54, I e II da referida Medida Provisória em relação à Gratificação criada pelo art. 41, cujo *caput* assim estatui, *verbis* :

Art. 41 Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica –GDAJ, devida aos integrantes das Carreiras de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, de Defensor Público da União e de Procurador Federal, no percentual de até trinta por cento, incidente sobre o vencimento básico do servidor, quando em exercício nas unidades jurídicas dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal direta,

autárquica e fundacional.

5. Por seu turno, a Lei 10.909, de 15/07/2004, sob o pretexto de regular a matéria, assim dispôs, *verbis*:

Art. 6º A Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica – GDAJ, prevista na Medida Provisória 2.229-43, de 06/09/2001,...*omissis*...integrarão os proventos da aposentadoria e as pensões, na seguinte conformidade:

I – pela média dos valores percebidos pelo servidor nos últimos 60 (sessenta) meses em que esteve no exercício do cargo; ou

II – 30% (trinta por cento) do valor máximo a que o servidor faria jus na atividade, quando percebida por período inferior a 60 (sessenta) meses.

Parágrafo único. Fica estendido o pagamento da GDAJ ou do pró-labore às aposentadorias e pensões concedidas até o início da vigência desta Lei, calculados nos termos do disposto no inciso II do *caput* deste artigo e com efeitos financeiros a partir de 01 /04/2004.

6. Foi editada, ainda, a Lei 10.910, de 15/07/2004, que, em seu art. 7, estatuiu:

Art. 7 A Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica – GDAJ a que refere o art. 41 da Medida Provisória 2.229-43, de 06/09/2001, devida aos ocupantes dos cargos efetivos das carreiras de Advogado da União, de Procurador Federal, de Procurador do Banco Central do Brasil, de Defensor Público da União e aos integrantes dos quadros suplementares de que trata o art. 46 da Medida Provisória 2.229-43, de 06/09/2001, será paga de acordo com os seguintes percentuais, incidentes sobre o vencimento básico do servidor que a ela faça jus:

I – até 30% (trinta por cento), em decorrência dos resultados da avaliação de desempenho individual do servidor;

II – até 30% (trinta por cento), em decorrência da avaliação do resultado institucional do respectivo órgão, em âmbito nacional, entre a edição do regulamento destinado a disciplinar, com base em metas institucionais de desempenho, o pagamento da vantagem e 31/09/2005, e até 11% (onze por cento), nos termos daquele regulamento, após essa última data, observado, como limite máximo, a cada mês, o fixado para pagamento da parcela do pró-labore referida no inciso II do *caput* do art. 5 desta Lei.

Parágrafo único. Os critérios e procedimentos de avaliação de desempenho dos servidores e dos resultados dos órgãos e os critérios de fixação de metas, para efeito do disposto neste artigo, se-

rão estabelecidos em regulamento, tendo por base, dentre outros, e no que couber:

I – a redução das despesas orçamentárias decorrentes de decisão judicial;

II – os resultados judiciais favoráveis à União e às suas autarquias e fundações públicas;

III – a arrecadação da sucumbência decorrente da atuação judicial dos integrantes das respectivas carreiras.

7. Em razão da conjugação do teor dessas duas leis, com o disposto no art. 56, *caput* e inciso VI, da Medida Provisória 2.048-26/2000 é que a AGU, por meio da Nota N.AGU/MS 28/2005, chegou às seguintes conclusões:

14. Conclui-se, em resumo, que, para os servidores que se aposentaram sem nunca ter recebido a GDAJ em atividade ou que a receberam em período inferior a 60 (sessenta) meses, e para os pensionistas em situação equivalente:

1. não é devida a GDAJ desde o ato de aposentação ou concessão da pensão até 31/03/2004;

2. é devida a GDAJ, no percentual de 9% do vencimento básico do servidor aposentado ou do pensionista, vigente à época, no período de 1º.04.2004 a 31.07.2004;

3. é devida a GDAJ, no percentual de 18% do vencimento básico do servidor aposentado ou do pensionista, vigente à época, no período de 01/08/2004 a 31/03/2005;

4. é devida a GDAJ, no percentual de 12,3% do vencimento básico do servidor aposentado ou do pensionista, a partir de 01/04/2005.

8. Como se infere da leitura dos dispositivos supra, apesar de lei posterior estender a GDAJ aos aposentados, ainda que não a tivessem percebido em atividade, e aos pensionistas, laborou em discriminação a estes quando estatuiu que receberiam apenas 30% (trinta por cento) do que fariam jus os servidores em atividade. Ou seja, a Medida Provisória os discriminou porque não os contemplou, as leis posteriores os discriminaram porque reduziram-lhes o percentual a que fariam jus.

9. Sendo assim, não é de impressionar o argumento da AGU de que o pleito dos impetrantes teria perdido o objeto, ante a regulamentação da matéria no âmbito daquela instituição.

Pelo exposto, *reconheço* a inconstitucionalidade dos arts. 54, *caput*, I e II, e 55, *in fine* na expressão

“ressalvado o disposto no artigo anterior”, da MP 2048-26/2000, hoje art. 59, *caput*, I e II, e art. 60 da MP 2.229-43/2001, já revogados pela Lei 10.302/2001, no que diz respeito à gratificação prevista no art. 41, da citada Medida.

É como voto.

Corte Especial

Mandado de Segurança

2006.01.00.020998-8/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Impetrante: Carmelito Moreira Salles
Advogados: Dr. André Luiz Faria de Souza e outros
Impetrado: Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Litis. passiva: Márcia Doria da Cruz
Advogados: Dr. André Campos de Figueiredo Silva e outro
Litis. Passivo: Cássio Antônio Torres
Advogados: Dr. André Campos de Figueiredo Silva e outro
Litis. Passivo: Simão Campos Aragão
Advogados: Dra. Marcelina Carreira Alvim e outro
Publicação: DJ 2 de 28/09/2007

Ementa

Administrativo. Concurso público. Dupla listagem de resultados: pontuação de todos os candidatos, inclusive os portadores de deficiência, e pontuação separada dos portadores de deficiência. Candidato deficiente. Desistência temporária da nomeação. Reposicionamento no final da lista geral dos aprovados. Ilegalidade.

I – Tendo o candidato portador de deficiência, por preceito constitucional, participado de concurso sob critérios especiais, compatíveis com a sua desigualdade (art. 37, VIII), esse tratamento desigual aos desiguais, tradutor da igualdade substancial, deve reger o concurso de forma retilínea, da inscrição à nomeação. O candidato, aprovado como deficiente, que manifesta desistência temporária da nomeação, deve, à vista de norma editalícia (“... passa a posicionar-se no final da lista dos aprovados, aguardando nova convocação ...”), ser reposicionado no final da lista específica de portadores de deficiência.

II – Seu reposicionamento no final da lista geral dos aprovados no certame representa uma ilegalidade, na medida em que esvazia por completo o conteúdo da garantia constitucional. Positivado o erro da Administração em tempo hábil, dentro do prazo de validade do concurso, impõe-se o reconhecimento do direito à investidura no cargo, no lugar de candidato não-deficiente que fora nomeado indevidamente para o mesmo cargo. “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação” (Súmula 15 – STF).

III – Concessão do mandado de segurança.

Acórdão

Decide a Corte Especial conceder a segurança, à unanimidade.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 30/08/2007.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carmelito Moreira Sales, brasileiro, casado, economiário, residente em Belo Horizonte/MG, candidato aprovado em concurso público realizado por este Tribunal, em 2001, em convênio com a Fundação Carlos Chagas, para o cargo de Técnico Judiciário – Área Administrativa, classificado em 380º (tricentésimo octogésimo) lugar na classificação geral e em 1º lugar na classificação de deficientes físicos, inconformado com ato da Presidência da Corte, que, segundo sustenta, ter-lhe-ia violado o direito à nomeação, em prol de outro candidato, não-deficiente, tudo em decorrência de erro cometido pela Administração, que, na desistência temporária da aceitação da nomeação, manifestada em 2003, inseriu-lhe o nome no final da lista geral dos aprovados.

Afirma que, ao ser convocado para a nomeação, em 2003, solicitara o remanejamento do seu nome para o final da lista dos aprovados, portadores de deficiência física, para uma futura nomeação, pois, por questões de ordem pessoal, não poderia tomar posse no cargo naquele momento, fato que ensejaria o reposicionamento no final da lista dos candidatos aprovados portadores de deficiência, o que, segundo argumenta, não ocorreu, pois o seu nome foi inserido no final da lista geral, o que impossibilitou a sua convocação pela Administração, para o preenchimento da última vaga destinada aos portadores de deficiência, daí nascendo a ilegalidade do ato de nomeação de outro candidato, que, segundo entende, atingiu-lhe o direito líquido e certo ao preenchimento da vaga.

Pede a concessão da liminar, para a sua nomeação imediata, em face da iminência do termo final do prazo de validade do concurso, e que seja a segurança concedida, em definitivo, para declarar o seu direito a ser investido no cargo para o qual prestou concurso.

Processado o feito sem liminar, nos termos do despacho de fl. 85, as informações dão conta de que não há amparo legal à pretensão do impetrante, à míngua da existência de direito líquido e certo, pois, como candidato aprovado em 380º lugar, na lista geral, e primeiro na lista de portadores de deficiência, foi convocado para exame de aferição da sua condição de portador de deficiência, com vista a sua nomeação, em 2003,

oportunidade em que requereu desistência temporária à nomeação (fl. 28), tendo sido, por isso, reposicionado no final da lista geral de aprovados, conforme dispõe o item 7 do edital do concurso, não havendo, portanto, previsão para o seu reposicionamento no final da lista dos aprovados na condição de portadores de deficiência, tendo agido corretamente a Administração. (Cf. informações de fls. 97 – 101, e documentos de fls. 102 – 115.)

Pelas normas regentes do concurso, cujo edital (item III, 1) reservava 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas em cada categoria funcional/área/especialidade/localidade aos portadores de deficiência, depois da nomeação de 20 (vinte) candidatos não-deficientes seria convocado um candidato deficiente (5% de 20 = 1), entre os 6 (seis) classificados no concurso (fl. 110), tendo o ofício de fl. 92, da Seção Judiciária de Minas Gerais, apontado a candidata não-deficiente Márcia Dória da Cruz como a 21ª nomeada, cuja nomeação teria ocorrido em detrimento do direito do impetrante, pelo que foi ela citada como litisconsorte passiva necessária, tendo trazido a manifestação de fls. 123-126. Como o Tribunal nomeou, ainda, mais três candidatos não-deficientes, depois da já indicada, foram eles igualmente citados, oferecendo as suas manifestações às fls. 154-157 (Cássio Antonio Torres) e às fls. 162-167 (Simão Campos Aragão). A litisconsorte Marlene Aparecida Braga Bicalho não se manifestou, conquanto citada. (Cf. peças de fls. 150, 150-v e 177.)

Com vista dos autos, o órgão do Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pela Procuradora Regional da República Maria Soares Camelo Cordioli, opina pela concessão da segurança. (Cf. pareceres de fls. 133-135 e 173.)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Antes do exame do mérito, passo em revista alguns fatos pertinentes e relevantes que são incontroversos no mandado de segurança, para facilitar e simplificar o exame da controvérsia: (i) o impetrante foi aprovado em concurso público realizado por este Tribunal, em 2001, em convênio com a Fundação Carlos Chagas, para o cargo de Técnico Judiciário – Área Administrativa, logrando a classificação em 380º (tricentésimo octogésimo) lugar na lista geral dos aprovados para o cargo, e o 1º lugar na classificação de deficientes, como expressam os documentos de fls. 102-109 e 110; (ii) convocado para a nomeação como deficiente, como primeiro colocado, em 2003, manifestou desistência temporária da nomeação, por razões particulares, pedindo que fosse recolocado no “final da lista de aprovados com reserva de vagas (deficientes físicos)”, como informa o documento de fl. 115; (iii) foram nomeados todos os outros cinco candidatos aprovados como deficientes, como consta dos documentos de fls. 114; (iv) se o impetrante tivesse sido reinserido no final da lista de deficientes aprovados, como defende, e não no final da lista geral de aprovados, como feito pelo Tribunal, sua convocação para a nomeação deveria ter ocorrido na vaga que foi destinada à candidata não-deficiente Márcia Dória da Cruz, que hoje trabalha na Seção Judiciária de Minas Gerais (fl. 129), pois o edital (item III, 1) reservava 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas em cada categoria funcional/área/especialidade/localidade aos portadores de deficiência. (Cf. documentos de fls. 46 e 91-92.)

Resta a certificar, portanto, dentro da causa de pedir, se prevalece a tese do impetrante, de que, em face da desistência temporária da nomeação, em abril de 2003 (fl. 28), deveria ter sido inserido no final da lista

de deficientes físicos aprovados; ou a tese da Administração, de que a inserção deveria ocorrer, como de fato ocorreu, no final da lista geral de aprovados para o cargo de Técnico Judiciário – Área Administrativa, tendo em conta que as informações, para negar a pretensão de nomeação, basicamente argumentam com esse entrave. Dizem elas:

O impetrante submeteu-se ao concurso público realizado em 2001 por este Tribunal em convênio com a Fundação Carlos Chagas, na categoria funcional de Técnico Judiciário – Área Administrativa, Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, na cidade de Belo Horizonte/MG, na condição de deficiente físico, tendo sido aprovado e classificado na 380ª posição, com o total de 224.00 pontos, conforme resultado divulgado no *Diário Oficial* de 11/06/2002 (doc. 01).

Impende destacar que, no total, foram aprovados um total de 397 (trezentos e noventa e sete) candidatos na categoria de Técnico Judiciário – Área Administrativa, para a localidade de Belo Horizonte/MG (doc.01), entre os quais 6 (seis) são portadores de necessidades especiais (doc.02).

No âmbito da Justiça Federal, a matéria posta em relevo encontra-se disciplinada na Lei 8.112/1990 e regulamentada pela Resolução 155, de 26/02/1996, do Conselho da Justiça Federal.

A Lei 8.112/1990 dispõe, no seu art. 5º, § 2º, que, às pessoas portadoras de deficiência, serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Por sua vez, a Resolução 155/1996-CFJ, no art. 2º, parágrafo único, disciplina o direito que ora se discute, nos seguintes termos:

Art. 2º. No edital de abertura do concurso, deverão ser reservadas às pessoas portadoras de deficiência até 20% (vinte por cento) das vagas nele oferecidas, ou das que vierem a surgir no prazo de validade do concurso.

Cumpre ressaltar, outrossim, que o edital de abertura do concurso, na parte que trata das inscrições para candidatos portadores de deficiência, prevê a reserva de vagas por cargo e localidade, nos seguintes termos:

‘III – Das inscrições para candidatos portadores de deficiência

1 – Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de inscrição no presente concurso para preenchimento das vagas nas Categorias Funcionais/Áreas/Especialidades cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, sendo reservadas 5% (cinco por cento)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Daniel Paes Ribeiro, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, João Batista Moreira, Fagundes de Deus (convocado em substituição ao Des. Federal Jirair Aram Meguerian, ausência oficial), Antônio Sávio de Oliveira Chaves (convocado em substituição a Des. Federal Maria do Carmo Cardoso), Neuza Alves da Silva (convocada em substituição ao Des. Federal Souza Prudente) e Catão Alves. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, José Amílcar Machado, Antônio Ezequiel da Silva, Selene Maria de Almeida (convocada) e Maria Isabel Gallotti Rodrigues (convocada)

das vagas oferecidas em cada Categoria Funcional, Área, Especialidade e Localidade, obedecidas as disposições do § 2º do art. 5º da Lei 8.112/1990 e da Lei 7.853/1989 e regulamentos.’

Das normas acima transcritas, depreende-se que o percentual a ser observado para nomeação de candidatos deficientes incidirá sobre o quantitativo de cargos existentes na localidade para a qual o candidato foi aprovado ou sobre os que surgirem no prazo de validade do concurso.

Nesse ponto, destaca-se que, por ocasião da abertura do certame, foram oferecidos 7 (sete) cargos vagos na categoria funcional de Técnico Judiciário – Área Administrativa, na localidade para a qual o impetrante foi aprovado, quantitativo insuficiente para nomeação de candidatos deficientes, tendo em vista o percentual de 5% (cinco por cento) estipulado na norma editalícia acima transcrita.

Ocorre que, após a publicação do edital de abertura do certame, surgiram 32 (trinta e dois) cargos vagos de Técnico Judiciário – Área Administrativa em decorrência da criação pela Lei 10.772/2003 de 3 (três) varas federais na sede da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, sendo nomeados os candidatos portadores de deficiência *Andreia Maria de Oliveira* – 388º lugar, *Alessandra Silva de J. Marques* – 391º Lugar, *Everardo Gonçalves de Miranda* – 393º Lugar, *Maria Auxiliadora N. Barcelos* – 395º Lugar, *Adilson Agostinho Pereira* – 396º lugar (docs. 3, 4, 5, 6 e 7).

Informo, também, que o impetrante, na condição de primeiro colocado da listagem de candidatos portadores de deficiência, foi regularmente convocado para fins de se aferir da sua condição de portador de deficiência, em estrita observância ao disposto no item 5 do Capítulo III do edital de abertura do certame.

Contudo, em 10/04/2003, o candidato apresentou formalmente desistência temporária da nomeação (doc. 7).

Em defesa de sua pretensão, o impetrante afirma que *‘preteriu sua nomeação ao cargo para o qual foi aprovado, aguardando que, com base no art. 7º das Disposições Finais previstas no Edital, seu nome fosse direcionado para a última posição da lista de aprovados, lista autônoma e distinta da geral, em que constavam os nomes dos candidatos portadores de deficiência física.’*

Convém transcrever, neste ponto, a norma insita no item 7 do Capítulo XIV do edital de abertura do concurso:

‘No caso de desistência temporária, o candidato renuncia a sua classificação e passa a *posicionar-se no final da lista dos aprovados*, aguardando nova convocação, que poderá ou não efetivar-se no

período de vigência do concurso público.’ (Grifos nossos.)

Verifica-se, destarte, que a regra editalícia acima é bastante clara: na hipótese de desistência voluntária, o candidato é posicionado no final da listagem dos aprovados, não existindo previsão alguma de lista especial para portadores de necessidades especiais, como pretende o impetrante. Após desistir, voluntária e expressamente, de sua posição no concurso, não pode agora o candidato pretender colocação que não seja no final da lista de aprovados, conforme previsto claramente no edital, que é a lei do concurso.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que concerne às normas editalícias:

‘Segundo estatui o brocardo jurídico: ‘o edital é a lei do concurso’. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitação Pública, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda a coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro os candidatos. Qualquer alteração no decorrer do processo seletivo, que importe em mudança significativa na avença deve levar em consideração todos os participantes inscritos e previamente habilitados, não sendo possível estabelecer-se distinção entre uns e outros, após a edição do edital. Desta forma, compete ao Administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, sob pena de fulminar todo o concurso, oportunidade em que deverá estipular nova sistemática editalícia para regular o certame’ (RMS 9.958/TO, DJ de 15/05/2000.)

Portanto, não se pode conceder outros privilégios não previstos em lei ou no edital para os candidatos portadores de deficiência em detrimento dos demais.

Diante do exposto, nota-se que não houve prática de ato que possa vir a ser considerado ilegal. O ato praticado observou, estritamente, o disposto na Constituição Federal (art. 37, VIII), bem como na Lei 8.112/1990, (art. 5º, § 2º) e, ainda, a regulamentação prevista na Resolução 155 (art. 2º, parágrafo único) do Conselho de Justiça Federal” (cf. fls. 97-101).

Tudo, portanto, se resume na interpretação da regra editalícia citada, de que ‘No caso de desistência temporária, o candidato renuncia a sua classificação e passa a posicionar-se no final da lista dos aprovados, aguardando nova convocação, que poderá ou não efetivar-se no período de vigência do concurso público.’

Como o candidato portador de deficiência, por preceito constitucional, concorre sob critérios especiais compatíveis com a sua desigualdade (art. 37, VIII), é forçoso admitir que esse tratamento desigual aos desiguais, tradutor da igualdade substancial, deve reger o concurso de forma linear, da inscrição à nomeação. Sendo o impetrante classificado em 1º lugar na lista dos 6 (seis) candidatos portadores de deficiência (fl.110), sua desistência temporária à nomeação implicaria obrigatoriamente a sua inserção no final da lista específica de deficientes, sob pena de desvirtuamento completo da previsão constitucional, que, como dito, deve reger todo o concurso, até à nomeação.

A expressão ‘posicionar-se no final da lista dos aprovados’, constante do item 7 do Capítulo XIV do edital de abertura do concurso (fl.65), deve ser entendida como a lista específica de deficientes e não a lista geral dos aprovados, como entendeu o despacho de fl.110, do Diretor da Divisão de Cadastro de Pessoal deste Tribunal, não prevalecendo, por outro lado, o argumento dos litisconsortes, de que não existem duas listas, senão uma (fls. 125 e 156).

Existem, sim, duas listas, como consta das informações e do resultado oficial da Fundação Carlos Chagas, documentada às fls. 102 a 109 e 110, em atenção, aliás, ao disposto no Decreto 3.298, de 20/12/1999, que regulamenta a Lei 7.853, de 24/10/1989, que dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, cujo art. 42 reza que ‘A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive os portadores de deficiência, e a segunda, somente com a pontuação destes últimos.

Assim também entende a Procuradoria Regional da República, no seu parecer de fls. 133 – 135, do qual destaco o seguinte excerto:

Todo o concurso, portanto, possuirá duas listas de candidatos, como se depreende do citado art. 42 do Decreto 3.298/1999. Assim, embora concorrendo a todas as vagas do concurso, em não logrando classificação suficiente para convocação entre os demais candidatos, os candidatos portadores de deficiência devem ser chamados de acordo com listagem própria, da qual só participem os portadores de deficiência.

De fato, conjugando-se a imposição da reserva legal de vagas com a obrigatoriedade de listagem própria, conclui-se que os deficientes participam do concurso de maneira diferenciada, seguindo as

mesmas regras, sendo que os portadores de deficiência concorrem às vagas que lhe são reservadas. E para que a reserva seja efetivamente cumprida, no momento da nomeação devem ser chamados, alternada e proporcionalmente, os candidatos das duas listas, até o preenchimento total das vagas.

Feitas estas considerações cumpre asseverar que o Edital em tela (fls. 38/82), observou os ditames legais desde a inscrição até a publicação das duas listas com o resultado final, mas esvaziou o conteúdo da garantia constitucional em comento quando, no caso da desistência voluntária, aplicou, indistintamente, o item 7¹, como se existisse uma única lista. Uma vez que o decreto regulamentador prevê a criação de duas listas, estas devem prevalecer até o final, inclusive no caso de desistência temporária da nomeação. O reposicionamento do candidato portador de deficiência na última colocação da lista geral feriu substancialmente o objetivo buscado pela norma, constituindo-se, portanto, em ato ilegal que deve ser corrigido.

Faz jus o impetrante, portanto, à convocação para a nomeação, mesmo que o prazo do concurso já esteja esgotado, tendo-se em conta que a impetração ocorreu em tempo hábil, isto é, antes de 11/06/2006 (fl. 83), termo final do prazo de prorrogação. A distribuição ocorreu no dia 09/06/2006 (fl. 2). “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação” (Súmula 15 – STF).

A efetiva nomeação ainda depende de avaliação por equipe multidisciplinar do TRF – 1ª Região e das Seções Judiciárias vinculadas, para que seja aferida a condição de deficiência, à vista da sua compatibilidade com o exercício do cargo, como prevê o item III, 5 do Edital do concurso (fl. 49), mas o direito à convocação para tal figura-se-me como indubitoso.

Pelos mecanismos legais do concurso, como afirmado, depois da nomeação de cada grupo de 20 (vinte) candidatos não-deficientes, seria convocado um candidato deficiente, entre os 6 (seis) classificados no concurso (fl. 110). Pelo ofício de fl. 92, da Seção Judiciária de Minas Gerais, a nomeação àquela data indevida beneficiou à candidata não-deficiente Márcia Dória da

¹“no caso de desistência temporária o candidato renuncia a sua classificação e passa a posicionar-se no final da lista dos aprovados, aguardando nova convocação, que poderá não efetivar-se no período de vigência do concurso público”.

Cruz, justamente a 21ª nomeada, que deveria ceder o lugar para o impetrante.

Entretanto, como o Tribunal nomeou, ainda, mais três candidatos não-deficientes depois de Márcia – Marlene Aparecida Braga Bicalho, Simão Campos Aragão e Cássio Antonio Torres (fl. 92) –, que integram a relação processual (cf. peças de fls. 150, 150-v e 177), quem, no final de tudo, deve dar lugar ao impetrante será o litisconsorte Cássio Antonio Torres, pois ele é que deixaria de ser nomeado se a Administração não tivesse cometido o erro de reposicionamento em relação ao interessado.

Em face do exposto, e com a devida vênua da Presidência da Corte, concedo a segurança, para assegurar ao impetrante o direito de ser investido no cargo para o qual prestou concurso – Técnico Judiciário – Área Administrativa –, na forma acima referida, se obtiver êxito na avaliação multidisciplinar do TRF 1ª Região e da Seção Judiciária vinculada.

É o voto.

Primeira Seção

Ação Rescisória

2005.01.00.004975-3/RO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Autor: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procurador: Dr. Daniel Leite Silva
Réu: Raimundo Marques de Carvalho
Advogados: Dr. Raul Ribeiro da Fonseca Filho e outros
Publicação: DJ 2 de 17/09/2007

Ementa

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação rescisória. Servidor público. Reajuste de vencimentos (28,86%). Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Extensão aos servidores públicos federais civis. Possibilidade. Precedente do STF. Súmula Administrativa 3 da AGU. CPC, art. 475, I. Medida Provisória 2.180-35/2001. Art. 12. Arguição de prescrição rejeitada pelo juiz de primeiro grau. Remessa oficial. Cabimento. Pedido rescisório procedente.

I – Objetivando o autor a rescisão de julgado referente ao reajuste de 28,86%, a ação rescisória não encontra embaraço no enunciado da Súmula 343 do STF, uma vez que se trata de matéria constitucional, qual seja, a observância ao princípio da isonomia previsto no art. 37, X, da Constituição Federal.

II – Estando em discussão no processo questão relativa à prescrição, além de matéria que diz respeito ao tema objeto da Súmula Administrativa 3 da AGU, o conhecimento da remessa oficial se impõe, para que seja analisada a prejudicial de prescrição.

III – Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

IV – Considerando que as parcelas anteriores a 30/06/1998 estão prescritas e que a partir da mesma data, ou seja, 30/06/1998 (data da edição da MP 1.704/1998), o reajuste de 28,86% foi estendido aos servidores públicos civis, deve ser dado provimento à remessa oficial, para que extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

V – Pedido rescisório a que se julga procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, julgar procedente o pedido rescisório.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 08/05/2007.

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente

e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, com fundamento no art. 485, V, do CPC, ajuizou a presente ação rescisória contra Raimundo Marques de Carvalho, objetivando rescindir o v. acórdão da Segunda Turma

da Corte que, nos autos da REO 2003.41.00.004039-1/RO, não conheceu da remessa oficial, mantendo a r. sentença, proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, que, nos autos da ação originária, ajuizada aos 30/06/2003, rejeitou a prescrição e julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o Ibama a pagar ao ora réu as parcelas retroativas relativas ao percentual de 28,86%, a partir de janeiro de 1993 até junho de 1998, compensando-se eventual parcela decorrente de reajuste geral nesse período.

O autor, primeiramente, informa que a prescrição, embora argüida na ação originária, em sede de contestação, e rejeitada pelo magistrado *a quo*, não foi analisada pela Segunda Turma da Corte, quando do julgamento da remessa oficial. Alega que o v. acórdão rescindendo, ao negar conhecimento à remessa oficial, deu amplitude inexistente à Súmula 3 da AGU, haja vista que seu enunciado reconhece a existência de direito dos servidores ao reajuste de 28,86%, não tratando da prescrição. Diz que tal questão é de ordem pública, sendo passível de reconhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição, na forma do disposto nos arts. 193 do CC e 303 do CPC. Alega que o v. acórdão rescindendo violou a regra do art. 475, I, do CPC, art. 12 da MP 2.180-35/2001, art. 3º do Decreto 20.910/1932 e art. 3º do Decreto-Lei 4.597/1942. Sustenta, outrossim, que, no caso, todas as parcelas pleiteadas encontram-se prescritas, em razão do transcurso de 5 (cinco) anos entre a última parcela (junho de 1998) e a data do ajuizamento da ação.

À fl. 96, deferi o pedido de suspensão do curso da execução até o julgamento final da ação.

Em contestação, o réu pugna pela improcedência do pedido, alegando que a remessa oficial não poderia ser conhecida, conforme entendimento da Segunda Turma da Corte e a regra do art. 12 da MP 2.180-35 e do § 3º do art. 475 do CPC. Alega que o Governo Federal, com a MP 1.704/98, ao estender aos servidores públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional a vantagem de 28,86%, praticou ato incompatível com a prescrição, configurando, assim, renúncia tácita ao instituto, na forma do art. 161 do NCCB (fls. 118/123).

O autor apresentou impugnação à contestação, repisando os fundamentos expendidos na inicial (fls. 130/134).

As partes não especificaram provas (fl. 140 e certidão de fl. 141).

O autor apresentou razões finais, às fls. 146/150; e o réu, por sua vez, às fls. 152/153.

O Ministério Público Federal opina pela procedência do pedido (fls. 158/166).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, com fundamento no art. 485, V, do CPC, contra Raimundo Marques de Carvalho, objetivando rescindir o v. acórdão da Segunda Turma da Corte que, nos autos da REO 2003.41.00.004039-1/RO, não conheceu da remessa oficial, mantendo a r. sentença, proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, que, nos autos da ação originária, ajuizada aos 30/06/2003, rejeitou a prescrição e julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o Ibama a pagar ao ora réu as parcelas retroativas relativas ao percentual de 28,86%, a partir de janeiro de 1993 até junho de 1998, compensando-se eventual parcela decorrente de reajuste geral nesse período.

O autor informa que a prescrição, embora argüida na ação originária, em sede de contestação, e rejeitada pelo magistrado *a quo*, não foi analisada pela Segunda Turma da Corte, quando do julgamento da remessa oficial. Alega que o v. acórdão rescindendo, ao negar conhecimento à remessa oficial, deu amplitude inexistente à Súmula 3 da AGU, haja vista que seu enunciado reconhece a existência de direito dos servidores ao reajuste de 28,86%, não tratando da prescrição. Diz que tal questão é de ordem pública, sendo passível de reconhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição, na forma do disposto nos arts. 193 do CC e 303 do CPC. Alega que o v. acórdão rescindendo violou a regra do art. 475, I, do CPC, art. 12 da MP 2.180-35/2001, art. 3º do Decreto 20.910/1932 e art. 3º do Decreto-Lei

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Luiz Gonzaga Barbosa Moreira. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima.

4.597/1942. Sustenta, outrossim, que, no caso, todas as parcelas pleiteadas encontram-se prescritas, em razão do transcurso de 5 (cinco) anos entre a última parcela (junho de 1998) e a data do ajuizamento da ação.

Observo, primeiramente, que esta ação foi ajuizada dentro do biênio decadencial de que trata o art. 495 do CPC, haja vista que, consoante certidão de fl. 66, o trânsito em julgado do acórdão rescindendo ocorreu aos 17/08/2004, e esta ação foi protocolizada aos 31/01/2005.

Por outro lado, considerando que esta ação rescisória cuida da concessão do reajuste de 28,86% a servidor público, ela não encontra embaraço no enunciado da Súmula 343 do STF, tendo em vista que a hipótese versa sobre matéria constitucional, qual seja, observância ao princípio da isonomia previsto no art. 37, X, da CF/1988.

A pretensão do Ibama se cinge à rescisão do julgado para que reconhecida a prescrição de todas as parcelas referentes ao índice de 28,86% pleiteadas pelo ora réu.

O voto condutor do acórdão, da lavra do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, está assim fundamentado:

Estabelece o art. 12 da Medida Provisória 2.180-35, de 24/08/2001, em vigor por força da disposição inscrita no art. 2º da Emenda Constitucional 32, de 11/09/ seguinte:

Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.

No caso em exame, o objeto da lide diz com a recomposição de vencimentos ou proventos da ordem de 28,86%, a contar de janeiro de 1993, a propósito da qual foi editada a Súmula Administrativa 3, da Advocacia-Geral da União, de teor seguinte:

Não se recorrerá da decisão judicial que conceder reajuste de 28,86% sobre os vencimentos do servidor público civil, em decorrência da Lei 8.627/1993, com a dedução dos percentuais concedidos ao servidor, pela mesma lei, a título de reposicionamento. Os recursos já interpostos contra decisões semelhantes serão objeto de pedidos de desistência.

Não se encontra, pois, o julgado recorrido sujeito a reexame necessário, pelo que não conheço da remessa oficial.

Tenho que o v. acórdão rescindendo, ao não conhecer da remessa oficial, mantendo a sentença que rejeitou a prescrição e julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o Ibama a pagar ao ora réu as parcelas retroativas relativas ao percentual de 28,86%, a partir de janeiro de 1993, violou a disposição prevista no art. 475, I, do CPC, art. 12 da MP 2.180-35/2001, bem como o disposto nos arts. 1º e 3º do Decreto 20.910/32, merecendo, portanto, ser rescindido para se adequar às citadas disposições legais.

Com efeito, dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I. proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Por outro lado, dispõe a Medida Provisória 2.180-35/2001:

Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.

Consoante se vê, o art. 12 da Medida Provisória supra referida instituiu nova hipótese de não cabimento de remessa oficial, quando a respeito da controvérsia posta em juízo o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.

A Súmula Administrativa 3, de 05/04/2000, da Advocacia-Geral da União, recomendou a não interposição de recurso da decisão judicial que conceder reajuste de 28,86% (...), nada dispondo, entretanto, no que se refere ao acolhimento, ou não, da argüição de prescrição.

Na espécie, existem duas questões controvertidas: 1. o direito ao reajuste de 28,86%; 2. a prejudicial de prescrição, argüida no momento oportuno e rejeitada pelo juiz de primeiro grau.

Em relação à primeira controvérsia existe Súmula Administrativa da Advocacia-Geral da União (n. 3). Em relação à segunda não existe súmula alguma.

Assim, no que se refere ao reajuste de 28,86%, a decisão do juiz de primeiro grau não está sujeita ao duplo grau de jurisdição, por força do disposto no artigo 12 da Medida Provisória 2.180-35/2001. Quanto à prescrição, que não é objeto de Súmula Administrativa, e sobre a qual o juiz de primeiro grau decidiu contrariamente aos interesses do Ibama, a remessa oficial é obrigatória, uma vez que não excluída das hipóteses relacionadas na legislação de regência.

Com efeito, ressalvadas as cominações acessórias, que decorrem da obrigação principal, como os honorários advocatícios, não se pode deixar de conhecer da remessa oficial quando a discussão nos autos abordar questões outras, que não dizem respeito àquela matéria.

Assim, estando em discussão a legitimidade de parte ou mesmo a prescrição, o conhecimento da remessa oficial pelo Tribunal se impõe, para que seja devidamente analisada, sob pena de ofensa ao art. 475, I, do CPC.

Anoto, ainda, que a Primeira Turma deste Tribunal já se manifestou sobre o tema, conforme se infere da ementa a seguir transcrita:

Processual civil. Embargos de declaração. Reajuste de 28,86. Súmula administrativa 03/AGU e MP 2180-35/2001: não cabimento de remessa ofi-

cial. Possibilidade. Ocorrência de prescrição. Omissão inexistente. Rejeição.

1. O que existe na insurgência recursal, na realidade, é uma exaustiva tessitura de alegações conducentes à verificação de que se objetiva efeito infringente no julgado via Embargos Declaratórios, o que torna imprestável a irresignação, no particular.

2. Tal esforço interpretativo do julgado, contrapondo-se a este uma seriada crítica argumentativa, contudo, sem alcance a infirmar-lhe a conclusão, uma vez que, a toda evidência, consubstancia linha periférica de raciocínio se confrontada com as razões de decidir adotadas no v. acórdão embargado.

3. Não procede o argumento de não cabimento de remessa oficial com fundamento em prescrições em súmula administrativa bem como em medida provisória, porquanto não têm as mesmas eficácia a elidir os comandos inseridos no caput e inciso I, do artigo 475, do Código de Processo Civil, visto que súmula, instrução normativa e medida provisória não têm aptidão para regular matéria processual.

4. Ressalta-se, por oportuno, que a prescrição não foi reconhecida de ofício, haja vista tal prejudicial ter sido argüida pela defesa na peça contestatória, e que a remessa necessária possibilita ao Tribunal o exame integral de toda matéria deliberada na sentença, portanto, não incidio o aresto no vício de julgamento apontado pelo embargante.

5. O prequestionamento deve pautar-se ao disposto no art. 535, I e II, do CPC; ausente a omissão alegada, não é devida a declaração requerida.

6. Embargos rejeitados. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, EDREO 2003.41.00.004059-7/RO, Rel. Des. Federal José Amílcar Machado, unânime, DJ 20/01/2005, p. 32.)

Nesses termos, a ação rescisória merece ser acolhida, a fim de que seja desconstituído o julgado hostilizado e proferido novo julgamento, com o exame da remessa oficial.

No particular, verifico que o Ibama, na ação originária, argüiu a prescrição quinquenal, ao fundamento de que, com a edição da MP 1.704/1998, estendendo a vantagem de 28,86% aos servidores públicos civis do Executivo Federal, o prazo prescricional foi interrompido, recomeçando a correr, uma única vez, pela metade do prazo, ou seja, por dois anos e meio.

Assiste razão ao autor, no tocante à prescrição quinquenal.

Com efeito, a teor da Súmula 85 do STJ:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Na espécie, não houve decisão administrativa negando o próprio direito reclamado, de forma que prescrevem apenas as prestações anteriores ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação (Decreto 20.910/1932, art. 3º).

Tendo sido ajuizada a ação ordinária originária aos 30/06/2003, as parcelas anteriores a 30/06/1998 estão irremediavelmente prescritas.

Ocorre, porém, que a Medida Provisória 1.704, de 30/06/1998, estendeu o reajuste de 28,86% aos servidores públicos, nos seguintes termos:

Art. 1º. Fica estendida aos servidores públicos civis da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal assentada no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança 22.307-7 – Distrito Federal, com a explicitação contida no acórdão dos embargos de declaração.

Assim, considerando que as parcelas anteriores a 30/06/1998 estão prescritas e que a partir da mesma data, ou seja, 30/06/1998 (data da edição da MP 1.704/1998), o reajuste de 28,86% foi estendido aos servidores públicos civis, a remessa oficial merece provimento, para que julgado extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, em face da prescrição.

A Primeira Turma já se manifestou nesse sentido, em hipótese idêntica a destes autos, conforme se vê do acórdão a seguir ementado:

Processual Civil. Administrativo. Constitucional. Servidor público federal civil. Reajuste de 28,86%. Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Prescrição quinquenal. Incidência.

1. Jurisprudência iterativa desta Corte consolidou o entendimento de que é devido aos servidores públicos civis, à exceção dos integrantes do magistério de 1º e 2º graus e superior da União, o reajuste de 28,86%, concedido aos militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, para tornar efetivo o cumprimento do preceito constitucional isonômico.

2. Tratando-se de prestações de trato sucessivo, decorrentes de relação jurídica a propósito da qual inexistente ato positivo e único da administração pública negando o direito dela decorrente, não se há cogitar de prescrição do chamado fundo do direito, alcançando o prazo extintivo, apenas, a pretensão relativa às prestações pretéritas ao quinquênio anterior à propositura da ação.

3. Ajuizada a ação em 17/12/2004, as parcelas pleiteadas (janeiro de 1993 a junho de 1998) encontram-se todas prescritas, uma vez que as parcelas anteriores a 17/12/1999, a saber, anteriores ao quinquênio precedente ao ajuizamento da ação foram colhidas pela prescrição quinquenal.

4. “A edição da Medida Provisória 1.704/1998, a partir da qual foram estabelecidos critérios, condições e restrições ao pagamento dos 28,86% devidos aos servidores civis, não importou em renúncia tácita à prescrição verificada.” (AC 2002.41.00.000421-0/RO, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, DJ 18/04/2005) 5. Apelação a que se nega provimento. (TRF-1ª Região, 1ª Turma, AC 2005.41.00.000230-6/RO, Rel. Des. Federal Amílcar Machado, unânime, DJ 27/03/2006).

Isso posto, julgo procedente o pedido rescisório, para rescindir o v. acórdão da Segunda Turma da Corte, lançado nos autos da REO 2003.41.00.004039-1/RO, e, proferindo a novo julgamento, conheço da remessa oficial e lhe dou provimento, para reformando a sentença, julgar extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, em razão da prescrição de todas as parcelas vindicadas. Condene o réu a pagar as custas processuais e a verba honorária que fixo em R\$ 200,00 (duzentos reais).

É o meu voto.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Senhor Presidente, uma vez que, segundo mencionado no voto do eminente Relator, a prescrição foi tratada com rejeição, na minha visão, *data maxima venia*, continuo entendendo que, não havendo recurso específico, recurso voluntário para trazer à discussão a questão da prescrição, a Turma não pode, nesse reexame, levantar questões que são matéria tipicamente de defesa e que não foram devidamente valorizadas por aquela pessoa jurídica de direito público que tinha interesse. Entendo que tinha que ser objeto de

recurso. Como não foi, pela remessa, estávamos e estamos autorizados a não conhecer da remessa em razão da Súmula Administrativa 3. Julgo improcedente a ação rescisória.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Senhor Presidente, o que verifico na espécie é que a prescrição alegada veio a ser rejeitada na sentença. Se assim ocorreu, a questão deveria ter sido reexaminada na remessa oficial. Isso não aconteceu. Independentemente do recurso voluntário, a remessa oficial tinha que ter apreciado a prescrição. Por isso, com a devida vênia da divergência, eu acompanho o Relator, não só conhecendo, mas também julgando procedente a ação rescisória.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor Presidente, veja o esforço de raciocínio que o eminente Relator precisou fazer para julgar procedente essa ação rescisória, que, do quanto está expresso no relatório de Sua Excelência, invoca o inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, ou seja, ofensa a literal disposição de lei.

No caso foram indicados como vulneráveis o art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil, o art. 12 da Medida Provisória 2.180-35/2001, o art. 3º do Decreto 20.910/1932 e o art. 3º do Decreto-Lei 4.597/1942, tudo isso para pedir a rescisão de um acórdão que se limitou a não conhecer da remessa oficial. Foi tão-somente isso que o julgado rescindendo levou a efeito. E se o julgado rescindendo considerou tão-somente isso, entendendo inadmissível a remessa oficial, de logo já se vê que jamais poderia ele ter imposto ofensa, muito menos à literalidade do art. 3º do Decreto 20.910/1932 e à do art. 3º do Decreto-Lei 4.597/1943, que disciplinam prescrição, que não foi objeto dessa decisão rescindendo. Em nenhum momento o acórdão rescindendo tratou de prescrição, conseqüentemente não vejo como possa ele, que não conheceu dessa questão exatamente por coerente com sua premissa de ter por inadmissível a remessa oficial, ter violado essas disposições, muito menos em sua literalidade.

Restaria, então, como literalmente ofendidos a disposição inscrita no art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil, e no art. 12 da Medida Provisória 2.180-35/2001. Vejam Vossas Excelências que o inciso I do art. 475 cuida de uma disposição genérica, ou seja, “submete ao duplo grau obrigatório de jurisdição as sentenças proferidas contra a União, o Estado o Distrito Federal, o município e as respectivas autarquias e fundações de direito público.” Essa é a regra geral que apresenta, nos próprios parágrafos que lhes seguem, algumas exceções. E há outra exceção, que é exatamente a do art. 12 da Medida Provisória 2.180-35/2001, que permanece em vigor por força da Emenda Constitucional 32, de 2001. Ou seja, ao afastar a norma genérica, entendo que seria aplicável ao caso uma disposição específica que a excepciona, o acórdão rescindendo, a meu ver, também não poderia ter ofendido, muito menos em sua literalidade, essa disposição genérica. Apenas a entendeu inaplicável ao caso por força de uma disposição específica que, exatamente por sua especialidade, afastava ao caso a aplicação da norma geral.

Restaria, então, como fundamento para uma pretensa ofensa à literalidade de disposição de lei — e vejam aqui a eloqüência do dispositivo — tão-somente o art. 12 da Medida Provisória 2.180-35/2001. Diz esse artigo: “Não estão sujeitas ao duplo grau obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas quando, a respeito da controvérsia, o advogado-geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário”.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado: — Desde quando medida provisória pode tratar de matéria processual?

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Essa medida provisória foi levada a efeito antes da Emenda Constitucional 32 e foi tida como compatível, como constitucional, e não podemos entendê-la inconstitucional sem o procedimento prévio específico. Não podemos simplesmente afastá-la como se ela não existisse.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado: — Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, não estou querendo tratar de constitucionalidade, porque não a considero inconstitucional, mas sim da eficácia

de medidas provisórias no plano dos direitos objetivos. Está assentado. É uma interpretação como de lei. O Supremo Tribunal Federal afirmou que medida provisória não pode tratar de matéria processual, e veio o legislador querer tratar com eficácia imediata o incidente sobre todas as relações processuais que já estão anteriormente instaladas. Isso é um abuso de direito legislativo.

Não estou querendo polemizar, Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, e desculpe minha intervenção, apenas entendo que isso não é técnica legiferante.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Eu gostaria de prosseguir no meu raciocínio e, a luz das considerações de Vossa Excelência, considerar que essa questão não pode sequer ser examinada aqui. Temos que examinar a ação rescisória em face dos fatos e fundamentos jurídicos da causa. Temos uma causa que foi decidida a luz dessa medida provisória, temos uma ação rescisória...

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Não podemos entrar nisso. Vossa Excelência está entrando exatamente como fundamento jurídico para julgar improcedente.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — O meu fundamento jurídico entrava numa linha de raciocínio quando foi cortado pelas colocações de Vossa Excelência. Estou apenas dizendo que, mesmo que pudesse essa medida provisória ser questionada, ela não o poderia ser, a meu sentir, no âmbito dessa ação rescisória, porque a causa foi decidida à luz dessa medida provisória, e o objeto do pedido rescindendo é em face dessa medida provisória. Então, temos de examinar a ação tal como ela foi proposta. Se essa medida provisória é constitucional ou não, essa questão em controle difuso deveria ter sido suscitada ou poderia ter sido suscitada na ação em que proferida essa decisão. Não agora em sede de ação rescisória.

Retomando meu raciocínio, diz o art. 12 desse provimento provisório com força de lei:

Art.12. Não estão sujeitas ao duplo grau obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia, o advogado-geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não interposição de recurso voluntário.

O eminente Relator dá uma interpretação restritiva a essa expressão “controvérsia”. Quando a respeito da controvérsia, o advogado-geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa, determinando a não interposição de recurso voluntário.

O eminente Relator, repito, dando interpretação restritiva a essa expressão, entende que essa disposição se aplica apenas em relação ao objeto principal do litígio, ou seja, como objeto principal do litígio na ação em que proferido o julgado rescindendo refere-se aos 28,86%, e o ato normativo do advogado-geral da União, dispensando a interposição de recurso voluntário em causas dessa espécie, apenas trata dessa questão de mérito. Todas as demais questões estariam, então, sujeitas ao reexame necessário. Aquela sentença que tratou dessa questão de mérito só não estaria submetida ao reexame necessário em relação àquela questão de mérito. Em relação a todas as demais questões, inclusive ao caso em exame, a prejudicial de prescrição, por não ser objeto da súmula administrativa, teria de necessariamente ser submetida ao reexame necessário do Tribunal.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Poderia ser objeto o recurso voluntário pelo raciocínio de Vossa Excelência.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Sim, não há dúvidas.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Como Vossa Excelência acabou de falar, estariam sujeitas ao reexame necessário, mas via recurso voluntário. Pelo raciocínio de Vossa Excelência, Vossa Excelência está concordando com a nossa tese.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Absolutamente. Veja que Vossa Excelência, Desembargador José Amilcar, está confundindo recurso voluntário com reexame necessário. Estamos tratando aqui na ação rescisória — e esse é todo fundamento do meu voto — apenas de reexame necessário. Não houve, neste caso em exame, recurso voluntário. Houve apenas remessa oficial. A inércia da parte que agora vem propor esta ação rescisória impediu que essa questão prejudicial de prescrição fosse, no momento adequado e pela via oportuna, reexaminada pelo Tribunal. O que quis essa disposição, a meu sentir, ao não admitir reexame necessário em hipóteses em que o mérito da controvérsia já foi inclusive aceito pela pessoa jurídica

de direito público que é prejudicada por este julgamento, é exatamente permitir que todas as questões, sejam elas as acessórias ou a principal de mérito, só sejam submetidas ao reexame necessário...

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — As acessórias eu excluí. Quero que fique bem claro isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Mas Vossa Excelência, Desembargador Antônio Sávio, a excluiu por via de interpretação, porque esse art.12 não faz nenhuma menção à questão prejudicial, à questão acessória. Diz apenas sobre o objeto de controvérsia. Ora, objeto de controvérsia é, com relação ao que foi tratado na súmula administrativa, apenas a questão de mérito. Todas as questões de mérito estão fora dessa súmula. Veja o que o próprio dispositivo não faz qualquer restrição. Fala em objeto de controvérsia. Então a questão é se definir o alcance da expressão 'objeto de controvérsia'. O 'objeto de controvérsia' diz respeito apenas ao mérito ou abarca, pela finalidade da disposição, todas as questões que estão abarcadas nesta causa?

Mas vejam Vossas Excelências que tudo isso está em linha de interpretação e vejam a controvérsia que já está suscitando, tanto assim que estou tendo certa dificuldade de enunciar até a lógica do meu raciocínio pelas interpretações e pelas colocações a *latere* que são feitas, tudo isso na linha interpretação desse dispositivo. Vossa Excelência adota uma linha de interpretação mais restritiva, e não vou aqui, no âmbito da ação rescisória, sequer discutir a precisão ou imprecisão dessa medida. O acórdão rescindendo adotou uma interpretação finalística como interpretação teleológica dessa disposição. Partindo do pressuposto de que a finalidade a que se destina uma disposição legal, muito mais uma disposição de natureza processual deve ser levada em conta na definição do alcance desse dispositivo. Qual é a finalidade desse dispositivo? São aquelas questões que a própria pessoa jurídica de direito considera que não são mais susceptíveis de controvérsia. Tanto assim que a autoridade administrativa competente responsável determina a não-interposição de recursos em homenagem à celeridade processual exatamente porque a matéria não é objeto mais nem de controvérsia em face da pessoa jurídica de direito público prejudicada, consciente de que a decisão já está sedimentada nos

tribunais, não indo aquelas causas a reexame necessário desnecessário.

A Exma. Sra. *Des. Federal Neuza Maria Alves:* — Já votei, mas gostaria de fazer esse acréscimo. Esse entendimento pode até estar certo e, parece-me, será hoje o vencedor, mas ele faz tábula rasa da intenção da *mens legis* de exatamente desobstruir os tribunais, de autorizar quando a questão já está repetida, reiterada, rebatida, autorizar não interposição de recurso, e, se por acaso já tenha sido interposto, autorizar a desistência. Vamos ignorar tudo isso? Examinar e trazer para a remessa? Nós mesmos, que somos os maiores interessados, estamos rejeitando a medida processual que nos possibilita desafogar?

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — A prescrição é a mesma questão dos 28,86% ou é diferente?

A Exma. Sra. *Des. Federal Neuza Alves:* — Se não fora a questão dos 28,86%, não estaríamos aqui discutindo prescrição.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Tem-se que entender que prescrição é preliminar de mérito.

A Exma. Sra. *Des. Federal Neuza Alves:* — Ótimo, porque preliminar de mérito é mérito. O mérito é os 28,86%. Se não se estivesse discutindo os 28,86%, ninguém estaria aqui falando sobre prescrição.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Penso que Vossas Excelências estão discutindo questões acessórias que não estão indo diretamente ao ponto. Aguardei pacientemente o voto de todos os que me precederam e gostaria de conseguir seguir minha linha de raciocínio.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — É sempre muito instrutivo para nosso aperfeiçoamento ouvir Vossa Excelência, eminente e prezado Desembargador Carlos Moreira Alves. Já vou pedindo desculpas pelas intervenções a *latere*, embora não tenham sido muito a *latere*, não, foram bem de frente.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Essas intervenções são apenas para demonstrar que a questão é, no mínimo, controvertida. Retomando minha linha de raciocínio: Qual é a finalidade dessa disposição? Que as causas em que há uma questão já assentada nos tribunais, e, de tão assentada, não sejam submetidas a um reexame necessário de um tribunal

que atrasa mais ainda a prestação jurisdicional em matéria já assente, o que traz, também, custos desnecessários a ele mesmo. Sabemos todos que a demora na entrega da prestação jurisdicional a quem não tem direito e cujo direito já está assentado nos tribunais impõe um ônus, no mínimo moratório, a crescer àquela condenação tanto mais prolongada no tempo seja a efetivação daquilo que foi decidido.

Então, o que essa disposição pretende é que, nessas causas em que a questão de mérito já está assentada nos tribunais, elas só sejam submetidas a um reexame pelo Tribunal se a parte apresentar um recurso voluntário para discutir qualquer das questões decididas na sentença, sejam elas de mérito, prejudiciais de mérito ou preliminares de mérito, porque na verdade, prejudiciais de mérito também são, porque, mesmo nas questões preliminares, se acolhidas, prejudicam a definição do mérito da controvérsia. Isso que se pretendeu, ou seja, quando essas questões já estão sedimentadas, que não sejam submetidas desnecessariamente ao Tribunal, ou apenas quando a parte, inconformada com o teor decidido, manifestar recurso voluntário para tanto. Essa, a meu ver, é a finalidade dessa disposição. Atento a essa finalidade e à luz da interpretação que foi dada a esse dispositivo, é que foi proferido o acórdão rescindendo.

Ora, já vimos — e não digo que a interpretação de Vossa Excelência, eminente Relator seja despropositada, como também não entendo, em absoluto, despropositada a interpretação que foi dada a esse dispositivo do provimento provisório com força de lei pelo acórdão rescindendo. Mas vejam Vossas Excelências que estamos em nível de interpretação, quando menos duas interpretações razoáveis. E quando estamos diante de duas interpretações razoáveis, já a meu sentir, não se pode acolher a ação rescisória sob o fundamento de ofensa à literal disposição de lei. A coisa julgada se assenta no princípio da segurança jurídica. Por isso que a relativização da coisa julgada, a meu sentir, por força do ordenamento constitucional, só pode ser levada a efeito na forma que a legislação processual preconiza, atenta a esse caráter excepcional.

E exatamente em homenagem a esse princípio da segurança jurídica para que não sejam desfeitas coisas julgadas, a torto e a direito, é que se exige ofensa à literal disposição de lei. Essa é a expressão colocada pelo legislador, não é uma expressão desnecessária. Não basta a

ofensa à disposição de lei. Isso já foi dito repetidas vezes pela Suprema Corte. Não é possível se rescindir um julgado se esse julgado se assenta disposição que comporta interpretações razoáveis. Penso que é exatamente esta a hipótese que estamos examinando.

Não vejo por isso, Senhor Presidente — já pedindo desculpas pelo alongado voto, mas necessário para desenvolver meu raciocínio e explicitar bem as premissas em que esse raciocínio de baseia, como se cogitar de ofensa a literalidade de nenhuma das disposições legais tidas como contrariadas pela parte autora. E digo mais, mesmo para aqueles que admitem uma ação rescisória com a causa aberta, não vejo ofensa a qualquer outra disposição da legislação vigente no país. E esse fundamento, para mim é suficiente para que eu acompanhe a divergência, julgando improcedente essa ação rescisória.

Indo um pouco além, eu faria outra reflexão. Vejam Vossas Excelências, se a parte pede rescisão do julgado, que simplesmente não conheceu de uma remessa oficial, entendo-a inadmissível na hipótese em causa, se entendermos que houve violação a uma das disposições ditas como ofendidas na sua literalidade. Faço isso apenas para argumentar. Se entendermos que houve essa vulneração, não podemos, de logo, examinar o mérito de uma prescrição que não foi em momento algum examinado. Como vamos julgar procedente uma ação rescisória, e já dizemos que o acórdão não tratou da questão, porque entendeu incabível por meio daquele instrumento ou porque aquela decisão ofendeu normas relativas à prescrição, se vamos, de logo no julgamento dessa mesma ação, ditar o resultado de uma prescrição que não foi, sequer, examinada pelo órgão próprio de segundo grau? Quer dizer, mesmo quando se considera que há ofensa à literal disposição de norma legal que justifique a rescisão do julgado, essa rescisão haveria, a meu sentir, por uma coerência sistemática, de se restringir a determinar que a Turma que proferiu aquela decisão que esta sendo desconstituída continue no julgamento do reexame que entendeu inadmissível e no julgamento de mérito.

São essas considerações que eu gostaria de fazer, Senhor Presidente. Essa última parte apenas como reforço de argumentação, porque, repito, entendo improcedente a ação rescisória, que não pode, a meu sentir, sequer fazer as vezes de embargos infringentes para fins de uniformização de eventual jurisprudência

divergente entre os órgãos do Tribunal, embora obviamente sinalize ou possa vir a sinalizar o entendimento majoritário dos integrantes de ambas as Turmas, que são competentes para o exame da questão ora em julgamento. E a premissa basilar do meu entendimento trata apenas de questão relativa à interpretação. E, em havendo duas interpretações quando menos razoável, não se haverá de julgar improcedente a ação rescisória.

Segunda Seção

Ação Rescisória

2006.01.00.015390-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado)
Autor: José Tupy Caldas de Moura
Advogados: Dr. Carlos Eduardo da Silveira Monteiro e outros
Réu: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho
Ré: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: DJ 2 de 06/09/2007

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Ação civil pública. Perdimento de valores recebidos ilicitamente. Empregado do Banco Central do Brasil. Regime CLT. Prescrição. Art. 23, II, da Lei de Improbidade Administrativa. Inaplicabilidade. Falta de lei específica regulando o prazo prescricional para a pena de demissão. Incidência do prazo de cinco anos da lei vigente à época dos fatos (Lei Bilac Pinto). Prescrição consumada.

I – Improcedência da preliminar de insuficiência do depósito (CPC, art. 488, II), uma vez que na ação rescisória o valor da causa deve corresponder ao atribuído à ação originária, atualizado monetariamente, e não ao valor.

II – Se é verdade que no curso do prazo prescricional não se há falar em direito adquirido, uma vez que não se implementou a condição de sua existência — o decurso de determinado lapso temporal —, é também verdade que a nova lei que altere a regência desse prazo deve ter efeitos retroativos — ou efeitos imediatos fortes —, sendo assim, aliás, vocacionada a doutrina pátria. Entendimento da maioria. A Lei de Improbidade, inovando quanto à prescrição das pretensões condenatórias nela previstas — inclusive a de perda de valores indevidamente auferidos, como no caso dos autos —, estabeleceu no art. 23, II, que a prescrição ocorreria “dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”. A relação empregatícia com o Banco Central do Brasil era regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, e não pela Lei 8.112/1990, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1991, após o pedido de aposentadoria do sentenciado. Dentro dessa regência legal — CLT — não há previsão de prazo prescricional para que o empregador possa demitir o empregado, com ou sem justa causa, haja vista inexistir a garantia de estabilidade à própria relação empregatícia. Sendo assim, o inciso II, do art. 23, que seria aplicável à hipótese dos autos em razão do fato de que o autor era empregado público, perde aplicabilidade pelo fato de que a lei específica a que faz referência o dispositivo não existe para a situação dos autos. Diante da inaplicabilidade do inciso II do art. 23 da Lei de Improbidade em face da inexistência da legislação específica regulando o prazo prescricional para a pena de demissão, é de ser aplicado, subsidiariamente, o inciso I do mesmo dispositivo, que prevê um prazo de cinco anos a contar do término do exercício da função pública. Entendimento da maioria. Ressalvado o entendimento da minoria no sentido de que deveria ser aplicada a regra prescricional quinquenal da Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/1958), por ser mais benéfica ao acusado.

III – Ação rescisória procedente.

Acórdão

Decide a Seção julgar procedente a ação rescisória, para desconstituir a sentença condenatória exarada em desfavor do autor, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 08/08/2007.

Juiz Federal *Saulo Casali Bahia*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia: — Cuida-se de ação rescisória ajuizada por José Tupy Caldas de Moura, brasileiro, casado, residente no Rio de Janeiro/RJ, contra sentença transitada em julgado que o condenou, em sede de ação de improbidade por enriquecimento ilícito, ao perdimento de valores — estimados em R\$ 290.000,00 (duzentos e noventa mil reais) — que teriam sido percebidos ilicitamente no exercício do cargo de Diretor de Fiscalização do Banco Central do Brasil, ocupado no período de 1985 a 1990.

A ação foi proposta em 1998, quando ainda tramitava ação penal pelo mesmo fato, tipificado como corrupção passiva (art. 317 do CP), e onde o autor restou absolvido, por insuficiência de provas (art. 386, item VI, do Código Penal).

Sustenta o autor a incompetência do Juízo da 20ª Vara Federal — prolator da sentença objurgada —, uma vez que haveria conexão entre a ação penal e a de improbidade, cuja natureza também sustenta ser penal, de modo que as ações deveriam ser distribuídas ao mesmo juízo, o da 12ª Vara, que conheceu da matéria em primeiro lugar, tendo sido condenado, portanto, por juízo incompetente.

Afirma que os tipos pelos quais foi condenado ocorreram sob a vigência da Lei 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) — que previa prazo prescricional de 5 (cinco) anos a contar da data do fato —, mas o juiz aplicou, no que concerne à prescrição, o disposto no item II do art. 23 da Lei 8.429/1992, violando o princípio da irretroatividade da norma prejudicial. Diz, ainda no que diz respeito à prescrição, que o inciso II do art. 23 do diploma retrocitado é inaplicável à espécie, pois não restou caracterizada a ocorrência de falta disciplinar punível com demissão, sendo cabível, isso sim, a aplicação do inciso I do mencionado artigo, pois já havia, à época do ajuizamento da ação, deixado o cargo há mais de 5 (cinco) anos.

Por fim, sustenta o autor ter havido, no processo em que resultou sua condenação, cerceamento do direito de defesa, pois desconsiderou o juiz a prova testemunhal colhida no processo penal, e inverteu o ônus da prova, pois cabia ao autor da ação a prova do enriquecimento ilícito, mas o juiz consignou que a versão do réu (na improbidade) se ressentia de qualquer elemento de prova. Pede, ao final, a anulação da sentença.

A liminar foi indeferida pelo Des. Federal Olindo Menezes, nos termos do despacho de fl. 177, sob o fundamento de que não haveria risco de dano irreparável. Contra essa decisão, o autor interpôs agravo regimental, pugnando, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, a suspensão dos efeitos da sentença até o julgamento final desta ação. A 2ª Seção desta Corte negou provimento ao agravo regimental (fl. 194), acompanhando voto proferido pelo Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira, que considerou, na oportunidade, ter como relevante o fundamento aduzido concernente à prescrição, ressaltando, de outro lado, que “a definição do termo inicial do prazo depende da prova, a ser produzida na instrução processual, de que o Autor já havia perdido o vínculo com a Administração Pública, não mais se encontrando sujeito ao seu poder disciplinar”.

À vista das considerações expendidas pelo Juiz Federal Relator do agravo regimental, o autor renovou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que restou indeferido por força da decisão de fl. 214, esta mantida pela 2ª Seção no bojo de novo agravo regimental (fl. 250).

Contestando a ação, o Ministério Público Federal alega, preliminarmente, a insuficiência do depósito exigido pelo inciso II do art. 488 do CPC. No mérito, afasta a alegação de incompetência do juízo prolator da sentença condenatória, eis que não há que se falar em conexão entre causas cíveis e criminais, mormente quando independentes as instâncias de responsabilidade. Em relação à prescrição, afirma que o argumento deduzido pelo autor é contraditório,

pois, a despeito de falar na inaplicabilidade da Lei de Improbidade aos fatos cometidos anteriormente à sua vigência, diz que incidiria na espécie o constante do inciso I do art. 23 da referida lei, e não o inciso II. Além disso, sustenta a aplicabilidade imediata da norma relativa à prescrição aos fatos pretéritos. No que tange à alegação de cerceamento de defesa, esclarece que a pretensão é de revisão do conjunto probatório, tido pelo autor como insuficiente a uma condenação na ação de improbidade.

Também em sede de contestação, a União reproduz integralmente os fundamentos da contestação do Ministério Público Federal.

Em réplica, esclarece o autor que juntou, à fl. 208, prova de que se aposentou no cargo que ocupava junto ao Banco Central do Brasil no ano de 1990, o que comprovaria a ocorrência da prescrição quinquenal, além de reafirmar os argumentos deduzidos na inicial.

É o relatório. Distribuam-se cópias aos magistrados integrantes da 2ª Seção. (RITRF-1 – art. 247.)

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia: — Primeiramente, conheço da ação rescisória, porquanto, muito embora não tenha adotado a melhor técnica processual, sustenta ter sido a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente (inciso II do art. 485 do CPC), bem assim ocorrido violação literal a disposição de lei (inciso V do mesmo artigo) — permissivo no qual se alega a ocorrência de prescrição e o cerceamento de defesa. Aliás, é bem ver, no que diz respeito à prescrição, que o argumento centrado na irretroatividade da Lei de Improbidade, por si só, acarretaria o conhecimento da presente ação, eis que estar-se-ia a sustentar, sob outra ótica, a negativa de vigência da lei anterior (Lei 3.502/1958). É que, como ensina Fredie Didier Júnior, “há violação à lei, para efeito da ação rescisória, não apenas quando se contraria expressamente o dispositivo normativo, aplicando-o onde não cabe, mas também quando se lhe nega vigência”¹.

*. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

¹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais*

Analiso, inicialmente, a preliminar de insuficiência do depósito.

O art. 488 do CPC efetivamente determina que a ação rescisória deverá ser proposta acompanhada do depósito, pelo autor, da importância de cinco por cento do valor da causa, a título de eventual multa.

Pretende o Ministério Público Federal que o valor da causa seja equivalente ao valor atualizado da condenação (R\$ 170.000,00), e não ao valor da causa indicado na Inicial da ação de improbidade, atualizado (R\$ 8.486,76).

Todavia, não é isto que prevê a lei processual, que não fala em valor da condenação, mas em valor da causa principal. Competiria à parte contrária ao proponente da ação rescisória, querendo, impugnar o valor da causa principal, para fazê-lo corresponder ao valor do benefício ou prejuízo econômico em causa, ou atribuir corretamente este valor na Inicial da ação de improbidade, e não, em sede de contestação na ação rescisória, pretender a sua elevação. É certo que em alguns julgados encontra-se o entendimento de que o valor a ser considerado possa corresponder ao da condenação, se inferior ao valor da causa. Mas tal entendimento visa simplesmente evitar um indevido encargo a quem já foi beneficiado pela redução produzida pela sentença. Não é o caso aqui, onde o valor da causa principal, até o presente, mantém-se inalterado, e é inferior ao da condenação.

Em um dos poucos precedentes deste Tribunal que puderam enfrentar a matéria, consignou-se, do mesmo modo:

Improcedência da preliminar de insuficiência do depósito (CPC, art. 488, II), uma vez que na ação rescisória o valor da causa deve corresponder ao atribuído à ação originária, atualizado monetariamente, e não ao valor que o réu pretende executar (CPC, art. 604). (AR 2000.01.00.015204-0/DF, relator conv. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 3ª Seção, 24/05/2005, DJ, p. 1).

Assim, rejeito a preliminar de insuficiência de depósito suscitada pelo órgão ministerial.

Em relação às alegações de incompetência do juízo sentenciante e de cerceamento de defesa, adoto

processo nos Tribunais, vol. 3, 3ª edição, Editora JusPodivm: 2007, p. 327.

como razões de decidir as precisas considerações expendidas pelo Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira quando do julgamento do agravo regimental contra o indeferimento da liminar, *in verbis*:

(...) O fundamento de que o juiz era incompetente não merece acolhida, porquanto do mesmo fato jurídico — obtenção de vantagem pessoal, em decorrência do exercício do cargo público — exsurgem duas espécies de responsabilidade: a penal e a civil. Aquela foi apurada na ação que tramita na 12ª Vara Federal, que tem competência em matéria da espécie; a segunda responsabilidade (civil) foi apurada mediante ação de improbidade, de natureza cível, por isso que processada em vara federal cível.

E como a sentença penal absolveu o réu por “insuficiência de prova”, por “não existir prova de ter o mesmo concorrido para a infração penal”, cf. art. 386, IV, do Código de Processo Penal, cf. sentença por cópia às fls. 36-69, a responsabilização civil poderia ser deflagrada em processo dessa natureza, pois sendo distintas, a decisão do processo criminal só a impediria se nele se proclamasse a inexistência do fato ou que o réu não é o seu autor.

O fundamento concernente ao cerceamento de defesa demanda produção de prova na instrução desta ação rescisória, não se podendo dizer que a mera afirmação do juiz de que o réu (na ação cível) não provou o fato em que sua defesa se arrimou como definitivo, só o exame do contexto probatório é que poderá levar à convicção de que o direito de defesa foi maltratado. (...)

Já no que tange à prescrição da pretensão condenatória, tenho que assiste razão ao autor. Vejamos o caso em exame. Os fatos a ele imputados referem-se ao período em que este exerceu o cargo de Diretor de Fiscalização do Banco Central, de 1985 a 1990. A ação de improbidade foi proposta em 1998, mais de 7 (sete) anos depois da infração, com fundamento na antiga Lei 3.502, de 1958, e na Lei 8.429, de 1992. Pois bem. O *Parquet* deduziu apenas a pretensão de perda dos valores ilícitamente recebidos — esta prevista na Lei 3.502/1958 —, valendo-se, no entanto, do rito processual da Lei de Improbidade. A seu turno, considerou o juízo sentenciante, quanto à dimensão intertemporal das leis em comento, não haver se implementado a prescrição alegada com as seguintes considerações:

(...) Já de início, cumpre deixar mais clara a questão relativa ao direito intertemporal na qual se insere presente demanda. É que, na hipótese dos autos, os fatos que deram ensejo à propositura da presente ação datam do período de 1988 a 1990

época anterior mesmo à edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que, ao regulamentar o art. 37, § 4º, da CF/1988, tipificou e cominou sanções para os casos de improbidade administrativa traçou algumas normas procedimentais específicas para o processo por ato de improbidade. É, portanto, uma norma mista, com conteúdo de direito material e de direito processual.

Ora, no que toca às normas de conteúdo material, que tipificam condutas ímprobas e lhes comina sanções, resta evidente que a norma não pode ter eficácia retroativa, a ponto de alcançar atos cometidos antes da edição da Lei. Daí inclusive ter o MPF, já na inicial, apontado como fundamento de sua pretensão a Lei Bilac Pinto (3.502/1958) que, à época dos fatos, era a norma aplicável aos atos de improbidade, embora sua aplicação se restringisse às hipóteses de enriquecimento ilícito.

De outro lado, cumpre ter claro que as normas de cunho processual, como as previstas nos arts. 16, 17 e 18 da Lei 8.429/1992, têm aplicabilidade imediata inclusive no que toca aos processos em curso na data da publicação da Lei. Daí que um processo iniciado após a edição de tal lei, como sói ser o caso em tela, ainda que se refira à conduta praticada antes do advento da lei, e, portanto, regulada (no aspecto material) por outro diploma legal, deve necessariamente seguir as normas processuais traçadas pela lei nova. Neste caso análogo, já decidiu o E STJ:

“Tributário. Processual civil. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Posses ilidade. A partir da Lei 11.051/2004.

1. A jurisprudência do STJ, no período anterior à Lei 11.051/2004, sempre foi no sentido de que a prescrição intercorrente em matéria tributária não podia ser declarada de ofício.

2. O atual parágrafo 40 do art. 40 da LEP (Lei 6.830/1980), acrescentado pela Lei 11.051, de 30/12/2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso.

3. Recurso especial a que se dá provimento, sem prejuízo da aplicação da legislação superveniente, quando cumprida a condição nela prevista.” (Resp – Recurso Especial – 735220 – Relator Min. Teori Albino Zavascki – DJ data: 16/05/2005 página: 270 – Grifamos.)

Decorre daí que as normas referentes à prescrição, por serem de natureza processual, têm aplicabilidade imediata. A Lei 8429/1992, em seu art. 23, expressamente dispôs que o prazo prescricional para os casos de improbidade é de: a) 5 anos após data em que o réu deixar o exercício do mandato, cargo ou função e b) o mesmo prazo previsto e específicas para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

No caso em tela, em que pese ter o réu deixado o cargo que ocupava no DC em 1990, e mesmo a despeito de somente ter sido proposta a presente ação em fevereiro de 1998, tenho que não há que se falar em prescrição.

É que o art. 23, II, expressamente dispõe que a prescrição também ocorre no mesmo prazo previsto em lei especial para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Ora, a Lei específica é a 8.112/1991, que em seu artigo 142, § 2º, dispõe que a os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

Na hipótese dos autos, tenho ser inegável que a conduta imputada ao réu efetivamente é capitulada como crime, de vez que, em tese, a conduta imputada ao autor, qual seja, o recebimento de vantagem indevida, em razão do cargo que ele exercia, efetivamente pode ser tipificada como crime (art. 317 do CPB).

Neste ponto, é necessário que se tenha claro o sentido e o alcance da expressão “infrações capituladas também como crime”. Capitular significa qualificar, enquadrar uma dada conduta aos tipos de ação abstratamente previstos no CPB. Não se confunde, pois, “conduta capitulada como crime” com conduta punida como crime, ou com condenação por crime, que pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Na realidade, tendo-se em conta que a teor do disposto no art. 41 do CPP é requisito da denúncia que esta contenha “a exposição do fato criminoso, com todas suas circunstâncias” e a ‘classificação do crime’, tem-se que ao referir-se a condutas ‘também capituladas como crimes’ o legislador quis fazer menção àquelas condutas que são passíveis de serem objeto de denúncia, isto é, aqueles fatos que configuram justa causa para a instauração da ação penal. Assim, sempre que a conduta imputada ao réu numa ação de improbidade puder, em tese, ser objeto de uma ação penal (quando, abstratamente de sorte a configurar justa causa), é de se aplicar o prazo prescricional previsto na lei penal, que, *in casu*, tal conduta será também capitulada como crime.

O que se deve verificar para a definição do prazo prescricional, assim, é se a conduta imputada ao réu na inicial de improbidade pode ser capitulada como crime. Não se perquire se houve condenação criminal, hipótese em que inclusive os efeitos da coisa julgada, quanto à materialidade e autoria se projetariam da ação penal para a ação civil.

Decorre daí que, no caso em tela, configurando-se a conduta imputada na inicial ao Réu como conduta tipificada como crime, o prazo prescricional deve ser o mesmo previsto na lei penal. Ademais, cumpre notar que tendo o Réu sido denunciado como incurso nas penas do crime previsto no art. 317 do CPB, e tendo a denúncia sido recebida pelo juiz criminal, que inclusive expressamente deixou consignado em sua decisão de recebimento que o fazia ‘por se acharem satisfeitos os requisitos o art. 4º do Código de Processo Penal e por considerar presentes os motivos que justificam a “persecutio criminis”, não há dúvidas de que efetivamente a conduta imputada ao réu podia ser validamente capitulada (isto é, classificada) como crime. De fato, dispondo o art. 43 do CPP que a denúncia será rejeitada quando o fato narrado evidentemente constituir crime, tem-se que o fato de ter sido recebida a denúncia é, por si só, suficiente para atrair a incidência do prazo prescricional previsto na lei penal, a teor do disposto no art. 23, II, da Lei de improbidade c/c o § 2 do art. 142 da Lei 8.112/1991. E nem se alegue que o fato de ter o réu sido absolvido por falta de provas no processo criminal tem o condão de impedir tal aplicação.

A uma, porque, como expressamente dispõe o art. 66 do CPP, a sentença penal absolutória que não reconhecer categoricamente a inexistência do fato não obsta a propositura de uma ação civil. Aliás, nesse sentido é claro o art. 935 do CC, ao dispor que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal. Ora, no caso em tela, a sentença absolutória teve como fundamento a falta de provas, e não a inexistência do fato ou negativa de autoria, não exercendo qualquer efeito na presente ação.

A duas, porque ainda que se pudesse argumentar que a absolvição no processo penal, por qualquer motivo, teria efeitos nesse processo (o que, como visto, admite), o fato é que tal sentença ainda não transitou em julgado, posto que foi objeto de apelação por parte do MPF. A rigor, assim, o réu ainda está respondendo a uma ação criminal, pela qual poderá vir a ser condenado. Nestas condições, não vejo como não se possa afirmar que a conduta objeto do presente processo não possa ser “capitulada também como crime” Daí que, levando-

se em conta o prazo prescricional previsto para a conduta capitulada como crime (art. 317 e art 109, III, do CPB) — 12 anos — não há que se falar em ocorrência de prescrição. Rejeito, pois, a prejudicial de mérito. (...)

Insurge-se contra esse entendimento o autor na presente ação rescisória, insistindo na ocorrência da prescrição quinquenal. Surge aqui uma primeira questão: teria a Lei de Improbidade administrativa efeitos retroativos no que concerne às normas que regem a prescrição? O Código Civil de 2002 estabeleceu expressamente as regras de retroação das novas disposições acerca dos prazos nele previstos (arts. 2.028 a 2.030), o que não se dá na hipótese dos autos, motivo pelo qual deve a matéria ser regulada pelo critério geral contido no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil. A esse respeito, irretocáveis as lições de Câmara Leal², *in verbis*:

(...) Segundo esse dispositivo, a nova lei não poderá, em caso algum, prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada.

Donde, a contrário sensu, se infere que a nova lei deve ser aplicada aos fatos passados, cujos efeitos se operam sob o seu domínio, quando não haja, para o titular, um direito adquirido do qual esses efeitos sejam apenas uma manifestação.

Ora, na prescrição, enquanto esta não se consuma pela expiração do prazo prescricional, não há para o prescribente um direito adquirido, porque, antes dessa consumação, ele não pode invocá-lo, nem fazer reconhecê-lo. Portanto, a nova lei, publicada antes da expiração do prazo prescricional, vem surpreender a prescrição em curso, quando ela não constitui ainda um direito adquirido, mas mera expectativa, cuja realização depende do decurso do tempo fixado pelo legislador, e deve, pois exercer sobre ela toda a sua autoridade, subordinando-a ao seu novo império.

Em nosso direito, portanto, que aceitou a doutrina da irretroatividade relativa da lei, negando-lhe retroatividade somente quando esta viria ofender um direito adquirido, um ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, não há dúvida que as leis que regem a prescrição são retroativas em relação às prescrições não consumadas, e irretroativas em relação às prescrições já consumadas.

Omitiu, porém, nosso legislador as regras de aplicação da nova lei às prescrições em curso, afastando-se da lei alemã, que as estabelece, e deixando, portanto, a cargo da doutrina a sua fixação. Quan-

to ao início da prescrição, embora alterado pela lei nova, é claro que, tratando-se de um fato anterior a esta, deve reger-se pela lei vigente ao tempo em se verificou.

Quanto às condições, suspensão ou interrupção da prescrição, devem ser regidas pelas duas leis, cada uma regulando-as relativamente ao tempo decorrido sob a sua vigência.

Quanto ao prazo prescricional, três hipóteses podem verificar-se:

1ª) a nova lei mantém o mesmo prazo da lei antiga;

2ª) a nova lei estabelece um prazo mais curto do que o da lei antiga;

3ª) a nova lei estabelece um prazo mais longo do que o da lei antiga.

Na primeira hipótese, não havendo conflito entre as duas leis, a prescrição prossegue o seu curso normal, sem qualquer modificação (...)

Estabelecendo a nova lei um prazo mais longo de prescrição, essa obedecerá a esse novo prazo, contando-se, porém, para integrá-lo, o tempo já decorrido na vigência da lei antiga. (...)

Maria Helena Diniz, comentando a Lei de Introdução ao Código Civil, na mesma linha de entendimento, assevera que “a nova lei sobre prazo prescricional aplica-se desde logo se o aumentar, embora deva ser computado o lapso temporal já decorrido”³.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido indicado por Câmara Leal, afirmando que a irretroatividade das leis não absoluta, senão vinculada à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Nessa esteira, confira-se o seguinte julgado:

Ementa: Recurso extraordinário. Incorporação de gratificação pelo exercício de cargos comissionados. Falta de prequestionamento das questões relativas aos artigos 5º, II, LXIX, 37, caput, e 169 da Constituição (Súmulas 282 e 356). — Por outro lado, no tocante à alegação de ofensa a ato jurídico perfeito e a direito adquirido, essa violação inexistente, como demonstrou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence ao indeferir, em caso análogo ao presente, o pedido de suspensão de segurança nº 1.033, “verbis”: ‘De logo, a situação não parece ser de retroação, mas de aplicação imediata; de outro lado, quando se entendesse ser o caso da

²Leal, Antônio Luís da Câmara, *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*, 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 88-91.

³Diniz, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 195.

chamada "retroatividade mínima" (Matos Peixoto, apud Moreira Alves, ADIN 493, RTJ 143/724, 744), o certo é que a proibição constitucional da lei retroativa não é absoluta, mas restrita às hipóteses de prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, 1953, IV/126), do que, evidentemente, não se trata. Até porque, de regra, não os pode invocar contra o particular o Estado de que dimana a lei nova". Recurso extraordinário não conhecido. (RE 244.931/PA, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento de 18/06/2002, 1ª Turma).

Se é verdade que no curso do prazo prescricional não se há falar em direito adquirido, uma vez que não se implementou a condição de sua existência — o decurso de determinado lapso temporal —, é também verdade que a nova lei que altere a regência desse prazo deve ter efeitos retroativos — ou efeitos imediatos fortes⁴ —, sendo assim, aliás, vocacionada a doutrina pátria. Não é demais, outrossim, destacar o entendimento dos autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁵, que, comentando o tema especificamente no que toca à Lei de Improbidade, asseveraram com percuciência:

(...) Em nosso entender, a prescrição que tenha se principiado sob o domínio de determinada lei não confere direito adquirido a quem quer que seja. Justifica-se a assertiva, pois até a expiração do lapso prescricional existia uma mera expectativa de direito de que a pretensão passível de ser deduzida em juízo seria por ele regida. Tal expectativa, para se concretizar, dependia da implementação de todos os requisitos exigidos em lei, dentre eles, e primordialmente, o decurso integral do lapso de prescrição. Revogado o elemento vivificador do direito antes que deste, tal qual a borboleta que sai do seu casulo, adquirisse vida própria, não haverá que se falar em direito adquirido à prescrição prevista na lei antiga, mas tão-somente em uma expectativa de direito frustrada antes de sua densificação fática. (...)

Como se vê, são vigorosas as vozes quanto à aplicação imediata da norma que discipline o lapso

prescricional, ainda que alcance situações jurídicas deflagradas sob a égide de lei antiga, respeitada, obviamente, a prescrição já consumada.

Como se colhe da sentença aqui objurgada, o juízo de primeira instância considerou ter a norma relativa à prescrição a natureza de norma processual, pelo que teria efeitos imediatos, aplicando-se, portanto, aos fatos pretéritos. Não está correta a premissa adotada pelo magistrado de primeira instância, tanto mais tenha a doutrina entendimento consolidado no sentido de que a prescrição é questão de direito material⁶, e não de direito processual. Arnaldo Rizzardo aponta, nesse específico, que a prescrição "*embora se trate de direito material*", apresenta-se, quando cabível, como uma preliminar ao direito de fundo ou ao mérito da ação (...) Daí, antes de ingressar no mérito do direito reclamado, a parte acionada apresenta a exceção da prescrição, que se apreciará previamente às demais matérias concernentes ao direito propriamente discutido ou procurado⁷ (grifo nosso).

Na verdade, a aplicabilidade imediata da Lei de Improbidade no que concerne à prescrição decorre do fato de que não é possível identificar um direito adquirido a determinado prazo prescricional quando este ainda está em curso. Por razão diversa da adotada na sentença, portanto, entendo que a Lei nova, ao regular a matéria concernente à prescrição, tem efeitos retroativos, incidindo sobre fatos praticados antes da sua vigência.

⁴Segundo Paul Roubier, "é preciso estabelecer a diferença entre o efeito imediato da lei e o efeito retroativo: em uma situação jurídica em curso de constituição (como é o caso da prescrição), o efeito imediato da lei nova exerce livre influência sobre a constituição definitiva da situação, com a condição de não retroagir sobre os elementos pertencentes ao passado", in *Le Conflits de Lois dans le Temps*, tomo II, p. 237.

⁵Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. *Improbidade Administrativa*, 2ª edição rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 563-566.

⁶A prescrição é o efeito jurídico que se extrai da inércia do titular de um direito, impedindo-o de exercer a pretensão condenatória correspondente, sendo inegável o seu caráter de direito material. Nesse sentido, o magistério inconstatável de Agnelo Amorim Filho, in *Revista de Direito Processual*, n.º 3, p. 95 e segs., apud, Calmon de Passos, obra citada, p. 274. No mesmo sentido e fazendo expressa referência ao magistério supra, Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto, *Prescrição e decadência*, in *Revista de Processo* n.º 29, 1983 pp. 57 e seguintes, especialmente p. 63. Sempre que se fala em fulminação de uma pretensão condenatória, seja qual for a sua natureza, se está a falar em norma de direito material. Não se pode inferir do fato de que a prescrição geralmente é apresentada na forma de exceção — porque disposta a repelir o exercício de uma tutela — a sua qualidade de questão processual. Ou seja, muito embora tenha sido tradicionalmente classificada como exceção, a prescrição é questão de direito material, natureza que a doutrina e a jurisprudência têm como pacífica.

⁷Rizzardo, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 596 e 597.

Pois bem. A Lei de Improbidade, inovando quanto à prescrição das pretensões condenatórias nela previstas — inclusive a de perda de valores indevidamente auferidos, como no caso dos autos —, estabeleceu:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem se propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Nesse ponto, a Lei 8.429/1992 é suficientemente clara quando dispõe sobre os termos inicial e final do prazo prescricional para a punição administrativo-disciplinar dos agentes públicos acusados de atos de improbidade: a) termo inicial: – para os agentes que exercem mandato, cargo em comissão ou função de confiança, conta-se do término do mandato, da exoneração ou da dispensa; – para os que exercem cargo de provimento efetivo ou emprego público, conta-se da data do fato, considerando que o vínculo é permanente, a princípio; termo final: para os ocupantes de mandato, cargo em comissão ou função de confiança, é o prazo de cinco anos; e para os ocupantes de cargo efetivo ou emprego público, será o prazo fixado em lei específica (federal, estadual, ou municipal) para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

No caso dos autos, o autor era ocupante de cargo de Diretor de Fiscalização do Banco Central do Brasil, no período que vai de 2 de setembro de 1985 a 9 de dezembro de 1990, sendo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Conquanto não se possa falar que o autor da presente ação ocupava cargo efetivo, não se pode negar que era empregado público, já que sua relação funcional era trabalhista, e não estatutária – devendo-se atentar para o fato de que o seu ingresso ocorreu antes da promulgação da Constituição vigente.

Se é assim, dever-se-ia dar vazão ao disposto no inciso II do art. 23, que faz referência ao prazo prescricional previsto em lei específica, tida pelo magistrado como sendo a 8.112/1990. Ocorre que, no período em que o autor exerceu o cargo de Diretor de Fiscalização no Banco Central do Brasil, estava a relação empregatícia regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, e não pela Lei 8.112/1990, que entrou em vigor no dia 1º

de janeiro de 1991, após o pedido de aposentadoria do sentenciado.

Dentro dessa regência legal — CLT — não há previsão de prazo prescricional para que o empregador possa demitir o empregado, com ou sem justa causa, haja vista inexistir a garantia de estabilidade à própria relação empregatícia. “Enquanto vigente o regime da CLT, não estava o Banco Central, como empregador, sujeito a qualquer prazo prescricional para investigar e decidir acerca da demissão do Autor, se presentes os fundamentos de fato necessários a motivar o ato de demissão” (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC nº 2000.01.00.076524-6/PA). No regime jurídico instaurado pela Lei 8.112/1990 previu-se prazo prescricional para a aplicação de sanções, inclusive a de demissão, não se podendo falar, contudo, em aplicação retroativa dessa disposição legal. Nesse caso, o autor encerrou a sua relação com a autarquia sob o regime celetista, no bojo do qual completou todos os requisitos para a concessão do benefício da aposentadoria, sendo deveras importante ressaltar que o art. 243 da Lei 8.112/1990, que transformou os empregos públicos em cargos públicos, com a transposição dos servidores celetistas para o regime estatutário, não se aplica aos servidores aposentados ou falecidos sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, anteriormente ao advento do Regime Jurídico Único.

Nessa senda, o inciso II do art. 23, que seria aplicável à hipótese dos autos em razão do fato de que o autor era empregado público, perde aplicabilidade pelo fato de que a lei específica a que faz referência o dispositivo não existe para a situação do autor.

Diante desse quadro, tenho como aplicável o inciso I do art. 23, eis que inegavelmente a função exercida pelo autor — Diretor de Fiscalização do Banco Central do Brasil — tinha caráter de chefia (direção, chefia ou assessoramento). Na acumulação de emprego público ou cargo efetivo com exercício de função comissionada, entende a jurisprudência desta Corte pela incidência do inciso II, e não do inciso I⁸. Mas, como no presente caso, o inciso II não tem aplicabilidade em face da inexistência da legislação específica regulando o prazo prescricional para a pena de demissão, é de ser aplicado, subsidiariamente, o inciso I, que prevê um prazo de

⁸AC 2001.38.00.006406-3/MG, 4ª Turma, Rel. Juiz Federal Alexandre Vidigal de Oliveira (conv.), decisão de 26/07/2005.

cinco anos a contar do término do exercício da função pública.

Tendo o autor ocupado o emprego público até o dia 9 de dezembro de 1990, é certo que prescreveu o direito de deduzir-se contra o autor a pretensão de perda de valores eventualmente recebidos ilicitamente, pois a ação civil pública fora ajuizada no ano de 1998, portanto, aproximadamente oito anos depois dos fatos tidos como ilícitos.

Ficam prejudicadas, assim, as demais questões suscitadas.

Tal o contexto, julgo procedente a presente ação rescisória, para, reconhecendo a prescrição que atingiu a pretensão condenatória deduzida contra José Tupy Caldas de Moura, desconstituir a sentença que o condenou ao perdimento em favor da União de R\$ 760.000,00 (setecentos e sessenta mil cruzeiros novos).

É o voto.

Voto Vogal Preliminar (Insuficiência do Depósito)

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, estou de acordo, o réu devia ter impugnado o valor da causa. Se ele entendia que aquele valor não corresponderia, na verdade, ao valor econômico da causa, devia ter impugnado; se não impugnou, tem de assumir, agora, e arcar com o ônus da sua negligência e inércia.

Acompanho o Relator.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, pelo que estou entendendo, os fatos tidos como ímprobos ocorreram antes da Lei 8.429/1992. O Ministério Público Federal quer aplicar essa Lei de Improbidade, que, apesar de não ter natureza penal, muito se aproxima dessa natureza penal, a fatos que já tinham ocorrido; quer dizer, se quer retroagir uma lei de quase natureza penal a fatos já passados. Isso é impossível. Como pode aplicar-se uma lei a fatos que já tinham ocorrido? E não é só em penal, não, é qualquer lei. A lei é para o futuro, e não para o passado. Então,

não sei nem como foi julgado isso. Não sei como os juizes não se atentaram para isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — O argumento, Desembargador Federal Tourinho Neto, seria de que esse prazo de cinco anos ...

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Não quero nem prazo.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali: — Posso esclarecer. A inicial da improbidade está aqui, em minhas mãos, e o tipo é referido tanto na Lei 3.502, na Bilac Pinto, quanto na Lei 8.429. O que fez o Ministério Público Federal foi dar o rito da Lei 8.429, porque seria matéria processual, mas o direito material é da Bilac Pinto.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Nem uma coisa, nem outra. Se uma lei já está revogada, como vai se aplicar? Não poderia ir para a Lei de Bilac Pinto nem para a Lei 8.429, de 1992. Os fatos já haviam acontecido.

Acompanho o Relator por outros fundamentos, porque entendo que essa lei não poderia ser aplicada, nem materialmente nem formalmente, para atingir fatos passados, com tipicidade diferente.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Desembargador Federal Tourinho Neto, houve uma sucessão de leis. A lei anterior tipificava a mesma conduta. Veio uma lei nova e tipifica igualmente a mesma conduta, só que de forma mais grave. Por obra de milagre, a forma mais grave de tipificação não alcançou o autor da rescisória, pelo simples fato de ele ser celetista e aquela explicação que deu o Doutor Saulo. Entendi dessa forma: que se aplicaria, ainda que de forma ultrativa, a lei anterior, apesar de a lei nova tratar do mesmo assunto.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Vossa Excelência acompanha o Relator?

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Por outros fundamentos, acompanho.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, fala-se nessa Lei Bilac Pinto, a Lei 3.502, mas o enquadramento da conduta não foi feito

nessa Lei. Essa é a realidade. Não foi feita nessa Lei. A ação de improbidade, processualmente, tramitou sob a égide da Lei 8.429 e o enquadramento da conduta como ato ímprobo também na Lei 8.429. Então isso, *data venia*, é aplicação retrospectiva da lei, e não aplicação prospectiva, como é não de elucubração jurídica, mas é do próprio sistema. Não se pode aplicar para o passado uma disposição que é feita agora. Na verdade, o princípio que está sendo violado é o de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da lei. É uma garantia constitucional, é o princípio da legalidade. E esse princípio da legalidade foi afrontado na medida em que se está pedindo que se aplique lei que não vigia ao tempo em que foi praticado o fato.

Então, por entender que foi violado o princípio da legalidade neste processo, acompanho o eminente Relator na sua conclusão de acolher a ação rescisória, julgando-a procedente.

Voto Vogal

Mérito

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — Senhor Presidente, uma vez, como bem esclareceu o eminente Relator, aplicando-se o art. 23, inc. I, da Lei de Improbidade, na espécie, já teria decorrido o prazo de 5 anos e, portanto, estaria prescrita a ação que condenou o autor da ação rescisória, acompanho o voto.

Terceira Seção

Agravo Regimental na AR 2006.01.00.042931-6/BA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Agravante: Hermano Lobo Cardoso
Advogado: Dr. Jairo Andrade de Miranda
Agravada: decisão de fl. 134
Publicação: DJ 2 de 28/09/2007

Ementa

Agravo regimental. Ação rescisória. Justiça gratuita. Requisitos não cumpridos. Extinção sem julgamento do mérito. Indeferimento da petição inicial. Autorização pelo art. 490 do CPC. Não ocorrência.

I – Para obtenção dos benefícios da Justiça gratuita, presume-se o estado de necessidade mediante simples afirmação da parte interessada, na petição inicial, de próprio punho, ou por intermédio de procurador legalmente constituído com poderes específicos para tal fim, e desde que os elementos constantes dos autos não infirmem o conteúdo da declaração (Lei 1.060/1950, art. 4º, § 1º). A carência de recursos deve ser declarada pela parte ou por procurador constituído com poderes específicos para tal fim, o que é imprescindível para fins de responsabilização civil e penal do signatário em caso de se verificar não ser verdadeira a condição de pobreza declarada.

II – Hipótese em que se postula unicamente a condenação da CEF ao pagamento de honorários na fase de execução, direito autônomo de que é titular o advogado (art. 23 da Lei 8.906/1994), o qual igualmente não demonstrou carência financeira que o impossibilite de arcar com os encargos processuais.

III – Agravo regimental não provido.

Acórdão

Decide a Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 18/09/2007.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Trata-se de agravo regimental interposto por Hermano Lobo Cardoso de decisão em que indeferiu a petição inicial da presente ação rescisória, em razão de o autor não haver atendido à determinação judicial de instruir o pedido de assistência judiciária gratuita, por meio de declaração de necessidade de próprio punho, para fins de concessão do benefício.

Inconformado, alega o agravante que a decisão ora agravada contraria dispositivo constitucional que

prevê o julgamento da causa pelo colegiado (CF/1988, arts. 107 e 108, I, *b*). No mérito, entende que a jurisprudência é firme no sentido de que basta a simples afirmação de necessidade para o benefício ser concedido. Alega que, na ação cuja decisão final pretende rescindir, o benefício foi deferido.

Por tais razões, pede o provimento do agravo, para dar seguimento à ação, com a manifestação explícita do quanto ora exposto, nos termos do art. 93, IX, da CF/1988.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Rejeito a alegação de nulidade da decisão agravada, pois o art. 490 do CPC autoriza expressamente o relator a indeferir a petição inicial de ação rescisória, quando, entre as hipóteses ali indicadas, ela apresentar defeitos ou irregularidades capazes de impedir o julgamento de mérito (CPC, arts. 284 e 295) e quando não for efetuado o depósito exigido pelo art. 488, II. É o caso dos autos. O princípio do julgamento pelo colegiado está sendo observado com a submissão do presente agravo regimental ao órgão colegiado competente.

Trata-se de ação rescisória contra decisão que, em execução de sentença condenatória à recomposição de conta vinculada de FGTS (diferenças de correção monetária expurgadas e juros progressivos), não impôs à CEF condenação em honorários na fase de execução, porque iniciada esta após a edição da Medida Provisória 2.164-40, que acrescentou o art. 29-c à Lei 8.036/1990.

Na petição inicial da presente ação rescisória, o autor, ora agravante, postulou a concessão dos benefícios da justiça gratuita, por “não possuir condições de arcar com os ônus processuais sem o imediato prejuízo do seu sustento e de sua prole” (fl. 3).

À fl. 78, determinei que o autor promovesse a regularização de sua representação processual, trazendo aos autos instrumento original de procuração conferindo poderes ao advogado que subscreve a inicial, bem como que comprovasse o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício da justiça gratuita, sob pena de indeferimento do pedido. No citado despacho, observei que cópia de procuração juntada na ação originária não é suficiente para a propositura de ação rescisória, citando o seguinte precedente do STJ:

Processual civil. Ação rescisória. Procuração. Fotocópia. Impossibilidade.

1. Não é cabível instrumentalizar petição inicial de ação rescisória com fotocópia, mesmo que autêntica, de procuração outorgada no processo

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira e Selene de Almeida. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Fagundes de Deus.

anterior. (AgRg no Ag 98.342/RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 09/11/1998, p. 131).

Em resposta (fl. 80), o autor alega que, de acordo com a lei que rege a gratuidade, basta a simples afirmação de necessidade para que seja deferido o benefício, entendimento esse esposado pelo STF, conforme acórdãos juntados aos autos (fls. 81-95). Requereu, ainda, que, caso mantido o despacho, “para evitar perecimento do direito solicita a intimação pessoal do autor, já que o tempo concedido foi exíguo e o referido, segundo informações de sua filha, se encontra viajando.”

À fl. 97, concedi ao autor o prazo suplementar de 30 (trinta) dias para cumprir o despacho de fl. 78.

Às fls. 99-100, o autor pede a juntada de cópia do instrumento de mandato em nome de seu advogado, outorgado em 1997 para a propositura da ação na qual proferida a decisão rescindenda, oportunidade em que volta a sustentar que o entendimento do STF é o de que basta a simples afirmação de necessidade para a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Observe que não foi cumprida sequer a parte do despacho que determinou fosse trazido aos autos instrumento original de procuração, já que, segundo a jurisprudência do STJ citada no próprio despacho descumprido (fl. 78) “não é cabível instrumentalizar petição inicial de ação rescisória com fotocópia, mesmo que autêntica, de procuração outorgada no processo anterior”.

Mediante o despacho de fl. 102, indeferi o pedido de gratuidade de justiça e assinei o prazo de 5 (cinco) dias para o autor providenciar o pagamento das custas judiciais, bem como o depósito de que trata o inciso II do art. 488 do CPC, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Às fls. 104-132, o autor limitou-se a reiterar que basta a simples afirmação de necessidade para a concessão do benefício.

Não tendo sido cumprida a determinação judicial de fl. 102, indeferi a petição inicial e extingui o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (fl. 134).

Contra essa decisão, o autor interpôs agravo regimental (fls.136-137), reiterando as mesmas razões expostas em suas manifestações anteriores.

Assim postos os fatos, observo que o real interessado no êxito da presente ação não é o autor, mas seu advogado, que, por força do disposto no art. 23 da Lei 8.906/1994, será o titular dos pretendidos honorários não estabelecidos na sentença que terminou a fase de execução, condenação esta que é o único objeto da ação rescisória.

Por este motivo, revendo, em parte, o despacho de fl. 78, entendo que não é realmente necessária a juntada de nova procuração para a rescisória, na linha do precedente o STJ nele citado. Isto porque é evidente que o interesse em causa não é diretamente do autor da ação em que proferida a sentença rescindenda, mas daquele que foi seu advogado na causa. Seria o caso de extinção da rescisória por ilegitimidade ativa *ad causam*, não fosse a pacífica jurisprudência do STJ no sentido de que a legitimidade para a execução de honorários é conjunta da parte e de seu advogado, princípio este que entendo aplicável também ao ajuizamento da ação rescisória.

Se o interesse em disputa não é diretamente do autor da ação, mas de seu advogado, não deve ser dele exigida a juntada de procuração atual.

Também compartilho do entendimento — pacífico na jurisprudência — de que basta a simples afirmação do interessado de que não tem condições de arcar com as custas do processo e honorários sem prejuízo de sua própria subsistência e da de seus dependentes para o deferimento do benefício da assistência judiciária (Lei 1060/1950, art. 4º, § 1º).

Esta declaração, todavia, deve ser assinada pelo próprio interessado ou por procurador constituído com poderes específicos para este fim, o que é imprescindível para fins de responsabilização civil e penal do signatário em caso de se verificar não ser verdadeira a condição de pobreza declarada.

Nesse sentido:

Processual Civil. Despesas processuais. Justiça gratuita. Estado de hipossuficiência financeira declaração de hipossuficiência da parte. Falta. Requerimento formulado por procurador sem poderes para tanto.

1. Indispensável à obtenção do benefício da assistência judiciária a declaração de hipossuficiência da parte, firmada de próprio punho, ou por intermédio de procurador legalmente constituído, e desde que tenha poderes específicos para requerer o benefício.

2. Agravo desprovido. (AC 2006.01.00.045814-2/MG – Sexta Turma, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, por maioria, julg. em 20/08/2007.)

No caso, o autor, ora agravante, não juntou a declaração de que não tem condições de arcar com as custas do processo e honorários sem prejuízo de sua própria subsistência e da de sua família. Por outro lado, a procuração outorgada a seu advogado no processo de conhecimento não menciona este estado de necessidade e nem a ele confere poderes para fazer em seu nome tal declaração (fls. 67 e 100).

Registro, ainda, que, embora tenha sido alegado que tal benefício foi deferido ao autor no processo do qual deriva a presente rescisória, não foi juntada aos autos a decisão que o teria concedido. E, de qualquer forma, dado o tempo decorrido, não seria dispensável nova declaração de que persiste a conjuntura financeira precária do autor.

Ademais, no caso em exame, como o beneficiário do bem da vida postulado na rescisória será exclusivamente o advogado, penso que caberia a ele arcar com os encargos processuais e, caso não o possa fazê-lo sem prejuízo de seu próprio sustento familiar, declarar esta condição.

A procuração juntada aos autos indica que o autor comprometeu-se ao pagamento de “verba honorária equivalente a 20% do montante a ser levantado e um acréscimo de 10% em caso de utilização de instância superior e 2% para a confecção dos cálculos se necessidade houver.”

Não se presume que advogado em cujo contrato figura a cobrança de honorários no valor de 30% do êxito do cliente não tenha condições de arcar com as custas de ação rescisória ajuizada por ele com o objetivo de, além dos honorários contratuais e dos honorários de sucumbência no processo de conhecimento, obter honorários no processo de execução.

Em síntese, observo que, nas duas vezes em que foi intimado a emendar a inicial (fls. 78 e 97), para o fim de instruir o pedido de gratuidade de justiça com declaração de próprio punho ou de procurador com poderes para tal fim, o autor não atendeu à determinação.

Não considero demonstrado, mediante a necessária declaração de necessidade, nos termos do art. 4º, §

1º, da Lei 1.060/1950, que o autor e nem que seu advogado (o titular do direito postulado na rescisória) tenha direito ao benefício da assistência judiciária.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Quarta Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2000.38.00.025484-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Embargante: Fernando de Abreu Braga

Advogados: Dra. Madalene Salomão Ramos e outro

Embargada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Ementa

Processual Civil. Acórdão (majoritário e em apelação) que, todavia, apenas manteve a sentença. Ausente a “inversão de resultado” (redação atual do art. 530 do CPC). Embargos infringentes de que não se conhece.

I – Se o acórdão recorrido, publicado já na vigência da Lei 10.352/2001, embora majoritário e proferido em sede de apelação, apenas manteve a sentença, são inadmissíveis embargos infringentes, à míngua do atual requisito processual específico da “*inversão do resultado*”, exigido pelo art. 530 do CPC desde 26/12/2001.

II – Embargos infringentes de que não se conhece.

III – Peças liberadas pelo relator, em 29/08/2007, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 4ª Seção não conhecer dos embargos infringentes por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 29/08/2007.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:
— Por embargos infringentes opostos em 24/05/2007 (f. 177 e ss.), o embargante (particular) pede a reforma do acórdão majoritário da 8ª Turma do TRF1, que, em julgamento de 26/04/2005 (f. 138/142), nos termos do voto do Rel. Des. Federal Carlos Mathias, vencida a Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, negou provimento à sua apelação, *mantendo*, assim, a sentença (f. 105) da MMa. Juíza Federal Substituta Regina Maria de Souza Torres, da 12ª Vara/MG, datada de 23/09/2004, que, na AO 2000.25484-7, em que o autor (ora embargante) objetivava a não-incidência do IRRF sobre as complementações mensais de sua aposentadoria pagas pela entidade de previdência a que se vincula, e repetição desses indébitos, julgara improcedente.

O acórdão (f. 410) assim foi ementado:

Tributário. (...).

II – A complementação (...) está sujeita à incidência do Imposto de Renda (...).

Os embargantes (particulares) pugnam pela prevalência do voto-vencido (f. 144/7):

(...) a incidência do imposto de renda sobre o resgate dos valores vertidos às instituições de previdência privada, entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1995, constitui bis in idem, sendo vedada a bitributação no sistema tributário pátrio.

(...) dou parcial provimento à apelação do autor (...).

Impugnação às f. 199 e ss.

Admitidos os embargos infringentes em 01/08/2007 (f. 211), os autos foram distribuídos ao Des.

Federal Luciano Tolentino Amaral em 09/08/2007 e recebidos em gabinete em 10/08/2007. Trago-os nesta assentada.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — O acórdão recorrido apenas manteve a sentença, o que induz a inadmissibilidade dos embargos infringentes.

Eis a atual redação do art. 530 do CPC (a ele conferida pela Lei 10.352/2001):

Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime *houver reformado*, em grau de apelação, a *sentença* de mérito ou houve julgado precedente a ação rescisória (...). (Grifei.)

Este, o precedente paradigma:

Processual Civil. Acórdão (majoritário e em apelação) que apenas manteve a sentença. Ausente a “inversão de resultado” (redação atual do art. 530 do CPC). Embargos infringentes de que não se conhece.

1 – Se o acórdão recorrido, publicado já na vigência da Lei 10.352/2001, embora majoritário e proferido em sede de apelação, *apenas manteve a sentença, são inadmissíveis embargos infringentes, à míngua do atual requisito processual específico da “inversão do resultado”, exigido pelo art. 530 do CPC desde 26/12/2001.*

2 – Embargos infringentes de que não se conhece (...). (TRF1, EIAC 2000.34.00.019832-5/DF, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 4ª Seção, un., j. 28/03/2007.)

Pelo exposto, não conheço dos embargos infringentes.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Amorim, Catão Alves e os Exmos. Srs. Juizes Federais Anamaria Reis Resende (convocada) e Osmane Antônio dos Santos. Ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso.

Primeira Turma

Apelação Cível

1999.34.00.031805-9/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
Apelante: Ana Maria Mesquita de Pinho
Advogado: Dr. Mario de Pinho Costa
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Francis Christian Alves Bicca
Publicação: DJ 2 de 24/09/2007

Ementa

Previdenciário. Averbação de Tempo de Serviço Urbano. Estudante e dona-de-casa. Segurado facultativo. Filiação. Contribuições. Leis: 7.004/1982 e 8.213/1991. Decretos: 357/1991, 611/1992, 2.172/1997 e 3.048/1999. Impossibilidade. Recurso desprovido. Sentença mantida.

I – O pedido formulado refere-se à insurgência da apelante contra sentença que, julgando improcedente o pedido de declaração de tempo de serviço urbano, prestado pela mesma nas atividades de estudante e dona-de-casa, como segurada facultativa, nos períodos de 1964 a 1968 e 1974 a 1985, respectivamente, deixou de condenar o INSS a averbar o referido tempo de labor.

II – Reconhecimento de período de trabalho como estudante (1964 a 1968) que não encontra amparo na Lei 7.004/1982, que instituiu o Programa de Previdência Social dos Estudantes e determinou que o tempo de vinculação não seria considerado para efeito dos regimes de Previdência Social urbana e rural (art. 11). Somente a partir da égide da Lei de Benefícios (8.213/1991) instituiu-se a possibilidade de filiação dos estudantes como segurados facultativos, mediante contribuições e desde que os mesmos não exercessem atividades sujeitas ao RGPS (art. 13). *Precedente desta Corte: AMS 19990100010860-0/MG, Segunda Turma Suplementar, Rel.: Juiz Federal Convocado Carlos Alberto Simões de Tomaz, DJU de 03/06/2004, p. 157.*

III – Por semelhante modo, também não é possível o reconhecimento do tempo de serviço prestado como dona-de-casa, entre 1974 e 1985. Ao segurado facultativo não é possível retroceder no tempo, a período que precedeu a legislação em vigor, em face da inexistência de enquadramento no Regime Previdenciário anterior. Só se pode considerar a filiação do segurado facultativo a partir do recolhimento de sua primeira contribuição, após sua volitiva inscrição no Regime, exceto quando há lei que, tornando a atividade obrigatória, concede ao segurado a faculdade de recolher período anterior à obrigatoriedade, o que não é o caso dos autos.

IV – Na condição de dona-de-casa, a apelante somente poderia ser admitida como filiada ao Regime da Previdência Social, na qualidade de contribuinte, com o advento do Decreto 357/1991, que veio regulamentar a Lei de Benefícios. Como o pedido de reconhecimento e averbação do tempo de serviço prestado pela apelante como dona-de-casa, encontra-se consignado entre 1974 e 1985, não há como o mesmo prosperar, porquanto inexistente enquadramento legal a ampará-lo, à míngua da condição de contribuinte da mesma, que naquela época inexistia. *Precedente desta Corte: AMS 930119978-5/AC, Rel.: Desembargador Federal Amílcar Machado, DJU de 02/05/1995, p. 25.401.*

V – Recurso de Apelação da segurada desprovido. Sentença mantida.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da segurada, nos termos do voto do Juiz Federal Relator convocado.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 25/06/2007.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*: — Ana Maria Mesquita de Pinho ajuizou a presente ação pugnando pelo reconhecimento e averbação de tempo de serviço prestado, segundo alega, com exclusividade, nas profissões de estudante e dona-de-casa, como segurada facultativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos períodos compreendidos entre 1964/1967 e 1974/1985, respectivamente. Pediu, mais, que lhe fosse concedido recolher as contribuições devidas sobre o tempo de serviço cujo reconhecimento postula, tudo com base no art. 55, III, da Lei 8.213/1991, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.032/1995, art. 57 e 58, I e VI, e art. 190 do Decreto 611/1992.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, ao fundamento de que somente a partir do advento da Lei 8.213/1991 foi admitida a filiação facultativa de estudantes e donas-de-casa no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, não se admitindo, tampouco, o pagamento de contribuições havidas pretéritas, por absoluta falta de previsão legal até então.

Insurge-se a apelante, elencando entre outras razões de sua discordância a existência de ofensa à regulamentação da Lei 8.213/1991, a saber: o Decreto 611/1992, porquanto não deu interpretação sistemática ao conjunto fático-jurídico em tela. Acostou, na oportunidade, jurisprudência a corroborar o entendimento esposado. Aduz, mais, que o julgado deu interpretação restritiva ao *caput* do art. 55 da Lei 8.213/1991, sendo certo que o estudante e a dona-de-casa jamais foram contribuintes obrigatórios da Previdência. E que, além disso, há inconstitucionalidade no § 3º do art. 11 do Decreto 3.048/1999 em face do inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988, sendo o referido § 3º, ainda, inaplicável à espécie. Por fim, afirma que houve omissão na decisão quanto à matéria ventilada no tópico 11.5 e 6, que,

portanto, tornou-se incontroversa, à vista das disposições contidas no art. 302 do Código de Processo Civil. Finaliza alegando que não há que se falar em oposição, pela apelante, de embargos declaratórios de caráter protelatório.

Contra-razões de apelação pelo INSS às fls. 203/204.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*: — O pedido formulado refere-se à insurgência da apelante contra a decisão ora recorrida, que julgou improcedente o pedido de declaração de tempo de serviço urbano, prestado pela mesma nas atividades de estudante e dona-de-casa, como segurada facultativa, nos períodos de 1964 a 1968 e 1974 a 1985, respectivamente. Em consequência, a sentença deixou de condenar o INSS a averbar o referido tempo de serviço, bem como vedou o pagamento por parte da segurada das contribuições previdenciárias pretéritas devidas àquele título, se reconhecidos e declarados os citados períodos de tempo urbano.

Não merece censura a sentença inquinada.

Relativamente à averbação de tempo de serviço laborado na condição de estudante, a Lei 7.004/1982, de fato, determinou que o estudante podia recolher contribuições para a Previdência Social e, assim, obter benefícios e serviços.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

Todavia, não teria esse tempo contado para efeito de aposentadoria, na dicção do art. 11 do referido diploma legal, conforme se verifica, *verbis*:

O tempo de vinculação ao Programa de Previdência Social aos Estudantes não será considerado para efeito dos regimes de Previdência Social Urbana e Rural.

Ora, somente a partir da égide da Lei de Benefícios (8.213/1991) instituiu-se a possibilidade de filiação dos estudantes como segurados facultativos, mediante contribuições e desde que os mesmos não exercessem atividades sujeitas ao Regime Geral da Previdência Social (cf. art. 13). Nesse sentido, o Decreto 611/1992, antigo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, já revogado, preceituava:

Art. 188. Reconhecimento de filiação é o direito do segurado de ter reconhecido em qualquer época, o tempo de serviço exercido anteriormente em atividade abrangida pela Previdência Social.

Já no art. 189, o Decreto estabelecia a possibilidade de reconhecimento do tempo de serviço, exercido anteriormente, em atividade que não exigia filiação obrigatória à Previdência Social, mediante indenização ao INSS das contribuições devidas e não pagas.

O Decreto 2.172/1997, notadamente nos arts. 172/173 e 177, manteve a mesma possibilidade de reconhecimento do tempo de serviço em atividade remunerada que não exigia filiação obrigatória à Previdência, mediante o recolhimento das contribuições respectivas, agora, porém, acrescidas de juros de mora e multa. Todavia, no § 3º do art. 8º, houve por bem o Legislador vedar a filiação retroativa do segurado facultativo, bem assim o pagamento de contribuições devidas, relativas a competências anteriores à data de inscrição no Regime.

Desta forma, o reconhecimento do período de trabalho na atividade de estudante não encontra amparo legal, como consignado na decisão recorrida, haja vista que não houve o recolhimento das contribuições em época própria, nem é possível a filiação retroativa como requer a apelante e, por fim, não há que se falar em recolhimento de contribuições pretéritas devidas a este título, relativas a competências anteriores à data de inscrição da mesma.

Neste sentido já se manifestou a jurisprudência desta Corte, como é possível verificar pela leitura da ementa do seguinte julgado:

Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Estudante. Filiação facultativa à Previdência Social. Efeito retroativo: impossibilidade. Leis 7.004/1982 e 8.213/1991. Decreto 611/1992 e 2.172/1997.

1. A Lei 7.004/1982 instituiu o Programa de Previdência Social dos Estudantes e determinou que o tempo de vinculação não será considerado para efeito dos regimes de Previdência Social urbana e rural (art. 11).

2. Com a vigência da Lei 8.213/1991 o estudante pôde filiar-se à Previdência como segurado facultativo, mediante contribuição, desde que não exercesse atividade sujeita ao Regime Geral da Previdência (art. 13), podendo, inclusive, ter reconhecido o tempo de serviço exercido anteriormente em atividade abrangida pela Previdência, conforme determinação do art. 188 do Decreto 611/1992, hoje revogado.

3. A partir da edição do Decreto 2.172/1997 a filiação retroativa do segurado facultativo foi vedada, bem como o pagamento de contribuições relativas a competências anteriores à data da inscrição (art. 8º, § 3º).

4. O período de estudante, anterior ao advento da Lei 7.004/1982, não pode ser computado para fins de reconhecimento de tempo de serviço, por falta de legislação à época que admitisse a classe dos estudantes como segurados facultativos da Previdência Social. Precedentes desta Corte e do STJ.

5. Apelação não provida. (AMS 19990100010860-0/MG, Segunda Turma Suplementar, Rel.: Juiz Federal Convocado Carlos Alberto Simões de Tomaz, DJU de 03/06/2004, p. 157). Grifos nossos.

Sob outro aspecto, quanto à contagem de tempo de serviço na condição de dona-de-casa, melhor sorte não assiste à apelante.

Não é possível ao segurado facultativo retroceder no tempo a período que precedeu a legislação em vigor, em face da inexistência de enquadramento no Regime Previdenciário anterior. Por semelhante modo, só se pode considerar a filiação do segurado facultativo a partir do recolhimento de sua primeira contribuição, após sua volitiva inscrição no Regime, exceto quando há lei que, tornando a atividade obrigatória, concede ao segurado a faculdade de recolher período anterior à obrigatoriedade, o que não é o caso dos autos. Ou seja, é inadmissível que "algum cidadão possa, no presente,

*alegar que tem o direito de ter sido no passado um tipo de segurado que passou a existir a partir de agora, assim mesmo de forma facultativa. (...) como abrigar-se à soma do que não existe?*¹

Por outro lado, na condição de dona-de-casa, a apelante somente poderia ser admitida como filiada ao Regime da Previdência social, na qualidade de contribuinte, com o advento do Decreto 357/1991, que veio de regulamentar a Lei de Benefícios.

Assim, o pedido de reconhecimento e averbação do tempo de serviço prestado pela apelante como dona-de-casa, entre 1964 e 1968 não tem como prosperar, pois não há enquadramento legal a ampará-lo, à míngua da condição de contribuinte da mesma, que naquela época inexistia.

Também sobre essa questão, há precedente jurisprudencial emanado desta Corte, conforme é possível se verificar pela ementa do seguinte julgado, *verbis*:

Administrativo e previdenciário. Revisão dos atos administrativos. Possibilidade. Sumula 473 (STF). Dona-de-casa. Segurado facultativo. Previsão legal. Regime Geral da Previdência Social Urbana (Lei 8.213/1991).

1. Pode a Administração rever seus próprios atos e invalidá-los, se constatada irregularidade formal e/ou material no procedimento administrativo, a teor da súmula 473, do Supremo Tribunal Federal.

2. À míngua de previsão legal, não pode a dona-de-casa ter computado como tempo de contribuição, efetuado na qualidade de segurado facultativo, aquele realizado antes da vigência do atual Regime Geral da Previdência Social Urbana (Lei 8.213/1991).

3. Somente com o advento do Decreto 357/1991, que regulamentou a Lei 8.213/1991, pode a dona-de-casa filiar-se, facultativamente, mediante contribuição, ao Regime Geral da Previdência Social Urbana (Lei 8.213/1991).

4. Apelação improvida.

5. Sentença mantida. (AMS 930119978-5/AC, Rel.: Desembargador Federal Amílcar Machado, DJU de 02/05/1995, p. 25.401). Grifos nossos.

Assim, inexistindo previsão legal a amparar os pedidos da apelante, tal como descrito, não merece qualquer reforma a sentença recorrida.

Nestes termos, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Ana Maria Mesquita de Pinho.

É como voto.

¹ *Apud* decisão administrativa que invalidou a averbação do tempo pretendido pela impetrante, citada no AMS 93.01.19978-5/AC.

Segunda Turma

Agravo Regimental na Apelação Cível

2003.34.00.001259-0/DF

Relatora: Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves
Agravante: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Agravados: Antônio Rangel da Silva e outros
Advogados: Dr. Ubirajara Arrais de Azevedo e outros
Agravada: R. Decisão de fl. 619/620
Publicação: DJ 2 de 01/10/2007

Ementa

Processual Civil. Apelação. Decisão monocrática de relator. Negativa de seguimento. Art. 557 do Código de Processo Civil. Reajuste de 28,86%. Transação. Ausência de participação do advogado. Honorários advocatícios. Agravo regimental. Interposição abusiva e infundada. Ofensa aos princípios da lealdade processual e da celeridade. Litigância de má-fé. Precedentes do STF.

I – É legítima a decisão do Relator que, com fundamento no art. 30, XXV, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 557 do Código Processual Civil, nega seguimento a recurso manifestamente prejudicado, improcedente, ou em confronto com a jurisprudência consolidada nesta Corte e/ou nos Tribunais Superiores.

II – O abuso do direito de recorrer do agravante é, pois, manifesto, tendo ele amesquinhado, a um só tempo, os princípios da lealdade processual (art. 14, II, III e IV, do CPC), e da celeridade processual, este, aliás, que a partir da Emenda Constitucional 45/1994 passou a ter substrato normativo no próprio Livro Regra, desde que o art. 5º, LXXVIII, da CF, dispôs que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

III – Segundo precedente do STF, a interposição abusiva de agravo regimental, em qualquer Tribunal, autoriza a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.

IV – Na espécie, constatada a evidente intenção do ente público de obstar o regular andamento do processo (art. 17, IV, do CPC) com a interposição de um recurso manifestamente protelatório (art. 17, VII, do CPC), é imperativo para a preservação da autoridade do Poder Judiciário e para que não se estimule a reiteração da prática desses procedimentos reprováveis, que o agravante condenado nas penas de sua litigância de má-fé, na forma do que dispõe o art. 557, § 2º, do CPC.

V – Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 20/08/2007.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Cuida-se de agravo regimental interposto contra a decisão que negou seguimento à apelação da União Federal, com base no art.557, do Código de Processo Civil, c/c o art. 30, XXV, do Regimento Interno do TRF 1ª Região, versando o referido recurso acerca da incidência de honorários sucumbenciais em relação ao(s) exequente(s) que transacionou(aram) com a parte executada, para fins de percepção administrativa do(s) crédito(s) discutido(s) em juízo.

A decisão ora impugnada entendeu, diante da unicidade do entendimento jurisprudencial firmado em derredor da questão, ser extreme de dúvidas que é devido aos patronos da parte exequente que transacionou com o ente público, sem a sua anuência ou participação, o pagamento da verba honorária decorrente do comando judicial convolado em título executivo.

Malgrado tal constatação, a parte agravante apresentou irrisignação, postulando a apreciação colegiada da *vexata quaestio*.

É o relatório.

Voto*

Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — A decisão monocrática agravada foi proferida nos seguintes termos:

Entendo ser plenamente aplicável à espécie a regra contida no art. 557 do CPC e no art. 30, XXV, do Regimento Interno deste Tribunal.

Com efeito, já está há muito consolidado, tanto neste Tribunal, como no STJ, o entendimento segundo o qual o acordo celebrado entre as partes sem a participação ou anuência de seus advogados não alcança a verba honorária que lhes é devida.

Nesse sentido, é importante registrar que o próprio STJ já vem há muito decidindo monocraticamente os recursos especiais que versam sobre a questão aqui tratada, o que só vem a confirmar a sedimentação da jurisprudência no âmbito daquela Corte (cf. REsp 843548, DJ 04/05/2007 e REsp 751187, DJ 03/05/2007, dentre inúmeros outros)

Apenas para ilustrar a manifesta improcedência da pretensão recursal, cabe ainda a transcrição dos seguintes precedentes desta casa e da Corte da legalidade:

Processual Civil. Embargos à Execução. Transação. Honorários.

1. *Orientação jurisprudencial assente nesta Corte sobre não prejudicar, a transação firmada pela parte sem a participação do advogado, o crédito deste aos honorários de sucumbência, resultantes do título judicial, por constituir direito autônomo do mesmo.*

2. Ressalva de entendimento contrário do Relator, que entende incompatíveis com a ordem constitucional, em face da natureza indenizatória dos honorários sucumbenciais, as normas legais que os atribuem ao próprio advogado.

3. Diante do fato objetivo da derrota, e da circunstância de que, tendo os embargados ciência da avença que celebraram com a embargante, para percepção dos valores devidos, a título de 28,86%, no âmbito administrativo, assim o dever de comunicá-la a seu advogado, em face das conseqüências jurídicas da mesma em relação ao processo executório, respondem eles pelos honorários advocatícios na ação de defesa do devedor.

4. Recurso de apelação a que se dá parcial provimento.

5. Remessa oficial não conhecida, diante da orientação jurisprudencial assente sobre incabível quando se cuida de sentença que rejeita ou acolhe apenas parcialmente embargos opostos pela Fazenda Pública à execução fundada em título judicial.

(AC 2001.38.00.007563-7/MG; Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, DJ de 10/04/2006, p. 62.)

Recurso Especial. Processual Civil. Reajuste de 28,86%. Honorários advocatícios. Transação. Aplicação do Art. 3º da MP 2.226/2001. Acordo celebrado antes da sua Publicação. Não incidência. Dispensa do pagamento da verba honorária. Ausência de participação dos advogados. Invalidez. Divisão por igual. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211 do STJ.

I – O art. 3º da Medida Provisória 2.226, de 04/09/2001, que acrescentou o § 2º ao art. 6º da Lei 9.469/1997, não pode ser aplicado ao presente caso, porquanto posterior à transação administrativa noticiada nos autos.

II – O pagamento dos honorários advocatícios não pode ser dispensado pelas partes ao firmarem transação, tratando-se de parcela autônoma que não lhes pertence, mormente quando os advogados não participam do acordo (Precedentes).

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e a Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva.

III – A insurgência de que ambas as partes devem suportar, por igual, a verba honorária, em observância ao art. 26, § 2º, do CPC, não foi discutida no e. Tribunal de origem, mesmo com a oposição de embargos de declaração, restando inviabilizado o exame no apelo nobre, conforme dicção da Súmula 211 do STJ.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (RESP 704781/ SC, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 14/03/2005, p. 424).

Ante o exposto, nego seguimento à apelação, autorizado pelo quanto disposto no art. 557 do CPC e no art. 30, XXV, do Regimento Interno deste Tribunal.

Resolvendo a lide de forma exaustiva, a referida decisão não desafia nenhuma complementação, razão pela qual fica ela *in totum* ratificada.

Vencida essa questão, não há como se olvidar o fato de que o abuso do direito de recorrer da agravante é manifesto, tendo ela amesquinhado a um só tempo os princípios da *lealdade processual* (art. 14, II, III e IV, do CPC), e o da *celeridade processual*, este, aliás, que a partir da Emenda Constitucional 45/1994 passou a ter substrato normativo no próprio Livro Regra, desde que o art. 5º, LXXVIII, da CF, dispôs que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Como visto acima, a regra processual inserida no art. 557 do CPC passou a gozar de expressa chancela constitucional em face do já reportado art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, daí porque incumbe ao Tribunal, para dar mais celeridade aos feitos de fácil resolução postos aos seus cuidados, adotar os mecanismos de coerção necessários para evitar que as partes utilizem-se do referido dispositivo *como mais um instrumento de postergação da prestação jurisdicional*, porque sem o devido respaldo da Corte, o desprestígio às decisões monocráticas proferidas sempre resultaria na desmedida e infundável interposição de agravos internos equivalentes, em seu intento, ao presente recurso.

Nem se diga ser incabível a aplicação da multa em razão da interposição do agravo interno, porquanto imprescindível seu manejo para o acesso às instâncias especiais, porque a regra do art. 557, § 2º, do CPC, *é evidentemente aplicada em todos os tribunais, e não apenas no STF ou STJ*.

Seria, em verdade, um contra-senso do legislador, estabelecer a incidência de multa em desfavor de quem interpõe agravo interno natimorto, para ao mesmo tempo restringir a aplicação dessa multa apenas para os casos em que o referido recurso tivesse sido manejado nos Tribunais acima mencionados. Além de não constar tal ressalva na norma adjetiva em exame, foi dentre outras coisas a necessidade de se desafogar os tribunais, notadamente os superiores, do acúmulo de processos, que justificou a possibilidade de rejeição monocrática do recurso e da conseqüente aplicação de multa contra a insurgência que, carente de fundamentação razoável, busca no órgão colegiado da Corte a reforma da decisão agravada.

Aliás, a propósito do cabimento da multa em casos que tais, *em qualquer Tribunal*, valiosa a transcrição de trecho do percuciente voto de lavra da ilustre Ministra Carmen Lúcia, condutor do Acórdão proferido por ocasião do julgamento do AI-AgR 560956/RJ, com ementa publicada no DJ 20/04/2007, p. 00090, senão, vejamos:

...De se enfatizar, ainda, que o inconformismo sistemático, manifestado em recursos carentes de fundamentos novos capazes de alterar a compreensão da questão posta em debate, patenteia o caráter abusivo na utilização desta via recursal pelo Agravante.

Na espécie existe afronta direta à norma proibitiva contida no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como descumprimento ao dever de lealdade exigido das partes demandantes neste Supremo Tribunal Federal e *em qualquer outra instância*, nos moldes dos arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.

Forte nessa premissa, é digno de registro que o próprio STF vem adotando idêntico procedimento ao aqui aplicado, quando constata a abusividade dos recursos interpostos nos processos sob sua tutela, senão, vejamos:

Re-Agr 393175/RS – Rio Grande do Sul
Relator: Min. Celso de Mello
DJ 02/02/2007 pp. 00140.

Pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis

em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (cf. arts. 5º, “caput”, e 196). Precedentes (STF). Abuso do direito de recorrer. Imposição de multa. Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

(...)

Multa e exercício abusivo do direito de recorrer.

O abuso do direito de recorrer. Por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. Constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.

AI-Ed 526614/RJ – Rio de Janeiro – Emb. Decl. no Agravo de Instrumento

Relator: Min. Cezar Peluso

DJ 03/02/2006 pp.00031.

1. *Recurso. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Exceção de pré-executividade. Alegação de ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.*

2. *Recurso. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.*

Em face do exposto, *nego* provimento ao agravo regimental, e *condeno* a União a pagar a multa por sua *litigância de má-fé*, decorrente da interposição de recurso meramente protelatório, arbitrando a referida sanção em 10% do valor da causa, como fixado às fls. 19 (R\$ 5.000,00), monetariamente corrigido, forte no que dispõe o art. 557, § 2º, do CPC.

É como voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2000.35.00.007596-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Apelante: Jucélia Ferreira Franca
Defensor: Defensoria Pública da União
Apelada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Hélio Ferreira Heringer Júnior
Publicação: DJ 2 de 06/09/2007

Ementa

Penal e Processo Penal. Tráfico internacional de seres humanos. Exploração sexual de mulheres. Art. 231 do Código Penal. Consentimento da vítima. Insuficiência de prova da autoria.

I – O consentimento da vítima em seguir viagem para o exterior não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, pois que o requisito central do tráfico de pessoas é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. É comum que as mulheres, quando do deslocamento, tenham conhecimento de que irão exercer a prostituição, mas não têm elas consciência das condições em que, normalmente, se vêem coagidas a atuar ao chegar ao local de destino. Nisso está a fraude.

II – Não havendo prova suficiente de que a acusada participou, como agenciadora, do tráfico internacional de mulheres para exercerem a prostituição, a absolvição é medida que se impõe (art. 386, VI, do Código Penal).

III – Apelação provida.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, para absolver Jucélia Ferreira Franca, nos termos do art. 386, VI, do Código Penal.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 28/08/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Cuida-se de apelação interposta por Jucélia Ferreira Franca contra sentença proferida pelo Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, Alderico Rocha Santos, que condenou a ré à pena de 2 (dois) anos e 7 (sete) meses de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 231, na forma do art. 14, II, do CP. Não foi aplicada pena de multa, tendo em vista que, à época dos fatos, a lei não a previa, sendo, portanto, mais benéfica.

O Ministério Público também ofereceu denúncia em face de Geralda Moreira Guimarães e Zilda Moreira Guimarães. A primeira já foi condenada por aquele juízo, sendo-lhe imposta a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, substituída por pena restritiva de direitos (processo 2000.35.00.007446-0). A segunda foi citada por edital (fls. 84/85), mas não apareceu, razão pela qual decretou-se a revelia, suspendendo-se o processo e o curso do prazo prescricional em relação a ela (fl. 90).

2. Narra a denúncia que (fls. 2/6):

(...) Consta do incluso inquérito policial que *Geralda* foi presa em flagrante delito no Aeroporto Santa Genoveva em Goiânia/GO, na companhia de *Lygia Rodrigues Reis* e de *Janilce Ferreira da Silva*, quando estas tentavam embarcar para a cidade de Paris, França, seguindo de lá para a cidade de Oviedo, na Espanha, com a finalidade de se prostituírem em casas noturnas ali existentes.

Esta prisão ocorreu graças a uma denúncia feita ao Departamento de Polícia Federal desta Capital, recebida pelo Agente Aldo de Abreu Vieira Filho, informando “*que a garota Lygia Rodrigues Reis, morena, estatura elevada, boa aparência e com cerca de 19 anos, estava sendo aliciada para exercer a prostituição na Espanha mediante promessa de ganho fácil e abundante, por parte de uma pessoa supostamente chamada Sônia, residente na Cidade de Uruaçú/GO*”. De posse de tal informação, uma equipe da DPF foi mobilizada no sentido de frustrar este procedimento criminoso.

Com efeito, sabedores das características físicas e dos nomes das passageiras, os agentes daquela especializada interceptaram, no saguão do citado aeroporto, *Geralda* que naquele instante encontrava-se ao lado de *Lygia* e *Janilce*, encontrando em poder destas os bilhetes de passagem aérea com destino a Paris/França e reservas no Hotel Lorette, bem como em poder da primeira denunciada documentos diversos, dentre os quais comprovantes de remessas de dinheiro feitas em seu nome a partir da Espanha, enviadas por *Jucélia*.

Instaurado o devido procedimento investigatório, a Polícia Federal logrou descobrir que as denunciadas atuam de forma consorciada no tráfico de mulheres levadas ao exterior para se prostituírem na Espanha. A inclusão da capital francesa na rota de viagem nada mais era do que uma tentativa de afastar a atenção das autoridades federais brasileiras.

De fato, o grupo possui um forte esquema de tráfico de mulheres bem articulado por *Jucélia*, pois, conforme os depoimentos de *Lygia* e *Janilce* e os comprovantes de remessa de dinheiro (fls. 20/21), era *Jucélia*, residente atualmente na Espanha, quem enviava para *Geralda* os recursos financeiros necessários para que esta aliciasse mulheres no território nacional e as enviasse para aquele País a fim de se prostituírem, como tentaram fazer com as vítimas já mencionadas.

Segundo o apurado, *Zilda*, irmã de *Geralda*, é quem recepcionaria as vítimas, quando de sua chegada na cidade de Paris, França, tendo *Janilce* declarado que “*enquanto permanecia em companhia de Geralda em Anápolis, a declarante foi por*

ela orientada que ao chegar em Paris era para dirigirem-se ao hotel indicado na reserva, feita junto a uma agência de turismo, onde deveriam permanecer no aguardo da irmã dela de nome Zilda ou seu marido Gonçalo...” (fl. 7).

Quanto ao suposto marido de *Zilda*, cujo nome seria *Antônio Gonçalo Nunes*, de origem espanhola, conforme declarou *Geralda* (fl. 8), não conseguiu a autoridade policial localizar qualquer registro sobre tal pessoa e mesmo provas suficientes de sua participação efetiva na ação criminosa, razão pela qual deixa o autor de denunciá-lo.

Em face do exposto, as irmãs *Geralda* e *Zilda*, e, ainda, *Jucélia*, conscientes e deliberadamente, tentaram levar *Lygia* e *Janilce* para se prostituírem na Espanha, não se consumando o intento das denunciadas em razão da ação efetiva da Polícia Federal que logrou êxito em prender em flagrante *Geralda Moreira Guimarães*, conforme Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2/9).(...)

3. Entendeu o MM. Juiz *a quo* que restou comprovada a materialidade do delito, através do auto de apresentação e apreensão, de fls. 16/17, e dos comprovantes de remessa de dinheiro da Espanha para o Brasil, às fls. 26/27.

Quanto à autoria, chegou o magistrado às seguintes conclusões: em interrogatório, *Jucélia* negou a prática do delito, mas admitiu que enviava dinheiro da Espanha para o Brasil, dizendo, no entanto, que era para o sustento de seus filhos e para a compra de sua casa. Declarou que nunca foi amiga de *Geralda* ou manteve com ela algum relacionamento mais próximo, entrando em manifesta contradição com as declarações de *Geralda* e com os comprovantes de remessa de dinheiro, efetuados por ela em nome desta (cf. fl. 27/28), sendo essas distorções indicativas da realidade fática descrita na denúncia. As testemunhas de defesa declararam que quem cuidava dos filhos da acusada enquanto ela estava na Espanha eram sua mãe e irmã, demonstrando que *Jucélia* não tinha motivos para não confiar em seus familiares. A negativa dos fatos por *Jucélia* é desprovida de valor jurídico, por se encontrar em total desacordo com o conjunto probatório dos autos, o qual deixou claro que ela estava em conluio com *Geralda* para a prática do crime que lhes foi imputado na denúncia (fls. 235/244).

4. Em Recurso de Apelação, *Jucélia* Ferreira França alega que não restou comprovada a conduta imputada a ela pela acusação, e que a sentença condenatória baseou-se em suposições e presunções,

desconsiderando as provas que demonstravam sua inocência. Sustenta que a condenação contraria o princípio da verdade real e da verdade material no processo penal, pois a verdade no processo penal tem como pressuposto a prova incontestada e irrefutável dos fatos, o que não ocorreu no caso em tela.

Assevera que a única conduta da apelante, demonstrada nos autos, e na qual o MM. Juiz se baseou para condená-la, foi a de depositar valores na conta da co-ré Geralda, entretanto, não há prova de que ela sabia que a destinação dada aos valores depositados era diversa da que ela desejava. Acrescenta que foi vítima, e não agente do crime, pois estava na Espanha para conseguir dinheiro para sustentar seus filhos, trabalhando como prostituta, explicando que as remessas de dinheiro feitas à ré Geralda eram para pagar as despesas de seus cinco filhos, comprar uma casa e, ainda, pagar os valores cobrados por Geralda para encaminhá-la à Espanha, como ocorre com as outras aliciadas.

Argumenta que as cópias dos bilhetes de passagens e dos passaportes não provam sua participação no delito, cabendo ressaltar que as próprias aliciadas não a conheciam e nem mencionaram sua participação na aliciação.

Ressalta que se o MM. Juiz que proferiu a sentença tivesse também presidido a produção de provas e a audiência de interrogatório perceberia a simplicidade e a hipossuficiência material e intelectual da apelante.

Por fim, faz observações, no sentido de que Geralda recebia numerários em sua conta de diversas pessoas para repassar a seus familiares e não só da apelante, e que, conforme declarado pelos parentes das vítimas à Polícia, Geralda é a única responsável pela ida dessas mulheres para a Espanha, sendo que esses familiares confirmaram que recebiam numerários através dela.

Requer a reforma da sentença, com o fim de absolver a apelante (fls. 250/257).

5. Contra-razoando, alega o Ministério Público Federal que a sentença condenatória encontra-se fundada em conjunto probatório consistente, pois, além das provas acostadas com a peça exordial acusatória — auto de prisão em flagrante, auto de apresentação e apreensão das passagens, passaportes e reserva de hotel em nome de Lygia Rodrigues e Janilce Ferreira (fls. 8/21) e os comprovantes de remessa de dinheiro da

Espanha para o Brasil pela condenada Jucélia Ferreira às fls. 26/27 —, os depoimentos colhidos durante a instrução criminal demonstraram que estava correta a imputação descrita na denúncia.

Menciona que as testemunhas arroladas pela defesa afirmaram que quem cuidava dos filhos de Jucélia, enquanto esta se encontrava na Espanha, era sua mãe e sua irmã, caindo por terra a declaração da apelante de que as remessas de dinheiro para Geralda tinham como objetivo custear as despesas dos filhos e comprar uma casa, não remetendo os valores aos familiares por não manter relações com estes.

Aduz que a quantia enviada pela apelante para Geralda aproxima-se do total utilizado por esta no Brasil para encaminhar, na mesma época, duas vítimas para o exterior, sendo, portanto, impossível negar a participação da apelante na prática da tentativa de crime de tráfico internacional de mulheres, por meio de envio de dinheiro para custear as despesas das passagens das vítimas.

Sustenta que não merece respaldo a alegação da apelante de que houve prejuízo à defesa, em virtude da sentença ter sido proferida por juiz que não presidiu a produção de prova, pois se a defesa entendia ser isto imprescindível para o esclarecimento da verdade real, deveria ter requerido a realização de novo interrogatório, o que não fez.

Por fim, alega que a sentença encontra-se fundamentada no conjunto probatório colhido no inquérito policial e na instrução processual, cabendo ao juiz apreciar o mérito por meio da livre apreciação da prova.

Requer o não provimento do apelo e a manutenção da sentença (fls. 259/263).

6. Nesta instância, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Luiz Francisco Fernandes de Souza, opina pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 268/271).

7. É o relatório.

8. Encaminhe-se este feito ao eminente revisor em 27/06/2007.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Do crime do art. 231 do Código Penal.

Como se observa do relatório, trata-se de apelação interposta por Jucélia Ferreira França contra sentença que a condenou à pena privativa de liberdade de 2 anos e 7 meses de reclusão, pela prática do delito de tráfico internacional de pessoas (art. 231 CP), na forma tentada (art. 14,II, CP).

1.1 Breves considerações sobre o tráfico internacional de pessoas.

O tráfico internacional de mulheres e crianças movimenta, anualmente, cerca de nove bilhões de dólares, perdendo, tão-somente, em lucros para o tráfico de drogas e o contrabando de armas, de acordo com os dados do Escritório da ONU para Controle de Drogas e Prevenção do Crime – ODCCP.

Segundo Damásio de Jesus (*in Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXIV), as causas do tráfico internacional de seres humanos são várias, destacando-se as seguintes: ausência de direitos ou baixa aplicação das regras internacionais de direitos humanos; discriminação de gênero; violência contra a mulher; pobreza; desigualdade de oportunidades e de renda; instabilidade econômica; guerras; desastres naturais e instabilidade política.

Nos últimos 100 anos, o Brasil passou da condição de país de destino para a de país fornecedor do tráfico internacional de mulheres e crianças, sendo, no caso das primeiras, sobretudo, para fins de exploração sexual.

Conforme a Fundação Helsinque para os Direitos Humanos, 75 mil brasileiras estão, atualmente, envolvidas no mercado sexual na União Européia. As rotas de tráfico se espalham, principalmente, pelos Estados de Goiás, Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro, Pará, Bahia, Tocantins, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Ceará, tendo como destino a Espanha, Alemanha, Suíça, Israel, Paraguai, Holanda, Japão, Portugal e França. Nesses países, são submetidas à exploração sexual em condições semelhantes ao trabalho forçado.

Geralmente, as aliciadas são mulheres pobres, com idade entre 14 e 25 anos. São enganadas por donos de boates, hotéis, de agências de modelo e até taxistas, com promessas de emprego, de ganho fácil, de melhoria de condições de vida no exterior, e, assim, terminam, na realidade, prisioneiras, obrigadas a pagar pelas passagens, alimentação e moradia. Endividadas e com os passaportes apreendidos pelos traficantes, não conseguem escapar desse infortúnio, prisioneiras de redes internacionais de prostituição.

O aliciamento pode ainda ocorrer de boca em boca, por intermédio de mulheres que foram traficadas para trabalhar em boates no exterior e retornam com a incumbência de fornecer vítimas ao negócio. Há casos em que os aliciadores procuram, inclusive, o consentimento dos próprios familiares para o início da empreitada, não revelando, porém, os detalhes sórdidos e perigosos da “oportunidade” oferecida.

Ainda que tenham a oportunidade de escapar de seus algozes, muitas não procuram ajuda por medo de represálias, de serem tratadas como criminosas ou com receio da repatriação. Assim, submetem-se ao exigido por seus exploradores, podendo ser estupradas, agredidas e drogadas.

Afirma Damásio de Jesus (*in Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7) que:

As redes globais de OSCs, integradas às iniciativas de proteção das vítimas do tráfico, elaboraram os Padrões de Direitos Humanos (PDH) para o Tratamento de Pessoas Traficadas, nos quais há a seguinte definição de pessoas:

“Todos os atos ou tentativas presentes no recrutamento, transporte, dentro ou através das fronteiras de um país, compra, venda, transferência, recebimento ou abrigo de uma pessoa envolvendo o uso do engano, coerção (incluindo o uso ou ameaça de uso de força ou abuso de autoridade) ou dívida, com o propósito de colocar ou reter tal pessoa, seja por pagamento ou não, em servidão involuntária (doméstica, sexual ou reprodutiva), em trabalho forçado ou cativo, ou em condições similares à escravidão, em uma comunidade diferente daquela em que tal pessoa viveu na ocasião do engano, coerção ou da dívida iniciada”.

Já o “Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, que suplementa a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em no-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Leão Aparecido Alves e Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocados).

vembro de 2000, traz a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de seres humanos:

(...)

a) 'Tráfico de pessoas' deve significar o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de raptos, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração. Exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento de uma vítima de tráfico de pessoas para a desejada exploração definida no subparágrafo (a) deste artigo deve ser irrelevante onde qualquer um dos meios definidos no subparágrafo (a) tenham sido usados;

c) O recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de uma criança para fins de exploração devem ser considerados 'tráfico de pessoas' mesmo que não envolvam nenhum dos meios definidos no subparágrafo (a) deste artigo;

d) 'Criança' deve significar qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade.

Pelo que se observa das definições, o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, pois que o requisito central do tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração, afinal, a mulher pode até ter concordado em trabalhar na indústria do sexo, mas não em ficar em condições semelhantes à escravidão. Como bem salientado por Damásio (*op.cit.* fls. 7/8):

(...)

O tráfico pode envolver um indivíduo ou um grupo de indivíduos. O ilícito começa com o aliciamento e termina com a pessoa que explora a vítima (compra-a e a mantém em escravidão, ou a submete a práticas similares à escravidão, ou ao trabalho forçado ou outras formas de servidão). O tráfico internacional não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento das fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial.

Requisito central no tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. Por exemplo, a vítima pode ter concordado em trabalhar na indústria do sexo, mas não em ficar em condições semelhantes à escravidão. O tipo de atividade em que a vítima se engajou, lícita ou ilícita, moral ou imoral, não se mostra relevante para determinar se seus direitos foram violados ou não. O que importa é que o traficante impede ou limita seriamente o exercício de seus direitos, constrange sua vontade, viola seu corpo.

Realmente, é comum que as mulheres, quando do deslocamento, tenham conhecimento de que irão exercer a prostituição, no entanto, não têm elas consciência das condições em que, normalmente, se vêem coagidas a atuar ao chegar ao local de destino. Nisso está a fraude.

Observa o Procurador da República em Goiânia/GO, Daniel de Resende Salgado, em artigo intitulado "O Bem Jurídico Tutelado pela Criminalização do Tráfico Internacional de Seres Humanos", publicado no Boletim dos Procuradores da República, ano VII, 72, de janeiro de 2007, p. 4:

Deveras, é irrelevante o consentimento da vítima, para configuração do delito, desde que as fórmulas utilizadas pelo traficante viciem a sua vontade. Portanto, para se atingir o bem jurídico (liberdade sexual) na forma simples do dispositivo e, destarte, existir a tipicidade em sua vertente material, o agente, em sua conduta, deve se aproveitar, de alguma forma, de situações de vulnerabilidade da vítima (quer financeira, familiar, psicológica, social, cultural), uma vez que o fator viciante não se restringe a coação, ameaça ou violência (estes, quando presentes, possibilitam a apenação da conduta de forma mais grave – § 2º do art. 231, do CP).

Tenha-se que o Brasil é o país de *origem* das pessoas traficadas e, por isso mesmo, tem dificuldades em combater o tráfico, que conta, muitas vezes, com a colaboração da própria família da vítima, por mais incrível que se possa imaginar. Soma-se a isso a falta de estrutura da Polícia Federal e a incompatibilidade da legislação brasileira com a de outros países, pois, enquanto no Brasil a exploração da prostituição está tipificada no Código Penal, na Espanha, por exemplo, a exploração sexual é relativamente liberada.

Dever-se-ia, como já pensado, incluir-se a lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes do tráfico internacional de pessoas como cri-

me, inserindo, assim, mais um inciso no art. 1º da Lei 9.613, de 03/03/1998.

“Primeiro eles *os aliciadores* tiram o passaporte, depois a liberdade”. É um dos *slogans*, bem pensado, da campanha contra o tráfico internacional de seres humanos que foi lançada na Cidade de Goiânia, Estado de Goiás, pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) e pelo Ministério da Justiça.

2. Do recurso de Jucélia Ferreira França

Defende-se a apelante, dizendo ter sido vítima do tráfico e, não, agente do crime, pois também foi para a Espanha trabalhar como prostituta, de modo a sustentar os seus cinco filhos. Afirma, também, que os depósitos feitos por ela na conta corrente de Geralda Guimarães, única prova juntada pela acusação para sua condenação, destinavam-se a pagar despesas de seus filhos, comprar uma casa no Brasil e para pagar os valores cobrados por Geralda para enviá-la à Espanha.

Por outro lado, sustenta o Ministério Público que houve descompasso entre as afirmações da acusada e das testemunhas de defesa, quanto às relações que aquela mantinha com seus familiares, e, ainda, que o dinheiro enviado para a conta de Geralda, pela ré, destinava-se a custear a viagem das novas vítimas, pois que a quantia enviada, de U\$ 5.151,00 (sendo U\$ 2.510, em 29/02/2000, e U\$ 2.641, em 20/03/2000), aproxima-se do total utilizado por Geralda no Brasil (U\$ 5.503), para encaminhar, na mesma época, as duas vítimas para o exterior.

Vejamos.

Demonstrada está a materialidade do crime pelo auto de apresentação e apreensão de fls. 16/17, nos quais estão relacionados a apreensão das passagens, passaportes e reserva de hotel, em nome de Lygia Rodrigues e Janilce Ferreira; e através dos comprovantes de remessa de dinheiro da Espanha para o Brasil, às fls. 26/27.

Quanto à autoria, vejamos o depoimento da acusada *Jucélia Ferreira França*, prestado em juízo, às fls. 107/108.

(...) 6 - Se não sendo verdadeira a imputação, tem algum motivo particular a que atribui-la, se conhece a pessoa ou as pessoas a que deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela?

Respondeu: *que ao tempo do fato estava na Espanha, enquanto isso Geralda vivia no Brasil, não conhecia a língua Espanhola e não tinha recursos para bancar o aliciamento de tráfico de mulheres para o exterior.*

7 - Todos os demais fatos e pormenores que conduzam a elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração:

Respondeu: *que em 1999 a interrogada passava por uma dificuldade financeira grande, tinha cinco filhos para criar e surgiu a opção de ir para a Espanha, então encontrou com uma pessoa chamada Nely nesta cidade que morava perto do Casego que tinha contatos na Espanha com a pessoa de Fernando e que para a interrogada era sócio de Gonçalo. Acertado os detalhes a interrogada fez a viagem em companhia de Fernando e mais três mulheres maiores de idade, foram para São Paulo e depois para Paris, depois chegaram em Oviedo na Espanha; não sabe porque foi usado essa rota, ignorava quase tudo e não sabia nem mesmo a língua do idioma espanhol; quando chegou na Espanha Geralda já estava naquele local, depois apareceu Zilda que acabou se casando com um Espanhol chamado Rafael; pelo que sabe, nem Geralda ou Zilda aliciaram mulheres para irem prostituir na Espanha; passados seis meses a interrogada resolveu voltar, acertou as contas com seu patrão Gonçalo e voltou para o Brasil, sua intenção era apenas comprar uma pequena casa, já que antes de ir para Espanha morava de favores; hoje tem uma morada, vive com os filhos e com seu companheiro e não tem a intenção de voltar para Espanha; na Espanha encontrou com várias brasileiras, ouviu falar de brigas, espancamentos mas nunca presenciou nenhum fato dessa natureza; nunca foi obrigada a manter relações sexuais na Espanha e nenhuma amiga sua foi forçada a fazer na cidade onde morava que é cidade de grande porte; na volta usou a rota Madri a São Paulo e Brasília a Goiânia; só ficou sabendo que Geralda foi presa no aeroporto quando voltou para o Brasil; as remessas que faziam de dinheiro para o Brasil eram feitas para a pessoa de Daiane que cuidava de seus filhos e em nome de Aparecida irmã de Geralda, mas eram para comprar sua casa, confiava em Aparecida e desconfiava dos irmãos, por isso não fez as remessas em nome de um familiar; que na verdade nunca foi amiga de Geralda nem aqui nem na Espanha ou manteve com ela algum relacionamento mais estreito.*

Disse Jucélia, portanto, perante o juiz, que foi para a Espanha trabalhar como prostituta porque precisava de dinheiro para sustentar seus cinco filhos. Passou seis meses naquele País, conseguindo juntar algum dinheiro, que remeteu para o Brasil, para comprar aqui

uma casa e pagar as despesas de seus filhos. Afirmou, também, não ter recursos para bancar o aliciamento de mulheres para o exterior.

Entendo fundamental observar os depoimentos testemunhais para poder concluir sobre a veracidade, ou não, da versão apresentada pela ré.

Aldo de Abreu Vieira Filho, Agente de Polícia Federal, conta, em fls. 8/9, como efetuou a abordagem das vítimas (Lygia e Janilce) e da aliciadora (Geralda), no aeroporto. Veja-se:

(...) Que no dia 24 p.p., recebeu informação anônima, dando conta de uma pessoa supostamente identificada como sendo Sônia, residente em Uruaçu/GO, havia aliciado Lygia Rodrigues Reis, com o objetivo de conduzi-la à Espanha com o fim de lá exercer a prostituição, acenando com a possibilidade de ganhar muito dinheiro com essa atividade; Que segundo a noticiante, Lygia é uma garota de cerca de dezenove anos, boa aparência, morena, de estatura elevada; Que a aliciadora iria entregar a passagem aérea e três mil dólares à aliciada pouco antes do embarque no Aeroporto Santa Genoveva, para aquele país, previsto para as 17h do dia 30/03/2000 (hoje); Que, segundo a informante, tal quantitativo de dólares serviria para ser exibido às autoridades da emigração espanhola, quando do desembarque, visando transparecer que a viagem da aliciada teria fim exclusivamente turístico; Que com o objetivo de confirmar tal notícia crime, recebeu de seu superior hierárquico, a incumbência de investigar os fatos, juntamente com os colegas Gilberto Alves Alencar e Walter Eugênio Peres; Que durante as investigações apurou que Lygia obteve passaporte nesta Delegacia no dia 23/02/2000; Que tomou conhecimento que o presidente deste feito, obteve, via ofício, junto à Varig a confirmação de que o nome de Lygia constava na relação de passageiros com destino a Paris/França, com saída do Aeroporto Santa Genoveva prevista para as 17h25 de hoje; Que o depoente esclarece que na manhã de hoje foi novamente contactado pela informante, noticiando que a mencionada aliciadora iria embarcar, junto com Lygia, outra garota para a Espanha, cujo nome não foi declinado, para o mesmo fim, ou seja, a prática da prostituição; Que visando confirmar a presença da aliciadora e das aliciadas no Aeroporto Santa Genoveva, para ali se deslocou por volta das 15 h, em companhia dos colegas Gilberto Alves Alencar e Winston Chaves de Oliveira; Que por volta das 16h40, compareceu ao referido aeroporto, uma garota com as características de Lygia, acompanhada de uma garota de cerca de 22 (vinte e dois) anos de idade, estatura mediana, cor branca, cabelos negros, uma outra morena clara, cabelos castanhos claros, estatura de média para

baixa, além de outras pessoas; Que ao realizar a abordagem as referidas pessoas, para as verificações de praxe, foram as mesmas identificadas como sendo Lygia Rodrigues Reis, Geralda Moreira Guimarães e Janilse F. Silva Oliveira; Que o depoente esclarece que os pais de Lygia, bem como a pessoa identificada como João Garibalde Filho, alegando ser namorado dela; Que em poder de Lygia foi encontrado um bilhete de passagem aérea, de voo via Varig, com saída prevista para 17h25 de hoje, tendo Paris/França como destino final; uma reserva no Hotel Lorette, estabelecido em Paris, em nome de Lygia Reis e Janilse Oliveira, com estada entre 31/03/2000 e 03/04/2000; o passaporte de CK-680028, emitido em seu nome; Que, em poder de Lygia Rodrigues Reis foram arrecadados o seu passaporte e bilhete de passagem em voo da Varig com destino para Paris, com saída prevista para 17h25; Que, em poder de Geralda Moreira Guimarães foram arrecadados documentos diversos, dentre os quais comprovantes de remessas de dinheiro feitas em seu nome a partir da Espanha, por Jucelia Ferreira Franca; Que, em rápida entrevista mantida com Lygia e Janilse, no próprio aeroporto, as mesmas confirmaram que estariam viajando para a Espanha, sob o patrocínio de Geralda, com a finalidade de lá trabalharem em clubes noturnos, como garotas de programas (prostituição); Que configurada a prática do crime de aliciamento de mulheres para o exercício da prostituição no exterior, foi dada a voz de prisão em flagrante em Geralda Moreira Guimarães (...).

Como visto, o policial Aldo de Abreu contou que, juntamente com outros dois agentes, deslocou-se para o aeroporto, após ter recebido denúncia anônima informando sobre a ocorrência de tráfico de mulheres para a Espanha, com o objetivo de prostituição. Ao fazerem a abordagem, disse que constataram a prática do crime, dando voz de prisão à Geralda Guimarães, apontada pelas vítimas como sendo a responsável pelo aliciamento. Informa que foram encontrados, em poder de Geralda, comprovantes de remessas de dinheiro feitas, a partir da Espanha, por Jucélia Franca.

Gilberto Alves Alencar (fls. 9/10) e Winston Chaves de Oliveira (fls. 10/11), os dois agentes que acompanharam o policial Aldo ao aeroporto, dão a mesma versão para os fatos, sem acrescentar nada de diferente ao depoimento deste.

Veja-se, então, que é a partir daí que Jucélia, ora apelante, passa a ser suspeita de ser a mandante do crime, ou seja, por ter sido encontrado, em poder de Geralda (julgada em outro processo e já condenada),

comprovantes de depósito feitos por ela em nome desta.

Pois bem, ao chegarem na Delegacia de Polícia, as vítimas deram os seguintes depoimentos:

Lygia Rodrigues Reis, em fls. 11/12, disse:

(...) Que, em conversa com *Telma*, tomou conhecimento de que ela trabalhava na Espanha como garota de programa; Que, naquela oportunidade *Telma* convidou a declarante para ir trabalhar naquele país, também como garota de programa, e que caso decidisse aceitar o convite, o proprietário de uma boate de nome não fornecido, pagaria todas as despesas da viagem, as quais poderiam ser ressarcidas em apenas um mês de trabalho como prostituta; Que, relutando em aceitar tal convite, ficou de pensar no assunto e caso decidisse, ligaria para a mãe de *Telma*, para que ela transmitisse a decisão de ir para a Espanha; Que, meados de Janeiro do corrente ano, a declarante ligou para a mãe de *Telma*, cujo nome não se recorda, pedindo a ela que entrasse em contato com sua filha para informar que havia decidido pela viagem; Que, dias depois recebeu em sua residência telefonema de mãe de *Telma* informando que as garotas brasileiras na Espanha estavam tendo problemas, e que por aqueles dias a viagem seria desaconselhável; Que, em meados de Fevereiro p.p., recebeu ligação telefônica de *Geralda* de tal, velha conhecida de Uruaçu/GO, ocasião em que a mesma formulou convite à declarante para ir trabalhar como garota de programa em um clube espanhol, cujos nomes e local não foram informados; Que, na ocasião *Geralda* disse que iria entrar em contato com o dono do clube para que ele mandasse dinheiro para custear despesas da viagem da declarante para aquele país, sendo que para tanto aquela interlocutora recomendou que dirigisse à agência de turismo *Cardeal Tur*, para providenciar o passaporte, cujas despesas foram pagas pela própria *Geralda*; Que, retirado o passaporte, ligou no telefone de *Geralda* (357.2278), informando a ela que estava pronta para a viagem, oportunidade em que foi dito que só estava aguardando o envio do dinheiro, por parte do dono da boate; Que, há cerca de quinze (15) dias recebeu nova ligação de *Geralda*, avisando que a viagem estava programada para segunda-feira passada, o que não se viabilizou por motivo que não lhe foi noticiado, que a viagem havia sido remarcada para às 17h30 de hoje; Que, na data de ontem recebeu nova ligação de *Geralda*, solicitando à declarante que se dirigisse por volta das 10h de hoje à *Cardeal Tur*, para lá receber da própria *Geralda* as passagens e o dinheiro para ser exibido às autoridades da emigração espanhola no momento do desembarque, entretanto, em

outro comunicado por telefone, feito na manhã de hoje, ficou acertado que as passagens e o dinheiro seriam entregues naquela empresa às 15h30; Que, ali presente foi orientada por *Geralda* a conduzir *Janilce* a sua casa para tomar banho e passar um casaco; Que, enquanto *Janilce* permaneceu na sua residência a mesma recebeu ligação de *Geralda*, para de lá dirigirem-se diretamente ao aeroporto Santa Genoveva, pois já estavam atrasadas; Que, no citado aeroporto não foi possível receber as orientações que *Geralda* iria lhe passar, no entanto, a mesma alegou que *Janilce* estava orientada a fazê-lo; Que, nas conversas mantidas com *Geralda* a declarante foi informada que ia viajar em companhia de outra garota, porém não lhe informara antes o nome dela; Que, a declarante informa que *Geralda* havia lhe informado que ia ficar hospedada em um hotel na cidade de Paris, onde iria ser procurada, por alguém a mando do proprietário do local em que iria trabalhar; Que, a declarante alega que em nenhum momento lhe foi informada o nome da cidade para onde estava sendo conduzida; Que, a declarante informou aos colegas de trabalho, dentre eles o seu ex-namorado de nome *João Garibalde Filho*, que estaria viajando para os Estados Unidos; Que, a declarante afirma que, a seu pedido, *João* a conduziu juntamente com seus pais, ao citado aeroporto; Que, a declarante informa que nos contatos mantidos com *Geralda* a mesma sempre lhe afirmou que iria ganhar em torno de U\$ 4.000 (quatro mil dólares) como garota de programa (prostituição); Que, *Geralda* lhe entregou U\$ 1.200 (mil e duzentos dólares) logo após o referido aeroporto, os quais deveriam ser exibidos no ato do desembarque, por si e pela acompanhante *Janilce*, os mesmos arrecadados na tarde de hoje por policiais federais, no referido aeroporto; Que, foi informada pela aliciadora que os aludidos dólares, deveriam ser devolvidos ao proprietário do clube logo após a chegada, e que as despesas da viagem deveriam ser ressarcidas a ele; Que, não conhecia *Janilce*; Que, ficou conhecendo *Janilce* na tarde de hoje no citado aeroporto; (...).

Verifica-se que *Lygia*, assim que foi abordada no aeroporto e levada para o Departamento de Polícia Federal, informou, em seu interrogatório, que foi convidada por uma pessoa de nome *Telma* para trabalhar como garota de programa na Espanha. Recebeu, posteriormente, telefonema de *Geralda*, convidando-a para trabalhar em um clube espanhol, dizendo que o dono pagaria toda a despesa de viagem, a qual deveria ser ressarcida a ele. Também deveria entregar ao proprietário do clube os dólares que *Geralda* lhe entregou para serem exibidos no ato do desembarque.

Observa-se que Lygia, em nenhum momento fala da existência da apelante Jucélia, revelando, ao contrário, que quem a esperava na Espanha era o “dono”, o “proprietário”, do clube no qual iria trabalhar, ou seja, alguém do sexo masculino, o qual, muito provavelmente, seria o agenciador do tráfico.

Em juízo, *Lygia Reis* confirma o teor do depoimento dado à autoridade policial, acrescentando que não conhece Jucélia Ferreira França e “não sabe se ela tinha algum papel no esquema de aliciamento”. Veja-se (fls. 126/127):

(...) declarou que *confirma o inteiro teor do depoimento prestado perante à autoridade policial* e constante de fls. 11/12; que sabia e tinha pleno conhecimento de que estava sendo aliciada por *Geralda Moreira Guimarães* para exercer a prostituição na Espanha; que iria ser recepcionada na Espanha pelo *dono do clube* onde ia trabalhar; ou funcionário dele, não sabe direito; que a depoente não sabe o nome das pessoas acima referidas; *que não conhece Jucélia Ferreira França e não sabe se ela tinha algum papel no esquema de aliciamento*; que ligou para a casa de *Geralda* e disse à mãe desta que queria ir para a Espanha trabalhar com prostituição, e depois então *Geralda* lhe retornou a ligação tendo sido este o modo pelo qual se estabeleceu o contato entre ambas

Mas, vejamos, também, o que disse a outra vítima na delegacia.

Janilce Ferreira da Silva Oliveira, fls. 12/13:

(...) Que, por volta de outubro do ano passado esteve na casa da mãe de *Geralda*, ocasião em que tomou conhecimento de que ela acabara de chegar da Espanha; *Que, há cerca de três (3) meses encontrou-se novamente com Geralda numa festa que se realizava no clube recreativo em Uruaçu/GO, ocasião em que afirmou a ela que havia tirado passaporte e que queria trabalhar na Espanha, como garçomete da irmã dela, cujo nome não se recorda; Que, naquela oportunidade Geralda disse que se não desse para trabalhar como garçomete a declarante toparia trabalhar como prostituta em clubes noturnos do citado país, ao que respondeu positivamente; Que a declarante afirma que a cerca de dois (2) meses entregou a Geralda o seu passaporte para que a mesma tratasse da viagem para a Espanha; Que, feito isso viajou para Anápolis, mas sempre mantendo contato telefônico com Geralda, para se informar acerca da viagem; Que, na quarta-feira recebeu ligação de Geralda, informando que a viagem estava programada para 17h25 de hoje, sendo que para*

tanto, deveria aguardá-la na rodoviária da cidade de Anápolis/GO, por volta das 8h30 de hoje; Que, em Anápolis/GO a declarante foi conduzida por *Geralda* a um salão de beleza para fazer “escova” em seu cabelo; Que, após sair do salão passaram em uma agência do Banco do Brasil daquela cidade para que *Geralda* ali retirasse dinheiro, de lá tomaram um taxi para esta capital; Que, aqui chegando dirigiram-se a uma agência de viagem, situada na Av. Goiás entre as ruas 1 e 2, centro, para ali retirarem as passagens; Que, enquanto se encontravam naquele estabelecimento, ali chegou uma garota de nome Lygia, acompanhada de um rapaz, a qual segundo *Geralda* iria viajar com a declarante para a Espanha; Que, logo após ter sido apresentada à *Lygia*, *Geralda* pediu a declarante que se dirigisse à casa de *Lygia* para lá tomar banho; Que, enquanto permanecia na casa de *Lygia*, *Geralda* ligou para a declarante, pedindo para que de lá dirigisse com *Lygia* diretamente para o aeroporto, onde deveria se encontrar, isto por conta do adiantado da hora; Que, a declarante informa que ao entrar no carro do acompanhante de *Lygia*, a mesma cochichou em seu ouvido dizendo: “fala que nós vamos para os Estados Unidos”; Que, por volta de 16h20 de hoje, a declarante, *Lygia*, e os pais desta e seu acompanhante chegaram ao citado aeroporto, onde já se encontrava *Geralda*; Que, naquele local *Geralda* entregou a declarante o passaporte e bilhete de passagem aérea, e à *Lygia* foram entregues U\$ 1.200 (mil e duzentos dólares), bilhete de passagem e passaporte em nome dela (*Lygia*); Que, naquele instante foram abordadas por pessoas que se identificaram por policiais federais, em seguida foram conduzidas a uma sala do aeroporto onde foram declinados os objetivos da viagem, por conseguinte todos foram conduzidos a esta Superintendência da Polícia Federal; *Que, enquanto permanecia em companhia de Geralda em Anápolis, a declarante foi por ela orientada que ao chegar em Paris era para dirigirem-se ao hotel indicado na reserva, feita junto a uma agência de turismo, onde deveriam permanecer no aguardo da irmã dela de nome Zilda ou seu marido Gonçalves; Que, também foi orientada por Geralda que os dólares entregues a Lygia deveriam ser entregues para Gonçalves, logo que o encontrasse, e que as despesas das passagens teriam que ser ressarcidas ao citado indivíduo em cerca de um mês, com o produto da prostituição; (...).*

O depoimento de *Janilce* confirma tudo o que também foi dito por *Lygia*, revelando, inclusive, que quem as apanharia em Paris seria *Zilda* (irmã de *Geralda*), ou seu marido *Gonçalo* (cunhado de *Geralda*), sendo que os dólares que lhes foram passados eram para ser entregues a este.

Novamente não se falou, em momento algum, da apelante Jucélia.

Ao ser inquirida pela autoridade policial, *Geralda Moreira Guimarães*, a aliciadora, disse, em fls. 14/15, o seguinte:

(...) Que, de Novembro de 1999 a Fevereiro do ano em curso, esteve em Oviedo, capital de Astúria/Espanha, trabalhando na cafeteria (panificadora) de sua irmã Jucélia Ferreira França; Que Jucélia casou-se com um espanhol Antônio Gonçalo Nunes há mais ou menos um ano e meio; Que, pelo que sabe, Gonçalo não possui casa noturna naquele país; Que a interrogada alega que há cerca de um mês e meio foi procurada, pessoalmente, por Lygia em Uruaçu/GO, ocasião em que a mesma solicitou-lhe ajuda financeira para que ela pudesse viajar para Paris/França, com fins turísticos; Que, há quase dois (2) meses, a interrogada foi procurada em sua residência por Janilce, a fim de saber quando estaria viajando para a Espanha, pois desejava viajar consigo para aquele país, em busca de trabalho; Que a interrogada afirma que não emprestou qualquer importância em dinheiro a Janilce para a viagem que pretendia fazer; Que para Lygia a interrogada alega ter emprestado cerca de US\$ 1.200 (mil e duzentos dólares), para que pudesse viabilizar sua desejada viagem para a Espanha; Que, pelo que soube, Lygia pretendia apenas conhecer a Espanha, e se de lá gostasse e conseguisse ganhar algum dinheiro, desejava por lá permanecer por algum tempo; Que a interrogada alega não ter comprado os bilhetes de passagens aéreas para as retronominadas, apenas as ajudou a adquiri-los, junto a uma agência de turismo estabelecida na Av. Goiás, no centro desta capital, cujos número e endereço não sabe informar; Que a declarante alega que acompanhou Lygia e Janilce ao aeroporto Santa Geneveva no final da tarde de hoje, apenas para delas ali se despedir; Que a interrogada informa que os pais de Lygia e outros parentes também se encontravam no referido aeroporto; Que o telefone de Jucélia na Espanha é 616.218063; Que as remessas de dinheiro efetivadas por sua irmã Jucélia a partir da Espanha, realizadas em 29/02/2000 (US\$ 2.510) e em 20/03/2000 (US\$ 2.641,62), via Banco do Brasil, destinaram-se a construção de uma loja de brinquedos que a interrogada pretende montar em Uruaçu/GO ou Mara Rosa/GO; Que a interrogada alega que as importâncias correspondentes às remessas feitas por sua irmã, na verdade lhe pertenciam e estavam a ela emprestadas; Que a interrogada alega que os números 1998941662 e 331142851881 referem-se anotados aos códigos de remessa de dinheiro feitos para si, por parte de sua irmã Jucélia, a partir da Espanha; Que a interrogada afirma que a importância de dinheiro emprestada

a *Lygia* seria devolvida quando de seu retomo da França, pois não sabe informar se ela conseguiria chegar à Espanha; Que a interrogada informa que a reserva de hotel por si efetivada em nome de *Lygia* e *Janilce* foi feita quando da aquisição das referidas passagens, pois trata-se de uma exigência regulamentar para o desembarque de turistas em países europeus; Que, questionada por que razão permaneceu na empresa vendedora das referidas passagens, enquanto *Lygia* e *Janilce* dirigiram-se para a casa da primeira, a fim de se prepararem para a viagem, respondeu que assim o fez porque a reserva de hotel não tinha ali chegado, considerando que já estava próximo do momento previsto para o voo, ou seja, às 17h25 de hoje; (...).

Como seria óbvio, *Geralda* negou qualquer envolvimento com o tráfico de pessoas para o exercício da prostituição na Espanha, dizendo que emprestou os dólares para que *Lygia* pudesse viajar e que ajudou esta e *Janilce* a comprar as passagens.

Há, porém, uma coisa intrigante em seu depoimento: ela afirma que a apelante Jucélia é sua irmã, que esta possui uma cafeteria na Espanha, sendo casada com o espanhol Antônio Gonçalo, ou seja, aquele que aparece no depoimento de uma das vítimas como sendo o proprietário do clube onde iria trabalhar. Além disso, pelas informações prestadas por *Janilce*, a irmã de *Geralda* se chama *Zilda*, esta, sim, casada com Gonçalo.

Reinquirida, em fls. 39, *Geralda* mais uma vez afirmou que sua irmã se chama Jucélia e que *Zilda* era uma amiga que trabalhava na cafeteria de Jucélia. A filiação constante do documento de fls. 48, no entanto, desmente a afirmação, assim como o relatório da Polícia Federal, em fls. 70, que reconhece que *Zilda* é quem, de fato, era irmã de *Geralda*. Observa-se, com isso, a intenção desta em proteger sua irmã, mas... por que? Vamos adiante.

A funcionária da agência de turismo, *Karla Souza dos Santos*, que vendeu as passagens de *Janilce* e *Lygia* para *Geralda*, chamada para depor, disse perante a autoridade policial, em fls. 45:

(...) Que se recorda de que, no início da tarde do dia 30 próximo passado, vendeu dois bilhetes de passagens aéreas, ao preço aproximado de um mil e trezentos reais cada um, com destino a Paris/França, a uma pessoa do sexo feminino, cujo nome não se recorda, entretanto, afirma que a mesma é a pessoa retratada à fl. 27; Que o pagamento de tais

bilhetes foi efetuado em moeda corrente nacional pela citada pessoa; Que a depoente esclarece que a adquirente das passagens as havia reservado, pessoalmente, por volta do dia 25 de março; Que, quando da entrega das passagens, as beneficiárias se faziam presentes, cujos nomes ora não se recorda, entretanto, afirma, com segurança, serem as titulares dos passaportes ora exibidos às fls. 12 e 14; Que a reserva do Hotel Lorete em Paris/França, em nome das passageiras foi solicitada pela pessoa que pagou as passagens em comento, e efetivada junto à operadora turística Exectur; Que a depoente afirma que esta é a segunda vez que vende passagens internacionais à referida pessoa, que ora toma conhecimento tratar-se Geralda Moreira Guimarães; Que, na primeira vez que vendeu passagens à Geralda, as pessoas beneficiárias das mesmas eram do sexo feminino, não se recordando dos nomes e destino da viagem; (...).

Em Juízo, disse Karla dos Santos, fls. 153:

(...) que confirma o inteiro teor do depoimento prestado perante a autoridade policial e constante de fl. 45; que não conhece Jucélia Ferreira França; que Geralda foi por duas vezes na agência em que a Depoente trabalhava, e foram estas as únicas vezes em que teve contato com ela; as passagens compradas por Geralda eram para mulheres.

Os depoimentos da funcionária da agência de turismo também não revelam nada que possa colocar a apelante Jucélia sob suspeita. Apenas serve de prova contra Geralda, a aliciadora.

2.1. Da justificativa da apelante para os depósitos de fls. 26/28.

Como visto, Jucélia passou à condição de suspeita por ter feito depósitos na conta de Geralda, todavia os justifica dizendo que esse foi o meio utilizado para enviar dinheiro para os seus filhos, comprar uma casa e, também, para pagar Geralda, que financiou a sua viagem para a Espanha. O Ministério Público discorda. Vejamos.

O Departamento de Polícia Federal diligenciou no sentido de localizar os titulares das contas bancárias relacionadas aos recibos de depósitos de fls. 36/38 destes autos, sendo informado do seguinte:

Segundo Ronaldo Nogueira Gomes, fls. 52,

(...) sua cunhada Ivonete Rezende Rodrigues, encontra-se atualmente residindo na Espanha, sobrevivendo da prostituição; Que Ivonete viajou para aquele País aliciada por Jocelino de Tal, cujo paradiro não sabe informar; Que, como sua cunhada

deixou dívidas a saldar nesta Capital, solicitou ao depoente que lhe fornecesse o número de sua conta corrente na Caixa Econômica Federal, agência 2274, para enviar dinheiro a ser entregue à mãe de Ivonete; Que, há cerca de quarenta dias, a esposa do depoente recebeu telefonema de Ivonete, informando que era para ela ligar num determinado telefone de uma pessoa de Uruaçu, cujo número ora não se recorda, para fornecer a ela o número da conta corrente do depoente, para efetuar o pretendido depósito em sua conta; Que sua esposa Eliete Rezende Rodrigues efetivamente ligou no número fornecido pela cunhada do depoente, quando a interlocutora afirmou-lhe chamar-se Fabricia, entretanto, sua esposa percebeu que tal pessoa possuía outro nome, não sabendo se se tratava de Geralda; Que a importância efetivamente depositada na conta da depoente foi um mil reais, os quais foram em seguida entregues à destinatária, no caso, a mãe de Ivonete, isto por volta do dia 10 de março passado; Que não conhece Geralda Moreira Guimarães; (...)

José Pedro Felix, fls. 54/55:

(...) que conhece Geralda Moreira Guimarães há algum tempo, pois, esta foi responsável pela ida de sua filha para a Espanha; Que, de quando em vez, Geralda faz depósitos em sua conta, numerário que seria, segundo José, enviado por sua filha; Que desconfia da honestidade de Geralda, não tendo por certeza se esta realmente deposita o valor real enviado por sua filha daquele país; Que conhece uma moça também levada por Geralda para a Espanha, que voltou e está residindo no Povoado do Patrimônio do Vicente, em residência próxima a do entrevistado; Que sua filha, quando chegou à Espanha, teve de pagar uma quantia de oito mil reais, referente aos gastos com passagem e outras despesas que foram, na ocasião, patrocinadas por Geralda, o que achou uma exploração;(...)

Felipa Peixoto da Cruz, fls. 55:

(...) que não conhece Geralda Moreira Guimarães; Que possui residência em Goianésia/GO, contudo, fica constantemente em Goiânia pois exerce atividade laboral nesta capital; Que Maria de Fátima Gomes da Silva, sua irmã por parte de seu genitor, é residente na Espanha; Que a mencionada, às vezes, envia dinheiro para a entrevistada, contudo não soube precisar como deposita o numerário em sua conta, admitindo a possibilidade que sua irmã talvez esteja enviando a remessa por intermédio de Geralda;(...)

Luzia Pereira Leite, fls. 55/56:

(...) que não conhece *Geralda Moreira Guimarães*; *Que sua filha, a qual deseja não mencionar o nome, reside na Espanha*; *Que não sabe precisar se foi Geralda quem patrocinou a ida da mesma para aquele país*; *Que a referida, às vezes, deposita quantias em dinheiro na conta bancária da entrevistada, entretanto, não soube dizer se o dinheiro chega até sua conta por intermédio de Geralda, mas admitiu esta possibilidade (...)*.

Maria Natalina de Souza, fls. 56:

(...) que não conhece *Geralda Moreira Guimarães*; *Que, conhece uma pessoa que já morou na Espanha, sendo esta sua amiga Vanilde Rodrigues Santos, também moradora da cidade mencionada em epígrafe, tel. 62. 342-1159*; *Que, na época em que Vanilde estava no exterior, esta lhe enviava remessas em dinheiro, pois, a entrevistada ficou responsável pelos filhos daquela que permaneceram na cidade de Ouro Verde/GO*; *Que, este numerário era depositado em sua conta, entretanto, não sabe precisar como*; *Que admitiu existir a possibilidade destas quantias serem depositadas em seu nome por intermédio de Geralda (...)*.

Ronaldo Nogueira Gomes, fls. 56/57:

(...) que não conhece *Geralda Moreira Guimarães*, contudo, tem conhecimento de uma pessoa que patrocinou a ida de *Ivonete Rezende Rodrigues*, irmã de sua noiva, para a cidade de Oviedo na Espanha; *Que o entrevistado forneceu o número de sua conta bancária para que Ivonete enviasse uma remessa em dinheiro para Adelina Rezende Rodrigues, mãe daquela*; *Que admite existir a possibilidade de Ivonete ter enviado o numerário para o Brasil, por intermédio de Geralda; (...)*.

Reinquirida no Departamento de Polícia Federal, fls. 39, Geralda deu outra versão para justificar os comprovantes de depósitos encontrados em seu poder, efetuados em vários bancos em nome das pessoas acima citadas. Disse que referiam-se a empréstimos feitos a juros aos beneficiários, que possui uma conta no banco *cajAstur*, agência em Oviedo/Espanha, e volta a afirmar que Zilda é sua amiga, que vive na Espanha, trabalhando na cafeteria de sua irmã Jucélia.

Concluiu a Polícia Federal que “as pessoas beneficiárias dos aludidos recibos bancários são, na verdade, parentes de mulheres que estão se prostituindo na Espanha, muitas delas aliciadas por *Geralda*”.

Portanto, a justificativa dada por Jucélia, em seu recurso de apelação, não pode ser desprezado. Aliás, é, no meu entender, convincente, pois, como visto dos depoimentos acima e do relatório da Polícia Federal, não só Jucélia, mas, também, várias outras mulheres depositavam na conta de Geralda, para que esta repassasse o dinheiro a seus parentes aqui no Brasil. José Pedro Félix, inclusive, comenta que “sua filha, quando chegou à Espanha, teve de pagar uma quantia de *oito mil reais*, referentes aos gastos com passagem e outras despesas que foram, na ocasião, patrocinadas por *Geralda*”.

Assim, por que Jucélia não poderia ter enviado o dinheiro para pagar as despesas de seus filhos, comprar uma casa e restituir à Geralda o valor por esta patrocinado para a sua ida à Espanha?

E por que Geralda insiste em afirmar que Jucélia é sua irmã, dona de uma cafeteria na Espanha, e Zilda é sua amiga, que trabalha nesse local?

Claro está, no meu entender, que a aliciadora tenta, de toda a maneira, não envolver Zilda e, ao mesmo tempo, coloca em risco Jucélia, do contrário, por que a mentira sobre o parentesco?

2.2 Da situação financeira da ré

Além do mais, conforme afirmou a apelante, ela não teria condições de “bancar” o aliciamento de mulheres para o exterior”. Para confirmar sua situação financeira, importante ler os depoimentos de suas testemunhas de defesa, em juízo:

Otilia Gomes Fonseca, fls. 193/195:

(...) das acusadas conhece apenas Jucélia, sabe que ele esteve na Espanha por mais ou menos sete meses; não tem notícias porque voltou a esta cidade, mas tem suspeita que lá ela estava prostituindo; *na cidade de Uruaçu ela sempre trabalhou como doméstica e hoje continua ainda doméstica*; (...) pelo visto não melhorou seu patrimônio.

Luzia Ferreira da Silva Souza, fls. 194:

(...) *pelo que sabe Jucélia é casada com o atual marido e com o dinheiro que trouxe da Espanha comprou apenas uma casa premoldada*; *Jucélia trabalhava e trabalha como doméstica*; *nunca demonstrou riqueza*; a declarante não acredita que ela tenha condições de agenciar mulheres de Uruaçu ou de outros locais para prostituírem na Espanha; (...) pelo que sabe a terceira acusada é de boa índole, não tem envolvimento com polícia, é trabalhadeira e honesta.

Daiane Gomes Santos, fls. 196/197:

(...) *quando Jucélia voltou da Espanha comprou uma casa no Parque Paraíso e voltou trabalhar como doméstica; Jucélia não ostenta riqueza; não sabe explicar se Jucélia tem alguma ligação com Geralda; não sabe dizer quem bancou a ida de Jucélia para a Espanha; até esse momento tem bom conceito de Jucélia, é honesta, não tem envolvimento com a polícia. (...) acredita que Jucélia comprou a casa onde mora por mil e quinhentos reais; acredita que Jucélia ficou na Espanha por cinco ou seis meses.*

Oswariana Gonçalves Farias, fls. 198:

(...) *das acusadas conhece apenas Jucélia, que foi sua vizinha por algum tempo, lembra que ela foi para Espanha, ficou pouco tempo lá, seu intuito era ganhar dinheiro para comprar uma casa e, quando ganhou, voltou ao Brasil, ela continua morando com os filhos e com o marido; (...) pelo que sabe Jucélia não aumentou seu patrimônio, além da casa onde reside; a depoente não conhece Lygia Rodrigues e Janilse; que Jucélia é pessoa de boa índole, é correta, honesta, e não tem passagens pela polícia. (...) que não sabe quanto ganha o marido de Jucélia, mas Jucélia percebe cento e setenta reais por mês (...); Jucélia voltou para o Brasil voluntariamente; Jucélia disse que voltou para o Brasil por sentir muitas saudades do filho; Jucélia comprou a casa onde mora por mil e oitocentos reais; pelo que sabe, Jucélia não tem outros bens além do acima mencionado; pode afirmar que Jucélia não tem dinheiro depositado em Banco.*

Ilda Maria Vieira Bailona, fls. 199:

(...) *não sabe o que Jucélia foi fazer na Espanha, pelo visto, ela não ganhou dinheiro; pelo que sabe, Jucélia não adquiriu nenhum bem depois que voltou da Espanha; Jucélia é pessoa honesta, correta e trabalhadeira e que não tem envolvimento com a polícia; que Jucélia trabalha como doméstica. (...) Que Jucélia tem cinco filhos; que Jucélia continua convivendo com o marido e com os filhos; marido e mulher sustentam a casa de Jucélia.*

Maria Helena Farias, fls. 200:

(...) *Jucélia não ostenta riqueza e continua morando num bairro pobre desta cidade, juntamente com o marido e os cinco filhos; que Jucélia é pessoa de boa índole, trabalhadeira, honesta, não tem vícios e nem envolvimento com a polícia. Às perguntas da defesa, respondeu: que não sabe dizer qual o preço que Jucélia comprou a casa no Parque Paraíso; acredita que hoje a casa de Jucélia vale dois mil reais; acredita que Jucélia e o marido sustentam a*

casa; de imediato Jucélia quando voltou da Espanha começou a trabalhar como doméstica; não sabe quanto Jucélia ganha por mês.

Percebe-se que a apelante ficou, apenas, seis meses na Espanha, trabalhando como prostituta e, quando voltou ao Brasil, por vontade própria, como afirmam suas amigas, sem saber que Geralda havia sido presa, como afirmou ela em seu depoimento perante o Juiz (*“só ficou sabendo que Geralda foi presa no aeroporto quando voltou para o Brasil” – fls. 107/108*), comprou uma casa pré-moldada, por, aproximadamente, R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) e continuou trabalhando como doméstica.

Parece-me ilógico afirmar, sem mais prova alguma, que a ré poderia estar financiando o tráfico internacional de mulheres do Brasil para a Espanha, até porque, o pouco tempo em que permaneceu no exterior, trabalhando como garota de programa, não lhe permitiria ter juntado dinheiro o suficiente para começar a ser agenciadora, ao invés de vítima.

Quanto à alegação do Ministério Público, de que ela mentiu sobre não confiar em seus familiares, porque as testemunhas de defesa afirmaram que quem cuidava de seus filhos eram a sua mãe e irmã, tem que se considerar, então, o depoimento de Daiane Gomes Santos, em fls. 196/197, que diz que cuidou de três dos filhos da acusada:

(...) *já com relação a Jucélia é sua vizinha, inclusive na época que ela foi para Espanha, três filhos da terceira denunciada ficaram na casa da depoente, o quarto filho com a família e o quinto filho com outra pessoa; Jucélia ficou pouco tempo na Espanha e desconhece os motivos porque ela não quis mais voltar à Espanha; não sabe dizer se ela foi à Espanha para se prostituir; só depois de dois meses que Jucélia estava na Espanha foi que mandou duzentos reais mais ou menos para a depoente para ajudar na assistência dos seus filhos que aqui ficaram.*

Essa informação demonstra que também não se pode ter como inverdade a afirmação da ré.

3. Ante o exposto, dou provimento à apelação de Jucélia Ferreira França, para absolvê-la da acusação, nos termos do art. 386, VI, do Código Penal.

4. É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Leão Aparecido Alves: — Recebi os autos do processo, procedi ao necessário reexame de revisão, nos termos legais e regimentais e, sem acréscimo ao relatório, pedi dia para julgamento.

A sentença condenou Jucélia Ferreira França pela suposta prática do crime previsto no art. 231 (tráfico internacional de pessoas), na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal. A imputação decorre do fato de ter sido apreendido em poder de Geralda Moreira Guimarães recibos de transferência de dinheiro da Espanha para a sua conta, cuja remetente seria a recorrente, quando fazia o embarque de duas garotas no Aeroporto Santa Genoveva, em Goiânia/GO, para fins de prostituição naquele país, em face do que, firmou-se a convicção de que Jucélia, por meio de Geralda, seria a responsável pelo aliciamento de mulheres, para fins de prostituição na cidade de Olivedo, na Espanha.

Como bem acentuou o relator, à exceção destes recibos e do próprio fato de a ré ter sido prostituta naquele país, não há mais nada que a ligue ao esquema de aliciamento de prostitutas, menos ainda na condição de provedora financeira do esquema. Os vários depoimentos prestados sequer citam a sua participação, estando os fatos sempre ligados à Geralda Moreira, seja como contato para fazer a viagem, seja como financiadora, de forma que suposição feita pela denúncia, a partir daqueles recibos, não se confirma nas demais provas, até porque há justificativa plausível para o depósito dos valores na conta de Geralda, pois ficou demonstrado nos autos que ela recebeu não só valores de Jucélia, mas de outras tantas garotas que estavam fora do país, para passar a seus familiares, pois ela era o contato destas mulheres, até porque, parece ter sido ela quem as aliciou.

Diante dessas evidências, peço vênias ao prolator da decisão recorrida, mas entendo que não ficou comprovada a materialidade do delito em relação à ré Jucélia Ferreira França, razão pela qual a absolvo das imputações, na linha do inciso IV do art. 386 do CPP, dando, assim, provimento ao seu apelo.

Quarta Turma

Apelação Criminal

2006.42.00.001500-3/RR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. José Milton Nogueira Júnior
Apelado: Alexandro Ferreira Lima (réu preso)
Apelado: Álvaro Faba Gomes (réu preso)
Defensor: Defensoria Pública da União
Publicação: DJ 2 de 13/09/2007

Ementa

Penal. Tráfico internacional de heroína. Art. 12 c/c o art. 18, I, todos da lei. Nova Lei de Tóxico. Lei 11.343/2006, art. 40, I. Aplicação da lei penal no tempo. Aplicação da lei penal mais benéfica, sem combiná-la. Lex mitior. Atendimento do art. 2º, parágrafo único, do CP c/c o art. 5º, IX, da CFR.

I – As condutas imputadas aos réus apelados encontram-se devidamente descritas na denúncia, e restaram confirmadas na instrução processual, de modo que a materialidade e autoria dos delitos, comprovadamente estabelecidas na sentença condenatória, demonstram a participação de cada um dos acusados na empreitada criminosa, com todas suas circunstâncias.

II – Na aplicação da lei penal mais benéfica, quando em conflito, deve-se aferir, no caso concreto, qual delas terá o resultado mais favorável ao réu, mas sem combiná-las, ou seja, verificando o juiz que a aplicação da lei mais antiga na sua integralidade é mais benéfica, deve a ela recorrer para beneficiar o réu. Caso contrário, se a lei nova apresenta-se mais benéfica ao réu, a esta deve recorrer para aplicar ao acusado, propiciando-lhe o benefício da *lex mitior*.

III – No caso, deve incidir como causa de aumento da pena fixada aos acusados a do art. 18, I, da Lei 6.368/1976, e não a do art. 40, I, da Lei 11.343/2006 (nova lei de tóxico), considerando que, no caso em exame, aplicando-se a lei nova, com a incidência da causa de aumento de 1/6, a pena ficaria maior.

IV – Não se pode considerar na dosimetria da pena, para efeito de elevar a pena-base, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, dados ou fatos que já integram a descrição do tipo, sob pena de está incorrendo em *bis in idem*.

V – Apelação do Ministério Público Federal provida.

VI – *Habeas corpus*, de ofício, revisando a dosimetria das penas impostas aos réus, consoante parecer da PRR/1ª Região.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, e, de ofício, conceder *habeas corpus* aos réus, revisando a dosimetria das penas que lhes foram impostas, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 28/08/2007.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de apelação (fls. 254/259) interposta pelo Ministério Público Federal, contra a sentença de fls. 229/251, que julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, para condenar, respectivamente, os acusados Alessandro Ferreira Lima e Álvaro Fará Gomes a 5 (cinco) anos e 3 três meses de reclusão e a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 58 (cinquenta e oito) dias-multa, pela prática do crime definido no art. 12 da Lei 6.368/1976 c/c o art. 40, I, da Lei 11.343/2006.

Em suas razões de recurso, o recorrente sustenta, em síntese, não ser possível a combinação de norma revogadora com norma revogada, sob pena de se criar uma terceira lei, razão por que deveria incidir *in casu* a causa de aumento de pena prevista no art. 18, I, da Lei 6.368/1976 (aumento decorrente da internacionalidade do entorpecente), e não aquela do art. 40, I, da nova lei de tóxico (Lei 11.343/2006), ainda que mais benéfica.

Entende, assim, que a sentença deve ser parcialmente revista, no sentido de aplicar-se o art. 18, I, da Lei 6.368/1976, em substituição ao art. 40, I, da Lei 11.343/2006, por ser juridicamente impossível, no caso, a combinação da norma revogadora com a norma revogada.

Defende, ainda, a manutenção da sentença nos demais termos da condenação.

Requer, ao final, que seja julgado procedente o recurso *“para reformar parcialmente a r. sentença de fls. 229/251, nos termos das razões ora expostas.”* (fl. 259).

Existem contra-razões (fls. 270/274).

Nesta instância, a PRR/1ª Região manifestou-se no sentido de se negar provimento ao recurso ministerial, reformando-se, contudo, a sentença no tocante à individualização da pena.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Este é o teor do requerimento ministerial iniciando o feito:

O Ministério Público Federal, pelo Procurador da República abaixo assinado, comparece a este Juízo para, na qualidade de titular da ação penal pública, com base no incluso Inquérito Policial, oferecer Denúncia em desfavor de:

delituoso a seguir descrito:

1. Dos fatos

Compulsando-se o incluso Inquérito Policial, instaurado mediante Auto de Prisão em Flagrante, verificou-se a ocorrência da seguinte prática delituosa:

Por volta das 9h15 do dia 08/06/2006, o segundo denunciado, contando com a orientação e participação do primeiro acusado, efetuou a postagem por sedex de uma embalagem na agência dos Correios da cidade de Rorainópolis, neste Estado de destino à cidade de New York, Estados Unidos da América, contendo em seu interior aproximadamente 1,395Kg de substância entorpecente com amostra positiva para heroína, acondicionados no interior de um arranjo de flores artificiais.

Conforme apurados nos autos, policiais civis lotados naquele município há meses vinham monitorando a remessa de entorpecentes para o exterior, através da agência dos Correios de Rorainópolis, razão pela qual após detectarem a chegada dos dois denunciados na cidade, presenciaram quando da efetivação da remessa da droga para os Estados Unidos, prendendo-os em seguida pela prática do crime de tráfico internacional.

Ademais, em seus interrogatórios, ambos os denunciados confessaram a prática do crime em tela, relatando inclusive todos os passos do *iter criminis* que o levaram a cometer o delito, bem como o nome da fornecedora do entorpecente, *verbis*:

(...) Que, em Manaus, na semana passada, dia 01/06/2006, o declarante e Alessandro receberam da Sra. Maria Roseti uma bolsa de plástico contendo a droga; que Maria Roseti vinha sozinha em uma lancha de recreio, oriunda de Tabatinga; (...) que Maria Roseti pagaria dez mil reais ao declarante e a Alessandro para virem a Roraima e enviassem a droga ao exterior pela agência de Correios de Rorainópolis;

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) e Klaus Kuschel (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes. Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

que chegou a Rorainópolis hoje pela manhã; que em Rorainópolis, Alessandro copiou os endereços dos destinatários de outras entregas; que a droga apreendida estava sendo enviada a Nova Iorque, EUA; que, por volta das 9h15, efetuou a postagem de uma embalagem contendo um arranjo de flores; que no interior do arranjo havia a droga que seria enviada aos Estados Unidos; (...) que após deixar a agência dos Correios, se dirigiu ao hotel onde estava Alessandro; que por volta de 11h45, ao saírem para almoçar, foram abordados pela polícia civil; (...)" (Interrogatório de Álvaro Fabá Gomes, fl. 5 do IPF – sublinhei).

"(...) que, em Manaus, na semana passada, dia 01/06/2006, o declarante e Álvaro receberam da Sra. Maria Roseti uma bolsa de plástico contendo a droga; (...) que Maria Roseti pagaria dez mil reais ao declarante e a Álvaro para virem a Roraima e enviassem a droga ao exterior pela agência de Correios de Rorainópolis; que chegou em Rorainópolis hoje pela manhã; que em Rorainópolis, copiou os endereços de destinatários de outras entregas, conforme passado por Maria Roseti; que a droga apreendida estava sendo enviada aos Estados Unidos; que por volta das 9h, Álvaro efetuou a postagem da droga, enquanto o declarante ficou no hotel tomando banho; (...) que por volta de 11h45, ao sair com Álvaro do hotel para almoçar, foram abordados pela polícia civil; (...) que é a quarta vez que executa esse serviço; (...)" (Interrogatório de Alessandro Ferreira Lima, fl. 6 dos autos – destaquei).

Desta forma, resta comprovado que os denunciados praticaram o crime de tráfico internacional de entorpecentes com a finalidade de receber determinada quantia em dinheiro, tendo sido o transporte encomendado pela pessoa denominada Maria Roseti, com provável origem em Tabatinga/AM. Por tal "serviço", os denunciados receberiam a quantia de R\$ 10.000,00, com destaque para a confissão do réu Alessandro de que esta era a quarta vez que pratica esta conduta, demonstrando ser contumaz no crime de tráfico.

2. Da autoria e materialidade delitiva

Encontram-se sobejamente demonstradas nos autos a autoria e materialidade delitivas no crime de tráfico internacional de entorpecentes. A autoria do fato está indubitavelmente comprovada pelos depoimentos das testemunhas e pela confissão dos denunciados. Ademais, têm-se ainda as fotos provenientes do circuito de câmeras da agência dos Correios, flagrando a postagem da embalagem pelo acusado, encartadas às fls. 59/42.

A materialidade acha-se consubstanciada através do laudo preliminar de constatação às fls. 9/10, que atesta que a substância entorpecente apreendida quando submetida aos testes químicos

preliminares resultou positiva para heroína, com massa final bruta de aproximadamente 1,395 kg.

Por fim, corroboram as provas apresentadas os autos de apreensão de fls. 17/18 e 19, bem como a cópia da nota fiscal do produto enviado pelos Correios (anexa a esta denúncia), na qual consta o envio de um vaso de flores artificiais, efetuado pelos réus com o nome falso de Carlos Pinto Soares, com destinatário nos Estados Unidos: Ruthie Spivacy, 1215, Astor Ave Basement, Bron – NY, 10.469 – NY, com valor declarado de R\$ 200,00. Com efeito, tal prova demonstra de forma inequívoca a internacionalidade do entorpecente, consoante será exposto.

3. Da imputação penal

Tendo praticado a referida conduta, qual seja, o tráfico e posse de substância entorpecente, de uso proscrito, modalidade heroína, os denunciados incorreram nas penas do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, I, da Lei 6.368/1976, que dispõem:

Art 12 Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(...)

Art 18 As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

I – no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal.

Evidenciada a internacionalidade do tráfico, ante os fortes indícios de que os denunciados receberam a droga e a transportaram dentro do território nacional com o objetivo de enviá-la ao exterior, conforme comprovam as notas fiscais dos Correios anexas a esta denúncia em consonância com as demais provas apresentadas. Neste sentido, em caso análogo, já se pronunciaram os tribunais federais, *ipsis litteris*:

Ementa: Penal — Art. 12 da Lei 6.368/1976 — Tráfico de entorpecentes.

- O apelante foi condenado a 3 (tres) anos de reclusão e a multa de 10 (dez) salários mínimos por ter sido apreendido, em seu poder, material entorpecente (maconha).

- *Encaminhava o entorpecente através de correspondência dirigida a Londres, Inglaterra, apreendida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.*

- Iniciado o processo na justiça do Rio de Janeiro, declinada a competência para a Justiça Federal.

- Alegação de nulidade da sentença por considerar incompetente a justiça do estado do Rio de Janeiro para 'novo julgamento'.

- Apelação repete argumentos já rejeitados pela sentença monocrática.

- *Pacífico o entendimento da competência da Justiça Federal e não da estadual, pois embora a ação delituosa ocorresse no estado do Rio de Janeiro o material entorpecente foi postado pelo apelante na agência dos correios em copacabana, nesta cidade, mas endereçada a Londres, Inglaterra.*

- *Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada.*

(...)

- Apelação conhecida, mas não provida, em decisão unânime.

(Tribunal — Segunda Região — Apelação Criminal processo: 8902020878 UF: RJ órgão julgador: Terceira Turma data da decisão: 02/10/1991 — Relator(a) Juiz Celso Passos).

4. Dos pedidos

Face o exposto, requer o Ministério Público Federal:

- Sejam citados os denunciados para apresentação de defesa preliminar, nos termos do art. 38, *caput*, da Lei 10.409/2002;

- seja recebida a *Denúncia*, após realização de interrogatório, instaurando-se a devida Ação Penal Pública, com a observância das formalidades legais, prosseguindo-se até final da condenação; e

- seja determinado ao Sr(a). Chefe de Secretaria a juntada aos autos das "Folhas de Antecedentes Criminais" (Certidão de Distribuição) do denunciado.

Termos em que, pede deferimento. (fls. 3/7).

Processada a causa, o juiz assim a decidiu:

A nova Lei de Drogas (Lei 11.343, de 23/08/2006), em vigor desde o dia

08 /10/2006, no que se refere ao crime de tráfico de drogas, capitulado no art. 33, não retroagirá para atingir fatos praticados na vigência da Lei 6.368/1976.

A solução do presente conflito aparente de leis penais no tempo passa pela clássica hipótese da irretroatividade da *novatio legis in pejus*, objeto de estudo do chamado Direito Penal Intertemporal, autorizando que o art. 12, da Lei 6.368/1976, mesmo revogado, seja aplicado aos casos ainda não findos em virtude do fenômeno jurídico da ultraatividade da lei penal mais benéfica. É o que ocorre no caso sob julgamento.

Neste processo o Ministério Público Federal imputa aos acusados o cometimento do crime tráfico internacional de drogas, delito então tipificado no art. 12, c/c o art. 18, I, ambos da revogada Lei 6.368/1976, dispositivos estes que, no caso *sub judice*, possuem eficácia ultra-ativa.

A relação jurídico-processual constituiu-se e desenvolveu-se regularmente, não havendo qualquer irregularidade a sanar, sendo da Justiça Federal a competência para o processo e julgamento do crime de tráfico internacional de entorpecentes.

A materialidade dos crimes descritos na denúncia restou suficientemente comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 10/14); do auto de apresentação e apreensão (fls. 25/27); bem como pelo Laudo Definitivo de Exame em Substância de fls. 108/111, o qual, corroborando o Laudo Preliminar de Constatação (fls. 17/18), apresentou resultado positivo para a presença de *Heroína (Diacetilmorfina)*, substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, podendo causar dependência física ou psíquica, estando inserida na Lista F1 (Substâncias Entorpecentes de Uso Proscrito no Brasil) da Resolução — RDC 12 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, de 30/01/2006, em conformidade com a Portaria 344-SVS/MS, de 12/05/1998, republicada no *DOU* em 01/02/1999.

Ressalte-se que fora apreendida a quantidade aproximada de 1,395kg de heroína, droga que estava acondicionada e camuflada dentro de um arranjo de flores artificiais. A apreensão ocorreu no interior da Agência de Correios situada no município de Rorainópolis, neste Estado, quando o acusado Álvaro Fará Gomes tentava exportar/remeter via sedex, para os Estados Unidos da América.

A autoria dos crimes, por sua vez, apresenta-se de forma incontroversa. Em juízo, o acusado Alexandre Ferreira Lima confirma o acontecimento dos fatos, ou seja, a tentativa de remeter, via sedex, para os Estados Unidos da América a caixa contendo a droga. No entanto, nega a prática do tráfico internacional de drogas afirmando que imaginava possuir no interior da encomenda apenas sementes de ervas medicinais.

Confira-se o que narrou este denunciado por ocasião de seu interrogatório em juízo:

(...) *é verdadeira a acusação*; praticou o fato porque estava desempregado e por falta de dinheiro; o outro acusado só foi convidado para acompanhar o depoente e não sabia de nada; (...); *é a primeira vez que praticou o fato*, pegou a caixa já lacrada em Manaus-AM com uma senhora de nome Maria Roselis; ela disse que a caixa continha sementes de ervas medicinais; ela disse que na cidade de Rorainópolis-RR seria mais fácil remetê-la pelo correio para os Estados Unidos; (...); esta era a *segunda vez que remetia sementes de ervas medicinais para o exterior* a pedido de Maria Roselis; nas duas vezes recebeu cada uma delas R\$ 1.000; (...); a postagem da caixa pelo Correio foi feita pelo outro acusado; (...); *ao ser ouvido na Polícia não sofreu nenhuma coação ou violência; confirma o que declarou à Polícia Federal*; (...); não chegou a abrir a caixa para ver o que tinha dentro; (...) (Destaquei). (Interrogatório prestado em juízo pelo denunciado Alexandre Ferreira Lima – fls. 115/117).

O acusado Álvaro Fará Gomes, interrogado em juízo (fls. 118/120) afirmou que: “(...) sabia que a caixa continha sementes medicinais; (...); não sofreu nenhuma violência ou coação na Polícia Federal, mas não confirma seu depoimento porque não leu; (...); foi o outro acusado quem o convidou para vir a Rorainópolis postar uma caixa nos Correios para os Estados Unidos e o depoente só perguntou o que continha a caixa e ele disse que eram sementes medicinais; não perguntou ao acusado se não era mais fácil remeter a caixa de Manaus; (...); achou estranho, mas não questionou o outro acusado porque saíram de Manaus para ir ao Correio; (...)”.

Com base nestas afirmações isoladas e divorciadas de todo o conjunto probatório, ou seja, de que imaginavam exportar para os Estados Unidos sementes de ervas medicinais ao invés de heroína, a defesa dos acusados sustenta a tese do “erro de tipo” pugnando pela absolvição da imputação de tráfico internacional de drogas.

No entanto, a mera alegação de erro sobre os elementos objetivos — sejam eles descritivos ou normativos — do tipo penal (art. 20, CP), quando dissociada do contexto fático-probatório existente nos outros, não é suficiente para excluir o elemento subjetivo do tipo.

São inúmeros os casos encontrados na jurisprudência. Confirmam-se:

Penal e Processual Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Comprovação da autoria e da materialidade. Erro de tipo.

1. Confirmada a autoria do tráfico internacional de entorpecentes, pela confissão do apelante — judicial e extrajudicialmente — e pela prova oral jurisdicionalizada, e não havendo dúvida a respeito

da materialidade do delito, impõe-se a confirmação da condenação, de resto posta pelo julgador de forma moderada e em harmonia com as circunstâncias judiciais do delito.

2. Não é de acolher-se a alegação de erro de tipo — falta de consciência de que transportara cocaína — que não tem base sequer razoável nas circunstâncias de fato do delito: o inexplicável transporte, pelo acusado, uma pessoa com experiência de vida, de uma mala pertencente a terceiros, do Peru para o Brasil, em circunstâncias — tamanho, peso fora do normal e disfarce no forro — que sugeriam claramente algo de anormal.

3. Improvimento da apelação. (Destaquei.)

(TRF 1ª Região, ACR 200239020011387, Terceira Turma, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, DJ 16/05/2003, p. 108.)

Penal. Apelação Criminal. Tráfico internacional de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Erro de tipo. Não comprovação. Recurso improvido.

I - Materialidade comprovada pelos laudos periciais, concluindo que a substância apreendida nos autos era de fato substância entorpecente (heroína).

II - Autoria evidenciada, pois a mala na qual a heroína foi acondicionada pertencia ao apelante, preso em flagrante ao tentar embarcar para o exterior com a substância entorpecente.

III - *Erro de tipo* não demonstrado, pois não restou verificado qualquer erro quanto a um dos elementos essenciais do tipo penal praticado. Ademais, as provas constantes nos autos não deixaram dúvidas de que o apelante tinha o conhecimento de que transportava substância entorpecente em sua mala.

IV - Recurso improvido.

(TRF 2ª Região, ACR 4273, Primeira Turma Esp., Rel. Juiz Abel Gomes, DJU 07/06/2005, p. 153)

“(...) - Autoria e materialidade do delito de tráfico de entorpecentes devidamente comprovadas nos autos.

- Alegação de erro de tipo afastada, em razão da ausência de elementos que comprovem o afirmado desconhecimento, pela recorrente, do conteúdo da bagagem. (...)”

(TRF 2ª Região, ACR 2818, Quinta Turma, Rel. Juíza Vera Lúcia Lima, DJU 02/12/2003, p. 146.)

Processo Penal. Penal. Tráfico de entorpecentes. Lei 6.368/1976. Erro de tipo. Não acolhimento. Internacionalidade configurada.

(...)

- A mera alegação de que o acusado incorreu em erro de tipo não pode ser acolhida, se isolada de todo o conjunto probatório. Precedentes citados.

- A circunstância de ter sido a recorrente presa, no momento em que tentava embarcar com destino a Lisboa, é suficiente para ensejar a aplicação do art. 18, I, da Lei 6.368/1976.” (Destaquei.)

(TRF 2ª Região, ACR 3453, Quinta Turma, Rel. Juíza Vera Lúcia Lima, *DJU* 16/12/2003, p. 522.)

Destarte, não há como merecer acolhida a tese do erro de tipo, sobretudo porque desprovida de suporte probatório da efetiva ocorrência de engano quanto ao conteúdo da caixa apreendida com os acusados, de cujo ônus não se desincumbiu a defesa.

Se a materialidade e autoria do tráfico internacional de drogas restaram comprovadas com a prisão em flagrante dos acusados, a estes caberia o dever de provar a alegada ignorância quanto a existência de droga no interior da encomenda que pretendiam remeter aos Estados Unidos, não sendo suficiente a simples alegação, nos termos do que dispõe o art. 156, do Código de Processo Penal.

Não é crível que os acusados desconheciam o conteúdo da caixa visto que foge ao senso comum o fato de deslocarem-se a uma distância de mais de quatrocentos (400) quilômetros para postar encomenda endereçada aos Estados Unidos da América e receber, em contrapartida, a expressiva quantia de 10.000,00 (dez mil reais).

Os acusados, ao empreenderem as condutas descritas na denúncia, voluntária e conscientemente, criaram “riscos proibidos” e desnecessários, o que poderia ser evitado com a simples conferência do conteúdo da encomenda. Não é verossímil que diante de todas estas circunstâncias, sobretudo pelo valor a ser pago pelo serviço e pela distância do local em que a encomenda deveria ser postada, os acusados — pessoas maduras e com experiência de vida — não tenham desconfiado de que se tratava de algo extremamente perigoso.

Por outro lado, condizentes com a prova produzida nos autos desta ação penal são os depoimentos prestados pelos acusados no calor da prisão em flagrante, vejamos:

(...) Que, em Manaus, na semana passada, dia 01/06/2006, o declarante e Alessandro *receberam da Sra. Maria Roseti uma bolsa de plástico contendo a droga*; que Maria Roseti vinha sozinha em uma lancha de recreio, oriunda de Tabatinga; que Maria Roseti é loira oxigenada, magra, mais ou menos 35 a 40 anos; que Maria Roseti pagaria *dez mil reais ao declarante e a Alessandro para virem a Roraima e*

enviassem a droga ao exterior pela agência de Correios de Rorainópolis; (...); que a droga apreendida estava sendo enviada a Nova Iorque, EUA; que, por volta das 9h15, efetuou a postagem de uma embalagem contendo um arranjo de flores; que no interior do arranjo havia a droga que seria enviada aos Estados Unidos; (...); que foi a primeira vez que fez este serviço; (...) (Destaquei). (Interrogatório prestado na Polícia Federal pelo acusado Álvaro Fará Gomes – fl. 13).

(...) Que, em Manaus, na semana passada, dia 01/06/2006, o declarante e Álvaro *receberam da Sra. Maria Roseti uma bolsa de plástico contendo a droga*; que Maria Roseti estava desacompanhada em uma lancha de recreio, oriunda de Tabatinga; (...); que Maria Roseti pagaria *dez mil reais ao declarante e a Álvaro para virem a Roraima e enviassem a droga ao exterior pela agência de Correios de Rorainópolis*; (...); que a droga apreendida estava sendo enviada aos Estados Unidos; que conhece Maria Roseti faz tempo em Manaus; (...); que é a quarta vez que executa esse serviço; (...) (Destaquei).

(Interrogatório prestado na Polícia Federal pelo denunciado Alessandro Ferreira Gomes — fl. 14).

Constam, às fls. 47/52, imagens do circuito interno de vídeo existente na Agência de correios de Rorainópolis–RR no exato momento em que o réu Álvaro Fará Gomes postava a caixa contendo a substância entorpecente apreendida.

Os depoimentos das testemunhas de acusação/defesa, tanto no flagrante quanto os prestados em juízo (fls. 10/12 e 175/180), reforçam o entendimento deste magistrado quanto à efetiva participação dos acusados no crime de tráfico internacional de drogas, não pairando qualquer dúvida sobre a existência e autoria dos fatos delituosos. Cito alguns trechos:

(...) que após o réu Álvaro Fará Gomes postar a encomenda, o delegado verificou o que estava dentro da caixa, encontrando souvenir da copa do mundo e um vaso com flores artificiais que o fundo do vaso era falso e continha *substância entorpecente pesando aproximadamente 1.325kg*, (...) que a encomenda apreendida havia sido *destinada para Nova Iorque/Estados Unidos*; (...) que o réu Alessandro disse que estava treinando Fará para que o mesmo fizesse a postagem da droga (...) que Fará disse que quem lhe entregava a droga era uma mulher na Cidade de Manaus (...) que Fará disse que os dois *recebiam o valor de R\$ 10.000,00 para realizarem a postagem* (...) foram encontrados dinheiro na quantia aproximada de R\$ 300,00, celular, canhoto de passagem de ônibus e *canhotos de postagem de correio dos meses de novembro/2005 e janeiro e junho*

do corrente ano, que Fará disse que as encomendas eram postadas mensalmente e que eram processadas em Rorainópolis *pele carência de fiscalização*; (...)” (Destaquei).

(Depoimento prestado em juízo pela testemunha Crênio de Souza Silva – fls. 175/176).

(...) que a pessoa que estava no Correio era o réu Álvaro Fará (...) que o delegado confirmou para o depoente que fora encontrada na encomenda substância entorpecente (...) no quarto foram encontrados carteira porta cédula com as quantias de R\$ 176,00 e R\$ 200,00, *foram encontrados recibos de remessa de sedex internacional da Agência do Coreio de Rorainópolis dos meses de janeiro, fevereiro, março e maio deste ano*, que um dos recibos constava o nome do remetente Carlos Pinto, que as remessas eram para Londres, outras Cidades da Inglaterra (...) que os réus foram ouvidos separadamente, que disseram que recebiam a droga de uma mulher na Cidade de Manaus, que tal mulher era quem entregava o nome e o endereço do destinatário, que os réus disseram que a droga vinha da cidade de Tabatinga/AM, *que os réus recebiam R\$ 1.000,00 para as despesas em Rorainópolis e a quantia de R\$ 10.000,00 que seria dividido entre os dois, quando retornavam para Manaus e apresentava o comprovante de postagem dos Correios*, que Alessandro já teria efetuado essa operação por *quatro vezes* e que o réu Fará era a primeira vez que estava postando droga para o Exterior (...)” (Destaquei).

(Depoimento prestado em juízo pela testemunha, Policial Civil Jair Elias da Silva – fls. 177/178).

(...) que ouviu o réu Fará dizer que era a *primeira vez* que estava postando drogas, que ouviu Alessandro dizer que era a *quarta vez* que estava fazendo esse serviço, que os réus *recebiam R\$ 5.000,00 cada para fazer a postagem e mais R\$ 2.000,00 para as despesas com a postagem*, que os réus *afirmaram saber que estavam enviando drogas* para o Exterior, que foram encontrados com os réus recibos de encomendas para o Exterior que o depoente se recorda da Cidade de Londres e dos Estados Unidos como destino de tais encomendas (...)” (Destaquei).

(Depoimento prestado em juízo pela testemunha, Policial Civil Leandro Barbosa de Almeida – fl. 179).

(...) que a encomenda suspeita era uma enviada para fora do País (...) *que presenciaram a abertura da encomenda* a depoente, o funcionário do Correio Diego, o delegado e um agente de polícia, que a encomenda consistia em um arranjo de flores artificiais com objetos referentes a copa do mundo, *que sabe dizer que a policia encontrou a droga dentro do arranjo* (...)” (Destaquei).

(Depoimento prestado em juízo pela testemunha, Funcionária dos Correios Sra. Francimar de Freitas Silva – fl. 180).

Com efeito, as provas são firmes e convincentes e a instrução processual restou conclusiva no sentido das efetivas participações, voluntária e consciente, dos acusados Alessandro Ferreira Lima e Álvaro Fará Gomes na prática do crime de tráfico internacional de drogas.

A tese da defesa apegada ao erro de tipo não aproveita aos acusados ou, sequer, diminui a reprovação social da conduta perpetrada.

A culpabilidade dos acusados é inafastável, tendo em vista que, pelo que se apurou no sumário de culpa, possuíam plena consciência da ilicitude das condutas — tanto que tiveram o cuidado de camuflar a droga no interior de um flores artificiais — ao tempo que lhes era exigível adotar comportamentos absolutamente diversos. De fato, agiram com dolo intenso objetivando a fácil obtenção de vantagem pecuniária.

Ademais, a hipótese dos autos é de tráfico internacional, porquanto a droga se destinava ao exterior. Por isso, tendo em vista a transnacionalidade do delito, deve incidir a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006 — Nova Lei de Drogas, aplicada com eficácia retroativa pelo fato de ser mais benéfica do que a causa de aumento prevista no art. 18, I, da Lei 6.368/1976.

III - Dispositivo

Diante do exposto, julgo procedente a pretensão punitiva do Estado para condenar os réus Alessandro Ferreira Lima e Álvaro Fará Gomes pelos de tráfico internacional de drogas, então previsto no art. 12, da revogada Lei 6.368/76 c/c o art. 40, I, da Lei 11.343/2006 — Nova Lei de Drogas.

Passo, por conseguinte, atento ao princípio da necessidade concreta da pena, à fixação da resposta estatal.

Dosimetria e Fixação das Penas

As condutas dos acusados Alessandro Ferreira Lima e Álvaro Fará Gomes, consistente no tráfico internacional de drogas, apresenta elevado grau de censurabilidade, revelando-se atentatória à saúde pública, quando lhes era exigível adotar comportamento absolutamente diverso. A conduta social dos acusados, ao menos no seio familiar, não é desabonadora, como se deflui dos autos. O motivo do crime revela-se ignóbil, porquanto consubstanciado na obtenção de vantagem pessoal em detrimento da saúde pública.

As circunstâncias são gravíssimas ante a apreensão de aproximadamente 1,395 kg de heroína, conhecida como “a rainha das drogas”, em

face do alto poder de destruição do ser humano. A heroína é a mais aditiva e perigosa droga recreativa em uso disseminado, sendo que o consumo regular causa sempre dependência física, envelhecimento acelerado e danos cerebrais irreversíveis, além de outros problemas de saúde.

Não há outros elementos de convicção quanto à personalidade do agente. As conseqüências dos crimes são graves, por se tratar de substância entorpecente que coloca em risco a saúde das pessoas em virtude do elevado poder que tem para causar dependência física e/ou psíquica, provocando seqüelas algumas vezes irreparáveis.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça deixou consignado alhures que “... na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade de droga. *O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das conseqüências* do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa (HC 18.940/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ I de 22/04/2002, p. 225).

- Alexsandro Ferreira Lima

Quanto ao réu Alexsandro Ferreira Lima, considerando o mencionado conjunto de circunstâncias (art. 59, do CP) porque envolvido no mesmo contexto fático, mas com a observação de que os documentos de fls. 168/171 revelam o seu envolvimento na qualidade de réu em outras ações penais e, ainda, que a instrução processual revelou que este réu foi o articulador da trama criminosa, atento ao critério da necessidade e suficiência da pena, fixo a pena-base pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 12, caput, da Lei 6.368/1976, em 4 (quatro) anos e 6 (seis meses) de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, atualizada monetariamente quando da execução (art. 49, §§ 1º e 2º, do Código Penal).

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Presente, ademais, a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006 — Nova Lei de Drogas, em razão da transnacionalidade do tráfico, devendo esta, por ser mais benéfica, ser aplicada com prejuízo da causa de aumento prevista no art. 18, I, da Lei 6.368/1976, motivo pelo qual majoro a pena em 1/6 (um sexto), ficando a pena elevada para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, calculada nos moldes acima estabelecidos.

Destarte, fica o acusado Alexsandro Ferreira Lima, condenado ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, atualizada monetariamente quando da execução (art. 49, §§ 1º e 2º, do Código Penal).

- Álvaro Fará Gomes

Quanto ao réu Álvaro Fará Gomes, considerando o mencionado conjunto de circunstâncias (art. 59, do CP) porque envolvido no mesmo contexto fático, mas com a observação de ser primário e de bons antecedentes (documentos fls. 96, 98, 100, 102, 136, 139, 162, 172 e 222); atento ao critério da necessidade e suficiência da pena, fixo a pena-base pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 12, caput, da Lei 6.368/1976, em 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, atualizada monetariamente quando da execução (art. 49, §§ 1º e 2º, do Código Penal).

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Presente, ademais, a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006 — Nova Lei de Drogas, em razão da transnacionalidade do tráfico, devendo esta, por ser mais benéfica, ser aplicada com prejuízo da causa de aumento prevista no art. 18, I, da Lei 6.368/1976, motivo pelo qual majoro a pena em 1/6 (um sexto), ficando a pena elevada para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, calculada nos moldes acima estabelecidos.

Destarte, fica o acusado Álvaro Fará Gomes, condenado ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, atualizada monetariamente quando da execução (art. 49, §§ 1º e 2º, do Código Penal).

Sem adentrar ao mérito quanto à possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito no caso de crimes hediondos e assemelhados, indefiro o pedido de substituição, porquanto as penas privativas de liberdade aplicadas aos réus são superiores a 4 (quatro) anos, encontrando vedação expressa no art. 44, I, do Código Penal.

Em face das recentes decisões do egrégio Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990 (HC 82.929/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006; HC 86194/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 07/03/2006; RHC 86951/RJ, 2ª Tur-

ma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07/03/2006; e HC 85581/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, i07/03/2006; HC 88159/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 28/11/2006), deixo de estabelecer regime integralmente fechado para o cumprimento da pena relativo ao crime de tráfico de entorpecentes.

No entanto, em face das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) acima analisadas; da qualidade da droga apreendida; do concurso de agentes; considerando, ainda, tratar-se de delito assemelhado a crime hediondo (art. 2º, *caput*, da Lei 8.072/1990 e art. 5º, XLIII, da CF/1988), determino o regime inicialmente fechado para cumprimento das penas privativas de liberdade, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Como conseqüência natural da sentença condenatória (art. 393, I, do CPP); por força do disposto no art. 59, da Lei 11.343/2006 — Nova Lei de Drogas; considerando, ainda, o enunciado na Súmula 9, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça; ante a inexistência de fatos novos que desautorizem a manutenção da prisão; e, devido ao fato terem passado toda a instrução processual encarcerados, para evitar a prática de novos crimes, preservando a ordem pública e assegurando a aplicação da lei penal, os réus não poderão apelar em liberdade.

Condeno os réus ao pagamento das custas processuais, em conformidade com o disposto no art. 804, do Código de Processo Penal e art. 6º da Lei 9.289/1996.

Após o trânsito em julgado desta sentença condenatória, adotem-se as seguintes providências:

- a) lance-se o nome dos condenados no rol dos culpados;
- b) expeça-se a Guia de Recolhimento para execução das penas;

Retifique-se a autuação quanto ao nome correto do primeiro acusado para constar Alexandre (sic) Ferreira Lima nascido em 01/09/1978, filho de Francisca Ferreira Lima e de José de Lima, conforme consta dos documentos de fls. 161, 163, 221 e 223. (fls. 232/251).

Esses, portanto, os fundamentos da sentença e o dispositivo à cuja vista impõe-se examinar as alegações do apelante.

A apelação do Ministério Público Federal limita-se à alteração da pena, onde busca a parcial reforma da sentença no sentido de que seja aplicado o art. 18, I, da Lei 6.368/1976, em substituição ao art. 40, I, da Lei 11.343/1976, por ser juridicamente impossível, no

caso, a combinação da norma revogadora com a norma revogada.

Argumenta que o juízo *a quo* aplicou ao caso a pena prevista no art. 12 da Lei 6.368/1976, vigente à época dos fatos, mais branda que a prevista no art. 33 da nova lei de tóxico (Lei 11.343/2006. No entanto, em decorrência da internacionalidade do delito, aplicou a causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da nova lei, porque mais benéfica do que a do art. 18, I, da Lei 6.368/1976, criando uma “terceira lei”, situação vedada pela jurisprudência remansosa do STF.

Ressalta que cabe ao intérprete definir qual a lei mais benéfica ao réu, levando-se em consideração, no entanto, o diploma legal como um todo unitário, de sorte que não se pode aplicar os dispositivos mais benéficos de ambas as leis, sob pena de o magistrado estar funcionando como legislador, ofendendo o princípio da separação dos Poderes.

Tem razão o Ministério Público Federal em seu inconformismo.

A materialidade delitiva está demonstrada nos autos em face do auto de prisão em flagrante (fls. 10/14); auto de apresentação e apreensão (fls. 25/27); laudo definitivo de exame em substância (fls. 108/111), que confirmou o laudo preliminar de constatação constante de fls. 17/18.

Colha-se, a propósito, trecho do referido Laudo, *verbis*:

(...) As análises clássicas realizadas na substância descrita no item I — *Do material recebido*, revelaram a presença de *Heroína (Diacetilmorfina)*.

(...)

A *Heroína* é uma substância *entorpecente* e de uso *proscrito* no Brasil, podendo causar *dependência física ou psíquica*, estando inserida na *Lista F1 (Substância Entorpecente de Uso Proscrito no Brasil) da Resolução — RDC 12 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, de 30/01/2006, em conformidade com a Portaria 344-SVS/MS, de 12/05/1998, republicada no DOU em 01/02/1999. (fls. 109/110).

De igual modo, a autoria também ficou devidamente comprovada, conforme se verifica do Auto de Prisão em Flagrante às fls. 10/14, bem como dos interrogatórios, em juízo, dos policiais Crenio de Souza Silva (fls. 175/176), Jair Elias da Silva (fls. 177/178) e Leandro Barbosa de Almeida (fl. 179).

Colham-se, a propósito, trechos desses depoimentos, *verbis*:

Que a polícia civil de Rorainópolis recebeu denúncia do correio sobre a postagem de encomendas para o exterior por pessoas desconhecidas da cidade; que a polícia passou a investigar a denúncia e em junho do corrente ano recebeu outro telefone da Agência de Correios relatando que a pessoa que postagem tais encomendas estava na fila naquela data, que um agente da polícia civil foi até o correio se passando por usuário, enquanto outros ficavam vigiando do lado de fora, que após o réu Álvaro Fará Gomes postar a encomenda, o delegado verificou o que estava dentro da caixa, encontrando suvenir da copa do mundo e um vaso com flores artificiais; que o fundo do vaso era falso e continha substância entorpecente pesando aproximadamente 1,325 Kg, que as encomendas anteriores foram postagem para o Estados Unidos, França e Espanha e que a encomenda apreendida havia sido destinada para Nova Iorque/Estados Unidos; que o depoente seguiu o réu até o hotel Anauá, que no hotel estava hospedado outro réu Alessandro Ferreira Lima; que ambos os réus dividiam o mesmo quarto; que quando os réus saíram do hotel foram presos em flagrante, que o réu Alessandro disse que estava treinando Fará para que o mesmo fizesse a postagem da droga; que Alessandro nada falou sobre a procedência da droga; que Fará disse que quem lhe entregava a droga era uma mulher na Cidade de Manaus; que a encomenda já vinha pronta inclusive com o nome e endereço do destinatário; que Fará não disse o nome da mulher e nem o local onde aconteciam os encontros, que Fará disse que os dois recebiam o valor de R\$ 10.000,00 para realizarem a postagem, que recebiam no início apenas o dinheiro das despesas e o restante apenas com a comprovação do canhoto do Correio devidamente carimbado; que Fará disse que foi Alessandro quem propôs para ele entrar nesse negócio; que Fará disse que aceitou porque estava em situação financeira difícil; que no quarto onde os réus estavam hospedados, dentro das bolsas dos mesmos foi encontrado dinheiro na quantia aproximada de R\$ 300,00, celular, canhoto de passagem de ônibus e canhotos de postagem de correio dos meses de novembro/2005 e janeiro e junho do corrente ano; que Fará disse que as encomendas eram postadas mensalmente e que eram processadas em Rorainópolis pela carência de fiscalização. (sic) (fls. 175/176).

Que participou das diligências que findaram com a prisão dos réus, que no dia 8 de maio do corrente ano a polícia recebeu um telefonema denunciando a possível presença de uma pessoa na Agência do Correio suspeita de estar portando

substância entorpecente, que foi até a Agência e o funcionário dos Correios indicou quem seria o suspeito e o depoente lhe orientou a fazer o serviço normalmente, que a pessoa que estava no Correio era o réu Alvaro Fará, que o depoente e outros agentes seguiram o acusado Fará até o hotel Anauá, após o mesmo efetuar a postagem da encomenda, que no hotel o depoente obteve a informação de que havia outra pessoa junto com o acusado Fará, ambas hospedadas no apartamento 12, que o delegado confirmou para o depoente que fora encontrada na encomenda substância entorpecente, possivelmente heroína e orientou o depoente a efetuar a prisão apenas quando os réus saíssem do hotel, que por volta das 11h45 horas os réus deixaram o quarto e quando saiu do hotel foram abordados e presos pela polícia, que foi realizada busca no quarto onde os réus estavam hospedados, que os réus não portavam nenhum tipo de documento de identificação, no quarto foram encontrado carteira porta cédula com as quantias de R\$ 176,00 e R\$ 200,00, foram encontrados recibos de remessa de sedex internacional da Agência do Correio de Rorainópolis dos meses de janeiro, fevereiro, março e maio deste ano, que um dos recibos constava no nome do remetente Carlos Pinto, que as remessas eram para Londres, outras cidades da Inglaterra, que o depoente não recorda o nome, e para os Estados Unidos, que o endereço do remetente era fictício pois era na Rua dos Maranhenses, 170, Rorainópolis, sendo que não existe tal numeração na rua citada, que os réus foram ouvidos separadamente, que disseram que recebiam a droga de uma mulher na Cidade de Manaus, que tal mulher era quem entregava o nome e o endereço do destinatário, que os réus disseram que a droga vinha da Cidade de Tabatinga/AM, que os réus recebiam R\$ 1.000,00 para as despesas em Rorainópolis e a quantia e 10.000,00 que se seria dividida entre os dois, quando retornavam para Manaus e apresentava o comprovante de postagem dos Correios; que Alessandro já teria efetuado essa operação por quatro vezes e que o réu Fará era a primeira vez que estava postando droga para o Exterior; que Alessandro das outras vezes que veio a Rorainópolis veio acompanhado de terceira pessoa que a polícia não conseguiu identificar; que as denúncias de tráfico internacional de droga foram informadas pela polícia federal em novembro do ano passado. Às perguntas do MP disse: que foram apreendidos dentro da embalagem seis pacotes de aproximadamente de 200 a 250 gramas cada um, no total de aproximadamente de 1,325 kg; que a droga foi encontrada dentro de um arranjo de flores e motivos da copa do mundo em um vaso feito de folhas de compensado; que foi o próprio réu Alessandro quem disse à polícia que foi

a quarta vez que estava portando droga na Agência dos Correios de Rorainópolis. (sic) (fls. 177/178).

Que estava dando apoio ao delegado nas diligências que findaram com a prisão dos réus, que estava na viatura circulando pelas proximidades do hotel Anauá, que sabe dizer que o delegado estava presente quando da abertura da encomenda dos Correios, que ouviu o réu Fará dizer que era a primeira vez que estava postando drogas, que ouviu Alessandro dizer que era a quarta vez que estava fazendo esse serviço, que os réus recebiam R\$ 5.000,00 cada para fazer a postagem e mais R\$ 2.000,00 para as despesas com a postagem, que os réus afirmaram saber que estavam enviando drogas para o exterior, que foram encontrados com os réus recibos de encomendas para o exterior, que o depoente se recorda da cidade de Londres e dos Estados Unidos como destino de tais encomendas. (fl. 179).

Os depoimentos das testemunhas estão em consonância com a confissão do acusado *Alexsandro*, na fase inquisitiva (fl. 14) e em juízo (fls. 115/117), bem como com a confissão do acusado *Álvaro* na fase policial (fl. 13).

De igual modo, restou configurado o elemento subjetivo do tipo, considerando que os elementos de prova constantes dos autos revelam que os acusados tinham plena consciência da ilicitude do fato, de modo que, ausentes causas de exclusão da tipicidade, da ilicitude do fato ou da culpabilidade, incensurável a sentença condenatória.

Os fatos descritos na denúncia ocorreram sob a égide da Lei 6.368/1976, antiga lei de tóxico.

A questão a ser decidida cinge-se em saber se seria possível a aplicação do art. 12 da Lei 6.368/1976, vigente à época do fato, sem o aumento decorrente do art. 18, I, do mesmo diploma legal, por ser mais gravoso ao réu, aplicando-se, porém, o art. 40, I, da nova lei de tóxicos (Lei 11.343/2006), mais benéfica.

O art. 12 da antiga lei de tóxico estabelecia pena de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa para o crime de tráfico.

Esse o teor do art. 12:

Art. 12 Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou

que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(...).

Por sua vez, o art. 18, I, do mesmo diploma legal, determinava que as penas dos crimes definidos na respectiva lei seriam aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal.

Assim dispunha o respectivo dispositivo:

Art. 18 As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

I – no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal;

(...).

A nova lei de tóxico (Lei 11.343/2006, art. 33), contudo, elevou a pena mínima do crime de tráfico, que era de 3 (três) anos, para 5 (cinco) anos.

Confira-se a redação do texto da nova lei:

Art. 33 Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Por outro lado, em seu art. 40, I, reduziu a causa de aumento da pena, na hipótese de a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito, que era de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), para um sexto a dois terços, *verbis*:

Art. 40 As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

(...).

A pergunta é: seria possível a combinação de leis penais para beneficiar o réu? Poderia o juiz fazer a combinação de leis penais, extraindo a posição mais benéfica ao réu?

A questão tem sido objeto de polêmica e é bastante divergente no meio doutrinário. Os que defendem a possibilidade de combinação das leis penais mais benéficas entendem que o juiz, ao assim agir, estaria apenas fazendo um processo de integração da lei penal, visando à fiel aplicação do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que estabelece:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. A lei posterior, *que de qualquer modo favorecer* o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Grifo nosso).

Quando o dispositivo legal supracitado dispõe “*que de qualquer modo*”, entende essa corrente doutrinária que o réu será beneficiado independentemente do meio pelo qual lhe venha a favorecer.

Entre aqueles que assim entendem estão Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Julio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Frederico Marques, entre outros.

Frederico Marques, por exemplo, afirma que:

“o julgador está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima”.

De igual modo, segue esse entendimento Cezar Roberto Bittencourt, ao considerar que, se é permitido escolher o todo de uma lei para garantir tratamento mais favorável ao réu, nada impede que se possa selecionar parte de um todo e outra parte de um outro todo com a finalidade de atender a uma regra constitucional.

A segunda corrente, contrária a essa tese, entre os quais estão Nelson Hungria, Anibal Bruno, Heleno Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, entre outros, afirma que o magistrado estaria legislando, ou seja, criando uma nova norma, ferindo assim o art. 2º da Constituição Federal. Segundo o entendimento destes, a integração de duas ou mais leis não passa de processo criador de uma outra lei.

Ressalto que existe posicionamento do colendo Supremo Tribunal Federal em ambos os sentidos (HC

69.033-5/SP, DJ 13/03/1992. Rel. Min. Marco Aurelio – decisão pela possibilidade de combinação de leis penais, e HC 68416/DF, DJ 30/10/1992. Rel. Min. Paulo Brossard – decisão contrária à combinação de leis penais).

No entanto, entendo que na aplicação da lei penal mais benéfica, quando em conflito, deve-se afeirir, no caso concreto, qual delas terá o resultado mais favorável ao réu, mas sem combiná-las, ou seja, verificando o juiz que a aplicação da lei mais antiga na sua integralidade é mais benéfica, deve a ela recorrer para beneficiar o réu. Caso contrário, se a lei nova apresenta-se mais benéfica ao réu, a esta deve recorrer para aplicar ao réu, propiciando-lhe o benefício da *lex mitior*. O que não pode é mesclá-la, como fez o juiz sentenciante.

Em assim sendo, deve incidir como causa de aumento da pena fixada aos acusados a do art. 18, I, da Lei 6.368/1976, e não a do art. 40, I, da Lei 11.343/2006 (nova lei de tóxico), considerando que, no caso em exame, aplicando-se a lei nova, com a incidência da causa de aumento de 1/6, a pena ficaria maior.

Levo em conta, todavia, no que se refere à individualização da pena, as razões do parecer do Ministério Público Federal, que, por sua pertinência, acrescento às razões de decidir, nesses termos:

(...) temos que merece revista a sentença quanto à individualização da pena, por incidir em equívoco, violando, sobretudo, o princípio proibitivo de *bis in idem* (legalidade/proporcionalidade), pois, ao dosar a pena, o Juiz revalorou circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal. Afinal, ao fixar a pena acima do mínimo legal, o magistrado tomou em consideração dados ou fatos que já foram valorados quando da criminalização do comportamento, levando em conta elementos que integram a própria estrutura do crime (fato típico, ilícito e culpável), e, portanto, constitui pressupostos da condenação mesma.

Assim, quando diz que a conduta praticada pelos acusados ‘apresenta elevado grau de censurabilidade, revelando-se atentatória à saúde pública’ (discorre na verdade sobre tipicidade), ‘quando lhes era exigível adotar comportamento absolutamente diverso’ (refere-se à culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime), incorreu em *bis in idem*, por erigir à condição de circunstância judicial dados já tomados em consideração para a tipificação jurídico-penal da conduta, a motivar a opção político-criminal do legislador por criminalizar semelhante comportamento.

Ora, a culpabilidade, como analisada na sentença, é um pressuposto específico da condenação, pois do contrário o acusado deveria ser absolvido pura e simplesmente. O mesmo deve ser dito em relação ao fato de a conduta delituosa ter sido praticada de forma atentatória à saúde pública, pois justamente por este motivo o legislador resolveu criminalizar o tráfico de drogas, já que a saúde pública é o principal bem jurídico que se pretende proteger com a tipificação.

Além disso, emprestou-se à decisão caráter exemplificador com fins de prevenção geral, puramente, relegando a plano secundário o caso concreto, ofendendo o princípio da individualização da pena, por força da sua generalização.

Sobre o assunto, leciona José Miguel Zugaldia Espinar:

‘Cuando en la individualización de la pena se le impone al autor de in delicto se prescinde de las concretas exigencias preventivo especiales y se opera con criterios de intimidación a la generalidad, el autor del delito deja de ser un fin en si mismo para convertirse en un medio para lograr efectos sobre otros (los potenciales delincuentes), lo que comporta una instrumentalización de la persona contraria a la idea de dignidad proclamada em el art. 10 C.E. y convierte a la pena así individualizada em inhumana y degradante. Lo mismo ocurre cuando se decide ejecutar una pena que desde el punto de vista preventivo especial es innecesaria o contraproducente por requerido así la defensa del ordenamiento jurídico, el interés público o las necesidades de integración del grupo social.’

A sentença volta a cometer o mesmo erro (*bis in idem*) ao afirmar que o motivo é ‘ignóbil, porquanto consubstanciado na obtenção de vantagem pessoal em detrimento da saúde pública’, porque tais motivações são inerentes a este tipo de comércio ilegal, que já fundamentaram a própria criminalização; o mesmo ocorreria, aliás, se, nos crimes sexuais, se reprovasse a ‘motivação sexual, a lascívia, a falta de pudor’; nos crimes contra a vida, ‘a falta de respeito à vida’, ou nos crimes patrimoniais, o motivo de ‘lucro fácil’ etc.

Mais: a sentença, argumentando em círculo, incide no mesmíssimo vício quando considera que ‘as circunstâncias são gravíssimas ante a apreensão de aproximadamente 1,395kg de heroína, conhecida como a ‘rainha das drogas’, em face do alto poder de destruição do ser humano. A heroína é a mais aditivada e perigosa droga recreativa em uso disseminado, sendo que o consumo regular causa sempre dependência física, envelhecimento acelerado e danos cerebrais irreversíveis, além de outros problemas de saúde’, valorando, assim, duplamente,

te, conseqüências que são inerentes ao tipo legal em questão.

Por fim, releva notar que, embora a quantidade da droga possa ser considerada como critério importante para a aferição do grau de culpabilidade do réu, uma vez que não se pode, de fato, punir igualmente, por exemplo, o tráfico de 1 kg e 1000kg de droga, descabe agravar a pena em virtude da natureza do entorpecente, uma vez que tal circunstância — a lesividade da droga — já constitui critério político-criminal orientador da própria criminalização/tipificação da conduta, não tendo a lei feito distinção alguma no particular, inclusive, razão pela qual o aumento fundado nisso implica violação ao princípio *bis in idem*, porque inerente ao tipo legal de crime. Dito de outro modo: para efeito de tráfico, a lei não distingue entre, por exemplo, “maconha” e “cocaína”, as quais receberam tratamento único, não podendo o juiz, por isso, fazer uma tal distinção em prejuízo do réu, mesmo a culpabilidade é a mesma em ambos os casos.

Em razão do exposto não pode prevalecer o aumento da pena-base ao argumento de que ‘as conseqüências do crime são graves, por se tratar de substância entorpecente que coloca em risco a saúde das pessoas em virtude do elevado poder que tem para causar dependência física e/ou psíquica, provocando seqüelas algumas vezes irreparáveis’, pois se está considerando a espécie e os efeitos da substância entorpecente.

Isto posto, urge revista a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a fim de afastar tais equívocos. (fls. 286/288).

De fato, verifica-se da sentença que, quando da dosimetria da pena, foram considerados, como circunstâncias judiciais desfavoráveis aos réus, dados ou fatos que já integram a descrição do tipo, incorrendo, assim, em *bis in idem*.

Dessa forma, passo a revisar a dosimetria da pena dos acusados com base nos arts. 59 e 68, todos do Código Penal Brasileiro.

Alexsandro Ferreira Lima

O réu agiu com culpabilidade normal a crimes dessa natureza. Sua conduta merece reprovação, visto que nas circunstâncias era-lhe exigível respeito à norma. Noto que o apelante ostenta anotações em seu boletim de antecedentes. Nada foi apurado nestes autos a respeito da sua conduta social e de sua personalidade, não podendo estes requisitos serem mensurados em seu desfavor. O motivo e as circunstâncias do crime são as do tipo legal em que o acusado está incurso, ou

seja, a vontade de conseguir lucro fácil. As conseqüências não lhe favorecem, em face da quantidade considerável de heroína apreendida (1.395 kg). A pena-base, a meu ver, deve extrapolar o mínimo legal previsto pelo legislador, porquanto as circunstâncias analisadas não lhe são todas favoráveis, de modo que considero suficiente e necessário para reprovação e prevenção do crime fixar a pena-base em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado.

Na segunda etapa de aplicação da pena, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa da dosimetria, majoro a pena em 1/3 (um terço), em razão da causa de aumento prevista no inc. I do art. 18 da Lei 6.368/1976, acrescentando, à pena, 1 (um) ano e 5 (cinco) meses, tornando-a, pois, definitiva, em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, fica mantido o estabelecido na sentença.

Alvaro Fará Gomes

O réu agiu com culpabilidade normal a crimes dessa natureza. Sua conduta merece reprovação, visto que nas circunstâncias era-lhe exigível respeito à norma. Noto que o apelante não ostenta anotações em seu boletim de antecedentes. Nada foi apurado nestes autos a respeito da sua conduta social e de sua personalidade, não podendo estes requisitos serem mensurados em seu desfavor. O motivo e as circunstâncias do crime são as do tipo legal em que o acusado está incurso, ou seja, a vontade de conseguir lucro fácil. As conseqüências não lhe favorecem, em face da quantidade considerável de heroína apreendida (1.395 kg). A pena-base, a meu ver, deve extrapolar o mínimo legal previsto pelo legislador, porquanto as circunstâncias analisadas não lhe são todas favoráveis. No entanto, observo que o acusado é primário e de bons antecedentes, de modo que considero suficiente e necessário para reprovação e prevenção do crime fixar a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado.

Na segunda etapa de aplicação da pena, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa da dosimetria, majoro a pena em 1/3 (um terço), em razão da causa de aumento prevista no inc. I do art. 18 da Lei 6.368/1976, acrescentando, à pena, 1 (um) ano e 2 (dois) meses, tornando-a, pois, definitiva, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 44 (quarenta e quatro) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizada.

Para o cumprimento da pena, fica mantido o estabelecido na sentença.

À vista do exposto, dou provimento à apelação do Ministério Público, e, de ofício, concedo *habeas corpus* aos réus, para, nos termos do parecer da PRR/1ª Região, revisar a dosimetria de suas penas, conforme acima explicitado.

É como voto.

Voto Revisor

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fl. 291.

O conjunto probatório demonstra a autoria e a materialidade do crime de tráfico internacional de entorpecentes, previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, todos da Lei 11.343/2006, bem como no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, inciso I, da Lei 6.368/1976, em face do auto de prisão em flagrante (fls. 10/14), auto de apresentação e apreensão (fls. 25/27), laudo definitivo de exame em substância (fls. 108/111), que confirmou o laudo preliminar de constatação (fls. 17/18), pelos interrogatórios de fls. 175/179, bem como pelos depoimentos dos acusados às fls. 13/14 e 115/117.

Inicialmente, cumpre destacar que os fatos narrados na denúncia ocorreram no dia 08 /06/2006, portanto, na vigência da Lei 6.368/1976.

O ora apelante, postula, em síntese, pela reforma parcial da sentença recorrida para que não seja aplicada a causa especial de aumento de pena pela internacionalidade do delito, nos termos previstos no art. 40, inciso I, da Lei 11.343/2006, mas a prescrita no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/1976, sob o argumento de que, embora a lei penal possa retroagir para beneficiar o réu, a retroatividade deve ocorrer em bloco, jamais parcialmente.

A questão posta em exame no presente recurso de apelação é controvertida no âmbito do direito processual penal.

Uma corrente entende que é possível a combinação das duas leis mais benéficas, porque o juiz, agindo assim, estaria fazendo uma integração do parágrafo único do art. 2º Código Penal (“*A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*”) que excepciona o princípio da irretroatividade das leis, autorizando a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, de acordo com esta corrente afigura-se possível combinar dispositivos da lei revogada com outros da lei revogadora, optando-se por aplicar aqueles que forem mais benéficos ao réu.

Por outro lado, uma segunda corrente parte da premissa que, se o magistrado combinar dispositivos da lei revogada com dispositivos da lei revogadora, está agindo como legislador, uma vez que este mecanismo de integração resultaria na criação de uma terceira lei, o que é vedado por força do princípio constitucional da triplicação dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal vigente.

Perfilho a segunda corrente. Assim, a meu sentir deve ser aplicada, na espécie, a norma do art. 12, *caput*, da Lei 6.368/1976, bem como a causa de aumento da pena imposta aos réus prevista no art. 18, I, desta mesma lei.

Ademais, ao cotejar as duas disposições, ou seja, os arts. 12, *caput*, e 18, I, da Lei 6.368/1976, e os arts. 33 e 40, I, da Lei 11.343/2006, concludo que a aplicação da lei revogada apresenta-se mais benéfica aos réus, em face da dosimetria da pena adiante estabelecida.

Dessa forma, a apelação interposta pelo Ministério Público Federal deve ser provida.

Da dosimetria da pena

O Ilustre representante do Ministério Público Federal, no exercício da função de *custos legis*, Dr. Paulo Queiroz, Procurador Regional Federal, no parecer de fls. 280/289, asseverou, *verbis*:

(...) temos que merece revista a sentença quanto a individualização da pena, por incidir em equívoco, violando, sobretudo, o princípio proibitivo de *bis in idem* (legalidade/proporcionalidade),

pois, ao dosar a pena, o Juiz revalorou circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal. Afinal, ao fixar a pena acima do mínimo legal, o magistrado tomou em consideração dados ou fatos que já foram valorados quando da criminalização do comportamento, levando em conta elementos que integram a própria estrutura do crime (fato típico, ilícito e culpável), e, portanto, constituem pressupostos da condenação mesma (fl. 286).

De fato, o MM. Juízo Federal *a quo*, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, levou em consideração circunstâncias que são elementares ao próprio tipo penal ocorrendo o *bis in idem* no momento da dosimetria da pena na r. sentença recorrida.

Assim, concedo de ofício *habeas corpus* aos réus e, com fundamento nos arts. 59 a 68, do Código Penal, passo à revisão da dosimetria da pena.

Alexsandro Ferreira Lima

Considerando as circunstâncias previstas no art. 59, do Código Penal, o réu Alexsandro Ferreira Lima agiu com a culpabilidade comum aos crimes de tráfico ilícito de drogas e entorpecentes. Sua conduta não revela circunstâncias exteriores ao tipo. Por outro lado, consta nos autos, que o referido réu ostenta anotações em seu boletim de antecedentes.

Nos autos não há elementos suficientes para aferir a conduta social e a personalidade do réu, razão pela qual estes requisitos não podem ser mensurados em seu desfavor.

O motivo e as circunstâncias do crime são as inerentes ao delito em questão, ou seja, o desejo de conseguir lucro fácil.

As conseqüências não lhe são favoráveis, diante da qualidade da droga (maior potencialidade lesiva) e a quantidade considerável de heroína apreendida (1.395 Kg). Em decorrência de todos estes motivos, entendo que a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal estabelecido pelo legislador, em decorrência das circunstâncias analisadas não lhe serem totalmente favoráveis.

Assim, considero suficiente e necessário para reprovacão e prevenção do crime em questão, fixar a pena-base em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa da dosimetria, majoro a pena em 1/3 (um terço), em razão da causa de aumento prevista no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/1976, acrescentando, à pena, 1 (um) ano e 5 (cinco) meses, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado.

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, a r. sentença recorrida não merece reparos.

Álvaro Fará Gomes

Analisando as circunstâncias previstas no art. 59, do Código Penal, o réu Álvaro Fará Gomes agiu com a culpabilidade comum ao crime de tráfico ilícito de substâncias tóxicas e entorpecentes. Sua conduta não revela circunstâncias excepcionais ao tipo. Não há anotações em seu boletim de antecedentes. Inexistem nos autos elementos suficientes para apurar sua conduta social e sua personalidade, não podendo estes elementos serem mensurados em seu desfavor. O motivo e as circunstâncias do crime são as do tipo penal no qual o réu está incurso, ou seja, a vontade de conseguir lucro fácil. As conseqüências não lhe favorecem, em face da qualidade da droga (maior potencialidade) e a quantidade considerável de heroína apreendida (1.395 Kg). Logo, entendo que a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal estipulado pelo legislador, porque as circunstâncias analisadas não lhe são de todo favoráveis.

Assim, entendo ser suficiente e necessário para reprovação e prevenção do crime em questão fixar a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa da dosimetria da pena, majoro a pena em 1/3 (um terço), em razão da causa de aumento prevista no inc. I do art. 18, da Lei 6.368/1976, acrescentando, à pena, 1 (um) ano e 2 (dois) meses, tornando-a, pois, definitiva, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 44 (quarenta e quatro) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do

salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizada.

Com relação ao regime de cumprimento da pena, verifico que a sentença recorrida não merece reparos.

Diante do exposto, dou provimento à apelação e concedo *habeas corpus* de ofício aos réus para, nos termos anteriormente expostos, revisar a dosimetria da pena.

É o voto.

Quinta Turma

Agravo de Instrumento

2007.01.00.004325-6/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus
Agravantes: Janssen – Cilag Farmacêutica Ltda. e outro
Advogados: Dr. José Alexandre Buaiz Neto e outros
Agravada: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Agravado: Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S/A
Advogados: Dra. Andreia Moraes de Oliveira Mourão e outro
Publicação: DJ 2 de 06/09/2007

Ementa

Administrativo. Agravo de instrumento. Registro de medicamento similar. Pretensa suspensão por ausência de testes de biodisponibilidade e bioequivalência. Exigências não previstas na Lei 6.360/76 e na resolução vigente à época da concessão do registro.

I – Medicamento similar é “aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca”, sendo que “a eficácia, segurança e qualidade” do medicamento de referência são “comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro” (art. 3º, XX e XXII, da Lei 6.360/1976, com redação dada pela Lei 9.787/1999).

II – Por essa razão, o registro de medicamento similar independe da demonstração de “que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias” (art. 16, II, da Lei 6.360/1976), visto que tais exigências são aferidas quando da concessão do registro do medicamento de referência.

III – Inaplicação da Resolução – RDC 133, de 29/05/2003, que requer, para o registro de medicamento similar, a comprovação de biodisponibilidade relativa/bioequivalência, quando, na época do registro sanitário questionado, vigia a Resolução – RDC 157, de 07/06/2002, na qual se exigia que as empresas solicitantes do registro demonstrassem, “mediante informação técnico-científica, a similaridade com o produto registrado no País através de demonstração de equivalência prevista neste Regulamento” (art. 3º, I, e 4º), como ocorreu no caso dos autos.

IV – Pareceres produzidos unilateralmente pela parte autora, ora agravante, não possuem qualificação jurídico-processual de prova inequívoca a ensejar a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273).

V – Releva notar que não há prova de que, ao longo do período em que o remédio em comento vem sendo ministrado para fins de se evitar a rejeição de órgãos transplantados, esteja havendo frustração dos seus efeitos terapêuticos, em ordem a infligir óbitos ou danos à saúde de seus usuários.

VI – Agravo de instrumento dos autores desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Fagundes de Deus*: — Janssen – Cilag Farmacêutica Ltda. e outro interpuseram o presente agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de ação sob o rito ordinário, denegou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por meio do qual objetivam a suspensão dos efeitos do medicamento *Lifaltacrolimus*, produzido pelo Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S/A.

Ao apreciar o feito, em seu limiar, o ilustre Relator convocado, Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi, deferiu o pleito de antecipação da tutela recursal.

Inconformada, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA formulou pedido de reconsideração, ao passo que o Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S/A apresentou contra-razões e impetrou mandado de segurança, no qual obteve liminar suspendendo a decisão monocrática proferida no âmbito deste recurso.

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não-provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Fagundes de Deus*: — Os agravantes pretendem obter, via antecipação dos efeitos da tutela, a suspensão dos efeitos do registro de medicamento similar *Lifaltacrolimus* — cujo medicamento de referência é o Prograf —, o qual foi concedido pela Anvisa ao Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S/A, por meio da Resolução – RE 19, de 21/01/2004 (fls. 209).

É sabido que tal medicação, distribuída gratuitamente pelo SUS (Sistema Único de Saúde), é imunos-

supressora, sendo imprescindível a pacientes transplantados, para fins de evitar a rejeição do órgão, ou seja, trata-se de remédio que visa garantir a eficácia do transplante e, de consequência, à manutenção da saúde dos pacientes.

Cumpre esclarecer, de logo, que medicamento similar é “aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca”, sendo que “a eficácia, segurança e qualidade” do medicamento de referência são “comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro” (art. 3º, XX e XXII, da Lei 6.360/1976, com redação dada pela Lei 9.787/1999).

Por essa razão, o registro de medicamento similar independe da demonstração de “que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias” (art. 16, II, da Lei 6.360/1976), visto que tais exigências são aferidas quando da concessão do registro do medicamento de referência.

Demais disso, não se aplica ao caso a Resolução – RDC 133, de 29/05/2003, que requer para o registro de medicamento similar a comprovação de biodisponibilidade relativa/bioequivalência, visto que, na época do registro sanitário questionado, vigia a Resolução – RDC 157, de 07/06/2002, na qual se exigia que as empresas solicitantes do registro demonstrassem, “mediante informação técnico-científica, a similaridade com o produto registrado no País através de demonstração de equivalência prevista neste Regulamento” (art. 3º, I, e 4º), como ocorreu na espécie.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Avio Mozar José Ferraz de Novaes.

Pelo visto, a Anvisa agiu nos lindes da legalidade e no regular exercício do poder de polícia que lhe é inerente (Lei 9.782/1999).

Como bem ressaltou o eminente Relator do mandado de segurança manejado pelo Laboratório agravado, “não é possível (...) que órgãos do Estado, o Ministério da Saúde e a Anvisa, cometam atos de tamanha gravidade de permitir a liberação de medicamento que possa causar gravíssimos danos aos pacientes transplantados” (fls. 465).

Importa acrescer que os recorrentes apresentaram pareceres produzidos unilateralmente, razão por que, a priori e por si só, não são suficientes para os fins almejados.

Por todo o exposto, tenho que os autores, ora agravantes, não se desincumbiram de apresentar prova inequívoca de suas alegações a ponto de ensejar o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273), sendo que, por outro lado, a suspensão dos efeitos do registro do aludido remédio pode ocasionar dano irreparável aos pacientes que dele fazem uso no tratamento de sua saúde, devendo ser priorizados, no caso, os direitos à vida e à saúde, constitucionalmente protegidos (CF, art. 5º, caput, 6º e 196).

Releva notar que não há prova de que, ao longo do período em que o remédio em comento vem sendo ministrado para fins de se evitar a rejeição de órgãos transplantados, esteja havendo frustração dos seus efeitos terapêuticos, em ordem a infligir óbitos ou danos graves à saúde de seus usuários, o que corrobora a fundamentação ora desenvolvida.

Aliás, consta dos autos a Nota Técnica Conjunta Ministério da Saúde e Anvisa com o seguinte teor (fls. 356-357):

O Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, com o objetivo de tranquilizar usuários e prescritores, esclarecem que o medicamento similar Lifaltacrolimus (...), produzido pela empresa Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A., foi registrado sob a vigência da Instrução Normativa 1º, de 30/09/1994 e da Resolução RDC 157, de 31/05/2002.

Ao solicitar o registro o Laboratório Lifal apresentou todos os diplomas legais exigidos e o citado registro tem vigência até janeiro de 2009.

O medicamento possui certificado de equivalência farmacêutica em relação ao medicamento de referência (de marca) e o Laboratório apresen-

tou, ainda, análise técnica do princípio ativo realizada pela USP – Universidade de São Paulo, onde consta que os dados obtidos estão de acordo com aqueles apresentados na literatura para o fármaco Tracolimus.

Quanto ao Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A., o mesmo apresenta-se com condições satisfatórias de inspeção e produz diversos outros medicamentos disponíveis no mercado nacional.

De acordo com a Lei 9.782/1999, a Anvisa tem como finalidade institucional “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário, da população e comercialização de produtos e serviços e saúde”. Desse modo, todos os seus procedimentos se mantêm por rigorosas normas legais e no cumprimento de suas atribuições, previamente ao deferimento ao processo de registro, se certifica da segurança e eficácia do medicamento.

Informamos, por fim, que não consta até a presente data nenhum tipo de notificação relativa ao Lifaltacrolimus, registrada na Unidade de Farmacovigilância da Anvisa.

Consigne-se, também, o que o Chefe do Núcleo de Gestão do Sistema Nacional de Notificação e Investigação em Vigilância Sanitária – NUVIG informou à Coordenação de Contencioso da ANVISA, por meio do Memorando 013/NUVIG/DICMP/ANVISA (fls. 258):

Seguem abaixo, informação e consideração relativas à segurança do produto Lifaltacrolimus, do Laboratório Lifal (...):

Não há (...) nenhuma notificação de evento adverso ou desvio de qualidade relacionada ao uso do produto Lifaltacrolimus.

O uso do tracolimus (...), no pós operatório de transplantes é monitorado clínica e laboratorialmente de forma repetida e com muito rigor, de forma que é bastante improvável que a inefetividade de um produto como o Lifaltacrolimus, que poderia significar a perda do transplante, pudesse passar despercebida pelas equipes médicas responsáveis pelo cuidado desses pacientes.

Ainda, colhe-se do ofício CMAC – Juarez Barbosa – 037/2007/DG da Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa da Secretaria da Saúde do Estado de Goiás, emitido em 05/03/2007, que (fls. 260):

O número de pacientes atendidos com este medicamento, pelo CMAC Juarez Barbosa é de 280 pacientes.

Até a presente data foram dispensados 193.000 comprimidos de Lifaltacrolimus aos pacientes cadastrados nesta Unidade, desde outubro de 2006.

(...)

Até a presente data não houve ocorrência de relatos de ineficiência terapêutica relacionada ao produto.

Não foi apresentado nenhum efeito colateral significativo e/ou digno de nota.

São conhecidas as dificuldades para a aquisição, mesmo que emergencial, de um produto no serviço público.

Relatamos ainda a preocupação com o desabastecimento visto que os pacientes sem imunossupressor, podem entrar em alto risco de rejeição do órgão transplantado.

Por intermédio do ofício 352/2007, dirigido ao Diretor-Presidente da Anvisa, o Secretário de Saúde do Rio Grande do Sul apresentou esclarecimentos que considero de real valor e transcrevo a seguir (fls. 263-264):

(...) a falta deste medicamento tem como consequência a perda do órgão e o risco à vida é elevado, sendo que no caso de transplante hepático, o tratamento descontinuado da medicação referida gerará rejeição, perda do órgão e, lamentavelmente, o óbito do paciente.

Com relação ao transplantado renal, há perda do rim e retorno à hemodiálise, ficando no aguardo de um novo órgão para o transplante.

Além disso, os pacientes que estão apresentando um quadro clínico positivo e usando o fármaco ficarão extremamente preocupados, gerando pânico e estresse desnecessários, podendo causar, até, reversão no tratamento desenvolvido.

Ressalto ainda que o medicamento fornecido pelo Laboratório – Lifal tem sido utilizado para o tratamento, inclusive, de crianças, junto ao Hospital das Clínicas de Porto Alegre, e tem apresentado resultado plenamente satisfatório, conforme informação prestada pelo referido hospital (...).

Registro, por fim, a declaração emitida em 28/02/2007, pela Associação dos Renais Crônicos de Alagoas, de onde se extrai o seguinte (fls. 387):

(...) até presente data não recebemos nenhuma reclamação de paciente que esteja usando o medicamento Lifaltacrolimus (Tacrolimus) que está sendo fabricado pelo Lifal – Lab. Ind. Farmacêutico de Alagoas S/A, e distribuído pela Farmex – Farmácia de Dispensação do Estado de Alagoas.

Assim, nego provimento ao agravo de instrumento.

De consequência, julgo prejudicado o pedido de reconsideração aviado pela Anvisa contra a decisão que concedeu a antecipação de tutela recursal.

É o meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes: — Senhor Presidente, após o douto voto proferido por Vossa Excelência e com as novas manifestações apresentadas pelo eminente Desembargador João Batista Moreira, entendo que, em primeiro lugar, a tutela antecipada, conforme descrito no art. 273 do Código de Processo Civil, no caso concreto, efetivamente deve ser indeferida. Primeiro, porque as provas que foram apresentadas foram unilaterais, sem objeto de contraditório no juízo *a quo*. E mais ainda, após a leitura de Vossa Excelência, quando ficou bastante claro por meio da apresentação de dados concretos de autoridades do Ministério da Saúde e da Anvisa e também de secretarias de Estado do Estado de Goiás, do Estado Rio Grande do Sul, ofício também trazido da Associação dos Renais Crônicos de Alagoas, que demonstram claramente que esse medicamento do laboratório de Alagoas não está tratando qualquer prejuízo, não há relato de ineficiência terapêutica, ao contrário, todos os pareceres, todas as manifestações estão claramente favoráveis à utilização, em tese, do medicamento Linfal Tracolinos, produzido por tal laboratório.

Diante dessas pequenas considerações, apóio integralmente o voto de Vossas Excelências.

Decisão

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Vistos.

1. SOS-RIM – Associação de Amparo Social e Científico, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua dos Andradas, 1.560, 6º Andar, Salas 3 e 4, Cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, *impetra mandado de segurança, com pedido antecipado de tutela*, contra decisão proferida pelo Juiz deste Tribunal, convocado, César Augusto Bearsi, que, no agravo de instrumento 2007.01.00.004325-6, suspendeu

a licença de venda e de distribuição do medicamento *tacrolimus*, fabricado pelo laboratório Lifal.

Alega a impetrante que (fls. 2/3):

O Estado do Rio Grande do Sul, através da Secretaria de Saúde, adquiria regularmente lotes de medicamento para a rejeição de transplantados de rim, o Tacrolimus, fazendo-o através do laboratório Janssen-Cilag.

Todavia, o fornecimento pelo laboratório foi suspenso por razões de débito do Estado referente a lotes anteriores, demonstrando o referido laboratório que não forneceria mais o medicamento até regularização (manifestação em anexo).

O Estado do Rio Grande do Sul, então, começou a adquirir o Tacrolimus do laboratório Lifal, com sede no Estado de Alagoas.

O medicamento adquirido no Lifal, além de custar 40% a menos do que o similar fabricado pelo laboratório Janssen-Cilag foi aprovado pelo Ministério da Saúde e pela Agência Reguladora, ou seja, a Anvisa. Além disso, não causa qualquer contra-indicação, sendo que sua utilização está sendo aprovada pelos médicos e pacientes que necessitam administrar seu uso contínuo (documentos em anexo).

Apesar disso, o laboratório Janssen-Cilag ingressou com ação ordinária na Justiça Federal de Brasília, com pedido de liminar, contra o laboratório Lifal e a Anvisa, processo 2007.34.00.001908-0 alegando que o medicamento fabricado e vendido por aquele laboratório não se presta para o consumo, causando prejuízos aos pacientes, inclusive com risco de morte.

Requeru, em sede de tutela antecipada, a suspensão da licença de venda e distribuição do medicamento Tacrolimus, fabricado pelo Laboratório Lifal, obtendo decisão favorável em agravo de instrumento (processo 2007.01.00.004325-6), já que em 1º grau o juiz indeferiu a tutela pleiteada.

Afirma que (fls. 4):

O laboratório Janssen-Cilag, com a suposta pretensão de estar querendo proteger a saúde das pessoas que necessitam do tratamento com o *Tacrolimus*, acabou por demonstrar que somente lhe interessa a distribuição do seu medicamento, que, além de mais caro — custeado por todos nós através das licitações — funciona da mesma forma que o da Lifal. (conforme declarações de autoridades e cientistas que pesquisaram a autenticidade do medicamento, no que tange sua eficácia, estudos técnicos realizados em laboratórios, em anexo).

2. Decido:

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e o Ministério da Saúde, emitiram, em conjunto, a seguinte nota técnica (fls. 11/12):

O Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, com o objetivo de tranquilizar usuários e prescritores, esclarece que o medicamento similar Lifaltacrolimus, cápsula gelatinosa dura, 1 mg, produzido pela empresa Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A., foi registrado sob vigência da Instrução Normativa I, de 30/09/1994 e da Resolução RDC 157, de 31/05/2002.

Ao solicitar o registro do Laboratório Lifal apresentou todos os diplomas legais exigidos e o citado registro tem vigência até janeiro de 2009.

O medicamento possui certificado de equivalência farmacêutica em relação ao medicamento de referência (de marca) e o Laboratório apresentou ainda, análise técnica do princípio ativo realizado pela USP – Universidade de São Paulo, onde consta que os dados obtidos estão de acordo com aqueles apresentados na literatura para o fármaco Tacrolimus.

Quanto ao Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A., o mesmo apresenta-se com condições satisfatórias de inspeção e produz diversos outros medicamentos disponíveis no mercado nacional.

De acordo com a Lei 9.782/1999, a Anvisa tem como finalidade institucional “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário, da população e comercialização de produtos e serviços e saúde”. Desse modo, todos os seus procedimentos se mantêm por rigorosas normas legais e no cumprimento de suas atribuições, previamente ao deferimento ao processo de registro, se certifica da segurança e eficácia do medicamento.

Informamos por fim, que não consta até a presente data nenhum tipo de notificação relativa ao Lifaltacromilus, registrada na Unidade de Farmacovigilância da Anvisa.

Juntou a impetrante declarações de médicos e professores afirmando que a droga *tacrolimus* não causa reação adversa, não apresenta, como disse o Prof. Dr. Joaquim Ribeiro Filho, Coordenador do Programa de Transplante de Fígado do Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, “sinais clínicos e ou laboratoriais de rejeição crônica” e demonstra eficácia terapêutica (fls. 17).

A Prof^a Themis Reverbel da Silveira, Coordenadora do Programa de Transplante Hepático do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, afirmou que, “no período de utilização da droga não foram observados óbitos, perdas dos enxertos por rejeição e/ou disfunção hepática grave” (fls. 28 e 29).

Não é possível, *em princípio*, que órgãos do Estado, o Ministério da Saúde e a Anvisa, cometam atos de tamanha gravidade de permitir a liberação de medicamento que possa causar gravíssimos danos aos pacientes transplantados.

Tenho como acertada, também em princípio, a decisão do MM Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Marcelo Rebello Pinheiro, que, às fls. 85/88, apreciando o pedido de tutela antecipada formulado pela Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda e Astellas Ireland Co. Limited, sucessora de Fujisawa Ireland Limited, na ação ordinária de anulação de ato administrativo proposta contra a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e o Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S/A – Lifal, disse:

Impende destacar que a Anvisa exerce o poder de polícia sanitária sobre os produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde de um modo geral, de forma que todo o registro deve observar as normas por ela editadas, especialmente quando se trata de produto destinado ao consumo humano.

Assim, creio, datíssima vênias do relator Juiz César Augusto Bearsi, que, em princípio, não se pode afirmar que “a decisão de primeiro grau é potencialmente causadora de prejuízo irreparável, pois se o remédio atacado não for seguro ou eficaz, poderá causar danos à saúde de inúmeros consumidores/pacientes ou até causar mortes” (fls. 111).

Não é imaginável que o Ministério da Saúde e a Anvisa sejam irresponsáveis a ponto de colocar em risco de morte (certo também risco de vida, a vida está em risco) pacientes.

Estando demonstrado o perigo de o direito dos pacientes/consumidores perecer enquanto interpõem o recurso próprio, tenho como admissível o mandado de segurança, pois, entendo que a decisão do culto e estudioso Juiz César Bearsi, contrariando, com base na palavra de laboratórios concorrentes da Lifal, a nota técnica conjunta do Ministério da Saúde e da Anvisa, é,

em princípio, repita-se, ilegal, ferindo direito líquido e certo não só desses órgãos estatais como dos pacientes transplantados de rim. A concorrência comercial não pode chegar a ponto de prejudicar os pacientes.

Segundo a impetrante, “há o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, posto que, na espera da prestação jurisdicional que virá por sentença, os transplantados certamente não resistirão à falta do *tacrolimus* no organismo, vindo a terem complicações sérias de saúde como a perda do órgão e até mesmo a morte”. Isto mesmo disseram médicos e professores como disse acima.

3. Defiro o pedido de assistência gratuita à impetrante, ante a afirmação de que não tem condições para pagar as custas do processo e honorários advocatícios.

4. Antes o exposto, restabeleço a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de antecipação de tutela às autoras Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda e Astellas Ireland Co. Limited, sucessora de Fujisawa Ireland Limited, cassando assim, com a devida vênias, a decisão do Juiz César Bearsi, para permitir deste modo a distribuição e venda do medicamento *lifaltacrolimus* pelo Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A – Lifal.

5. Comunique-se ao Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

6. Citem-se as Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda e Astellas Ireland Co. Limited, sucessora de Fujisawa Ireland Limited para, querendo, contestarem, o pedido em 10 (dez) dias.

7. Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora.

8. Publique-se.

Brasília, 27 de março de 2007.

Decisão

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira. — Trata-se de agravo regimental interposto por Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda. e Astellas Ireland CO. Limited de decisão (fls. 168-170) proferida pelo Des. Federal Tourinho Neto, no impedimento ocasional deste Relator, em que restabeleceu “decisão de primeiro grau” por meio da qual fora indeferido “pedido de antecipação de tutela às autoras” na ação 2007.34.00.001908-0/DF.

Na decisão aqui regimentalmente agravada foi reformada decisão do Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado, em substituição do Des. Fagundes de Deus), na qual deferira pedido de antecipação de tutela recursal no Agravo de Instrumento 2007.01.00.004325-6/DF.

Alega-se, em suma, que: a) “até que se demonstre efetiva, técnica e cientificamente que o medicamento *Lifaltacrolimus* é eficaz e seguro, o seu registro na Anvisa e sua disponibilização a pacientes transplantados é sim ato de extrema irresponsabilidade, tanto da Anvisa como do Ministério da Saúde”; b) “não basta que o *Lifaltacrolimus* demonstre que tem o tacrolimo em sua formulação. Deve demonstrar, sim, que é absorvido, distribui-se e age pelo corpo humano da mesma forma que o *Prograf*”, sob pena de não ter comprovada a sua segurança e eficácia, e, por conseguinte, não atender o disposto no artigo 16, inciso II, da Lei 6.360/1976”; c) o fato de que a Impetrante observou pacientes tratados com o *Lifaltacrolimus* por 120 dias nada significa, a uma porque a perda do órgão (e, eventualmente, da vida), se for o caso, poderá só vir a ocorrer após um ou mais anos de tratamento, e não necessariamente num intervalo de 4 meses; e a duas porque a observação de pacientes por esse período (ou por qualquer período, diga-se de passagem) não tem o condão de suprir a falta dos testes exigidos por lei”.

Decido.

Recebido como pedido de reconsideração, porquanto “de decisão (...) que defere ou indefere liminar em mandado de segurança não cabe agravo regimental” (art. 293, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região).

Da decisão impugnada, destaca-se:

Não é imaginável que o Ministério da Saúde e a Anvisa sejam irresponsáveis a ponto de colocar em risco de morte (certo também risco de vida, a vida está em risco) pacientes.

Estando demonstrado o perigo de o direito dos pacientes/consumidores perecer enquanto interpõem o recurso próprio, tenho como admissível o mandado de segurança, pois, entendo que a decisão do culto e estudioso Juiz César Bearsi, contrariando, com base na palavra de laboratórios concorrentes da Lifal, a nota técnica conjunta do Ministério da Saúde e da Anvisa, é, em princípio, repita-se, ilegal, ferindo direito líquido e certo não só desses órgãos estatais como dos pacientes trans-

plantados de rim. A concorrência não pode chegar a ponto de prejudicar os pacientes.

Acrescente-se que a questão do risco para a saúde pública é interesse público; não é interesse individual, específico, dos laboratórios.

Mantenho a decisão agravada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 9 de abril de 2007.

Decisão

Vistos.

1. SOS-RIM – Associação de Amparo Social e Científico, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua dos Andradas, 1.560, 6º Andar, Salas 3 e 4, Cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, *impetra mandado de segurança, com pedido antecipado de tutela*, contra decisão proferida pelo Juiz deste Tribunal, convocado, César Augusto Bearsi, que, no agravo de instrumento 2007.01.00.004325-6, suspendeu a licença de venda e de distribuição do medicamento tacrolimus, fabricado pelo laboratório Lifal.

Alega a impetrante que (fls. 2/3):

O Estado do Rio Grande do Sul, através da Secretaria de Saúde, adquiria regularmente lotes de medicamento para a rejeição de transplantados de rim, o Tacrolimus, fazendo-o através do laboratório Janssen-Cilag.

Todavia, o fornecimento pelo laboratório foi suspenso por razões de débito do Estado referente a lotes anteriores, demonstrando o referido laboratório que não forneceria mais o medicamento até regularização (manifestação em anexo).

O Estado do Rio Grande do Sul, então, começou a adquirir o Tacrolimus do laboratório Lifal, com sede no Estado de Alagoas.

O medicamento adquirido no Lifal, além de custar 40% a menos do que o similar fabricado pelo laboratório Janssen-Cilag foi aprovado pelo Ministério da Saúde e pela Agência Reguladora, ou seja, a Anvisa. Além disso, não causa qualquer contra-indicação, sendo que sua utilização está sendo aprovada pelos médicos e pacientes que necessitam administrar seu uso contínuo (documentos em anexo).

Apesar disso, o laboratório Janssen-Cilag ingressou com ação ordinária na Justiça Federal de Brasília, com pedido de liminar, contra o laboratório Lifal e a Anvisa, processo 2007.34.00.001908-0

alegando que o medicamento fabricado e vendido por aquele laboratório não se presta para o consumo, causando prejuízos aos pacientes, inclusive com risco de morte.

Requeru, em sede de tutela antecipada, a suspensão da licença da venda e distribuição do medicamento Tacrolimus, fabricado pelo Laboratório Lifal, obtendo decisão favorável em agravo de instrumento (processo 2007.01.00.004325-6), já que em 1º grau o juiz indeferiu a tutela pleiteada.

Afirma que (fls. 4):

O laboratório Janssen-Cilag, com a suposta pretensão de estar querendo proteger a saúde das pessoas que necessitam do tratamento com o *Tacrolimus*, acabou por demonstrar que somente lhe interessa a distribuição do seu medicamento, que, além de mais caro — custeado por todos nós através das licitações — funciona da mesma forma que o da Lifal. (conforme declarações de autoridades e cientistas que pesquisaram a autenticidade do medicamento, no que tange sua eficácia, estudos técnicos realizados em laboratórios, em anexo).

2. Decido:

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e o Ministério da Saúde, emitiram, em conjunto, a seguinte nota técnica (fls. 11/12):

O Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, com o objetivo de tranquilizar usuários e prescritores, esclarece que o medicamento similar Lifaltacrolimus, cápsula gelatinosa dura, 1 mg, produzido pela empresa Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A., foi registrado sob vigência da Instrução normativa I, de 30/09/1994 e da Resolução RDC 157, de 31/05/2002.

Ao solicitar o registro do Laboratório Lifal apresentou todos os diplomas legais exigidos e o citado registro tem vigência até janeiro de 2009.

O medicamento possui certificado de equivalência farmacêutica em relação ao medicamento de referência (de marca) e o Laboratório apresentou ainda, análise técnica do princípio ativo realizado pela USP – Universidade de São Paulo, onde consta que os dados obtidos estão de acordo com aqueles apresentados na literatura para o fármaco Tacrolimus.

Quanto ao Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A., o mesmo apresenta-se com condições satisfatórias de inspeção e produz diversos outros medicamentos disponíveis no mercado nacional.

De acordo com a Lei 9.782/1999, a Anvisa tem como finalidade institucional “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário, da população e comercialização de produtos e serviços e saúde”. Desse modo, todos os seus procedimentos se mantêm por rigorosas normas legais e no cumprimento de suas atribuições, previamente ao deferimento ao processo de registro, se certifica da segurança e eficácia do medicamento.

Informamos por fim, que não consta até a presente data nenhum tipo de notificação relativa ao Lifaltacromilus, registrada na Unidade de Farmacovigilância da Anvisa.

Juntou a impetrante declarações de médicos e professores afirmando que a droga *tacrolimus* não causa reação adversa, não apresenta, como disse o Prof. Dr. Joaquim Ribeiro Filho, Coordenador do Programa de Transplante de Fígado do Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, “sinais clínicos e ou laboratoriais de rejeição crônica” e demonstra eficácia terapêutica (fls. 17).

A Profª Themis Reverbel da Silveira, Coordenadora do Programa de Transplante Hepático do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, afirmou que, “no período de utilização da droga não foram observados óbitos, perdas dos enxertos por rejeição e/ou disfunção hepática grave” (fls. 28 e 29).

Não é possível, *em princípio*, que órgãos do Estado, o Ministério da Saúde e a Anvisa, cometam atos de tamanha gravidade de permitir a liberação de medicamento que possa causar gravíssimos danos aos pacientes transplantados.

Tenho como acertada, também em princípio, a decisão do MM Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Marcelo Rebello Pinheiro, que, às fls. 85/88, apreciando o pedido de tutela antecipada formulado pela Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda e Astellas Ireland Co. Limited, sucessora de Fujisawa Ireland Limited, na ação ordinária de anulação de ato administrativo proposta contra a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e o Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S/A – Lifal, disse:

Impende destacar que a Anvisa exerce o poder de polícia sanitária sobre os produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde de um modo geral, de forma que todo o registro deve

observar as normas por ela editadas, especialmente quando se trata de produto destinado ao consumo humano.

Assim, creio, datíssima vênia do relator Juiz César Augusto Bearsi, que, em princípio, não se pode afirmar que “a decisão de primeiro grau é potencialmente causadora de prejuízo irreparável, pois se o remédio atacado não for seguro ou eficaz, poderá causar danos à saúde de inúmeros consumidores/pacientes ou até causar mortes” (fls. 111).

Não é imaginável que o Ministério da Saúde e a Anvisa sejam irresponsáveis a ponto de colocar em risco de morte (certo também risco de vida, a vida está em risco) pacientes.

Estando demonstrado o perigo de o direito dos pacientes/consumidores perecer enquanto interpõem o recurso próprio, tenho como admissível o mandado de segurança, pois, entendo que a decisão do culto e estudioso Juiz César Bearsi, contrariando, com base na palavra de laboratórios concorrentes da Lifal, a nota técnica conjunta do Ministério da Saúde e da Anvisa, é, em princípio, repita-se, ilegal, ferindo direito líquido e certo não só desses órgãos estatais como dos pacientes transplantados de rim. A concorrência comercial não pode chegar a ponto de prejudicar os pacientes.

Segundo a impetrante, “há o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, posto que, na espera da prestação jurisdicional que virá por sentença, os transplantados certamente não resistirão à falta do *tacrolimus* no organismo, vindo a terem complicações sérias de saúde como a perda do órgão e até mesmo a morte”. Isto mesmo disseram médicos e professores como disse acima.

3. Defiro o pedido de assistência gratuita à impetrante, ante a afirmação de que não tem condições para pagar as custas do processo e honorários advocatícios.

4. Antes o exposto, restabeleço a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de antecipação de tutela às autoras Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda e Astellas Ireland Co. Limited, sucessora de Fujisawa Ireland Limited, cassando assim, com a devida vênia, a decisão do Juiz César Bearsi, para permitir deste modo a distribuição e venda do medicamento *lifaltacrolimus* pelo Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A – Lifal.

5. Comunique-se ao Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

6. Citem-se as Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda. e Astellas Ireland Co. Limited, sucessora de Fujisawa Ireland Limited para, querendo, contestarem, o pedido em 10 (dez) dias.

7. Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora.

8. Publique-se.

Brasília, 27 de março de 2007.

Decisão

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— As litisconsortes Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda. (“Janssen-Cilag”) e Astellas Ireland Co. Limited (“Astellas”) apresentam Embargos de Declaração da decisão de fls. 438-439, em que este Relator, decidindo pedido de reconsideração, manteve decisão proferida, em seu impedimento eventual, pelo Des.r Federal Tourinho Neto (fls. 168-170).

De decisão monocrática não cabe o recurso de embargos de declaração, mas aprecio a petição de fls. 475-482, mais uma vez como pedido de reconsideração da decisão proferida no anterior pedido de reconsideração.

Mantenho a decisão por seus próprios fundamentos, pelos fundamentos expostos pelo Desembargador Federal Tourinho Neto e mais os seguintes:

Não há interesse processual e legitimidade das requerentes resultante do suposto risco para a saúde pública. A defesa do interesse público que, em tese, resultaria desse risco compete a entidades próprias, particularmente o Ministério Público. A argumentação das requerentes, relativamente a esse aspecto da questão, vale apenas como representação aos poderes públicos.

Desconsiderada, no âmbito da ação individual, tal argumentação, resta apenas o argumento do prejuízo econômico. Nesses limites, pode ser dito, em reforço da fundamentação anteriormente expendida, que o art. 16, II, da Lei 6.360/1976 emprega conceitos indeterminados: “comprovação científica e de análise”, “seguro e eficaz”, “identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias”.

A Resolução RDC 157/2002 estabeleceu determinados critérios para a determinação des-

ses conceitos, com base nos quais o Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S. A. – LIFAL obteve o registro de medicamento. Posteriormente, a Resolução RDC 133/2003 deu nova interpretação (*lato sensu*) ao mencionado dispositivo legal. Revogou (não anulou) a Resolução 157.

De acordo com o art. 2º, XIII, da Lei 9.784/1999 é “vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

A conclusão é, pois, pelo menos em sede de liminar, que deve prevalecer o registro deferido ao Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S. A. – LIFAL.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de abril de 2007.

Decisão

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Trata-se de pedido de intervenção no processo (fls. 517-527), na condição de *amicus curiae*, formulado por Associação dos Transplantados de Fígado do Rio Grande do Sul – ASTRAF, nos autos do Mandado de Segurança 20077.01.00.010901-2, impetrado por SOS – RIM – Associação de Amparo Social e Científico contra decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.004325-6.

Em contínuo, pede a ASTRAF reconsideração da decisão (fls. 168-170), em que se deferiu o pedido de liminar para restabelecer “a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de antecipação de tutela às autoras Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda. e Astellas Ireland Co. Limited (...), para permitir deste modo a distribuição e venda do medicamento *lifaltacrolimus* pelo Laboratório Industrial Farmacêutico Alagoas S.A – Lifal”.

Decido.

A Lei 9.868/1999, em seu art. 7º, §2º, prevê que o “relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades” na ação direta de inconstitucionalidade.

A mesma lei acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 482 do Código de Processo Civil, admitindo mani-

festação do *amicus curiae* no incidente de inconstitucionalidade.

É possível participação de “eventuais interessados, ainda que não sejam partes”, no processo e julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de divergência entre orientação acolhida pela Turma de Uniformização e daquele Tribunal, nos termos da Lei 10.259/2001, art. 14, §§ 4º e 7º.

Na jurisprudência, afirma-se que “a regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/1997 e art. 89 da Lei 8.884/1994 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito” (STJ. 1ª Turma. REsp 737073/ RS. Rel.: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 06/12/2005. DJ 13/02/2006, p. 700).

A pretensão em questão não se inclui nas hipóteses acima.

A par disso, intervenção de terceiro é incompatível com a celeridade que se pretende no mandado de segurança.

Nesse sentido: STF. Tribunal Pleno. MS 24414/DF. Rel.: Ministro Cezar Peluso. Data do julgamento: 03/09/2003. DJ 21/11/2003, p. 9; STJ. 1ª Turma. REsp 899726/SP. Rel.: Ministro Teori Albino Zavascki. Data do julgamento: 27/02/2007. DJ 15/03/2007, p. 293; TRF 1ª Região. 4ª Turma. AMS 2000.34.00.033007-4/DF. Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz. Data do julgamento: 05/03/2002. DJ 26/03/2002, p. 73; TRF 1ª Região. 2ª Turma. AMS 2000.36.00.000960-8/MT. Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian. Data do julgamento: 19/11/2003. DJ 15/04/2004, p. 23.

Indefiro o pedido de intervenção.

Oportunamente, vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 15 de maio de 2007.

Decisão

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Trata-se de mandado de segurança impetrado por SOS – RIM – Associação de Amparo Social e Científico de decisão proferida pelo Juiz Federal César Augusto Bearsi, em substituição ao Desembargador Federal Fagundes de Deus, no Agravo de Instrumento

2007.01.00.004325-6/DF, na qual se deferira pedido de antecipação de tutela recursal.

Nos termos da certidão expedida pela Coordenadora da Quinta Turma, anexa, o agravo de instrumento foi julgado pelo colegiado na sessão de 23/05/2007, acarretando superveniente perda de objeto da impetração.

Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, c/c RITRF-1ª Região, art. 30, inciso XXIII.

Custas *ex lege*.

Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula 512/STF; Súmula 105/STJ).

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, dê-se baixa.

Brasília, 24 de maio de 2007.

Sexta Turma

Apelação Cível

2006.33.00.005888-4/BA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Ismar de Oliveira Araújo Filho e outros
Apelada: Miriam Carvalho da Silva
Advogados: Dra. Mônica Falcão Rios e outro
Rec. adesivo: Miriam Carvalho da Silva
Publicação: DJ 2 de 17/09/2007

Ementa

Processual Civil. SFH. Lei 10.150/2000. Quitação do saldo devedor. FCVS. Ilegitimidade passiva da União Federal. Terceiro adquirente. Duplicidade de financiamentos.

I – Embora se pretenda a quitação do saldo devedor de mútuo habitacional com recursos do FCVS, a União Federal não tem legitimidade passiva *ad causam*, sendo os interesses do referido fundo defendidos em juízo pela CEF. Ressalva do ponto de vista em contrário da relatora.

II – A restrição contida no art. 3º da Lei 8.100/1990, alterado pela Lei 10.150/2000, que limitou a quitação do saldo devedor pelo FCVS a apenas um imóvel, não se aplica aos contratos celebrados até 05/12/1990.

III – Não há direito à restituição das prestações pagas a partir da vigência da Lei 10.150/2000, porque a novação antecipada autorizada pelo art 2º, § 3º, da referida lei, dependia da aceitação, pela instituição financeira, das condições legais para a novação da dívida de que era credora com a União, e também de prévia e expressa anuência do devedor.

IV – Direito à restituição das prestações pagas pelo mutuário após o requerimento do benefício, ato que expressa a sua concordância, requisito previsto no § 5º do art. 2º da Lei 10.150/2000, desde que posterior a 21/12/2001, data da aceitação pela CEF das condições da novação com a União (art. 1º). Hipótese em que não foi comprovada a formalização de requerimento na via administrativa.

V – Apelação da CEF parcialmente provida.

VI – Recurso adesivo a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da CEF e negar provimento ao recurso adesivo da Autora.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 27/08/2007.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal contra sentença que, em ação objetivando a quitação do saldo devedor de contrato de mútuo habitacional, com recursos do FCVS, nos termos da Lei 10.150/2000, confirmou a decisão de fls. 123-124, julgando parcialmente procedente o pedido, para “determinar à CEF a quitação do saldo devedor residual do contrato ajustado pela autora, fls. 30/37, com o respectivo cancelamento da hipoteca, ressalvada a existência de dívida com outro fundamento, bem como restituir-lhe as prestações pagas a partir de janeiro de 2002, considerando que a novação entre a CEF e a União ocorreu em 21/12/2001, conforme antes consignado, acrescida de juros de mora conforme o art. 406 do Código Civil, a partir da citação, além de correção monetária desde o desembolso de cada parcela”.

A sentença considerou que não tem fundamento jurídico a pretensão de reaver as parcelas mensais pagas a partir da vigência da Lei 10.150/2000, mas apenas após formalizada a novação que permitiu a liberação da dívida da autora e sua assunção pelo FCVS. Considerou, ainda, que a duplicidade de financiamento pelo SFH não invalida a quitação do saldo devedor residual pelo FCVS e nem exclui tal obrigação quanto a um dos bens financiados, pois são contratos celebrados anteriormente a 05/12/1990.

Apela a CEF (fls. 154-158), alegando, preliminarmente, a legitimidade da União Federal para integrar o pólo passivo da lide. Sustenta que a autora não tem direito à quitação do saldo devedor, nos termos da Lei 10.150/2000, pois, na data da celebração do contrato, era proprietária de dois imóveis, em uma mesma localidade, com cobertura pelo FCVS, situação que viola o art. 3º, § 1º, da Lei 8.100/1990, alterada pela Lei 10.150/2000, e implica a perda do direito de utilização do FCVS.

Sustenta que a mutuária era sabedora da proibição de utilização dos recursos do FCVS para mais de um financiamento e da necessidade de venda do primeiro imóvel financiado no prazo máximo de 180 meses após a assinatura do segundo financiamento, o que não ocorreu no caso dos autos. Ressalta, ainda, como a dívida da autora não foi assumida pelo FCVS, não é devida a restituição das prestações.

Foram apresentadas contra-razões pela apelada (fls. 168-173).

Recurso adesivo da autora às fls. 174-181, postulando a quitação do contrato a partir da vigência da Lei 10.150/2000, com a conseqüente devolução das prestações pagas a partir de janeiro de 2001, bem como sejam aumentados os honorários de sucumbência para 10% (dez por cento), nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Rejeito, com a ressalva da minha opinião em contrário, a preliminar a respeito da necessidade de integração à lide da União, como litisconsorte passiva necessária do agente financeiro, em razão da pretensão de quitação do saldo devedor com recursos do FCVS, tendo em vista que a jurisprudência atual da 6ª Turma, formada contra meu voto, mas baseada em sólida jurisprudência do STJ, que considera ser o referido fundo suficientemente representado em juízo pela CEF (cf., entre muitos outros, o acórdão na AMS 2001.31.00.000010-7/AP, rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, 6ª Turma, DJ de 24/05/2004 e os acórdãos do STJ nos REsp 684970/GO, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 20/02/2006, p. 292; REsp 739277/CE, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 12/09/2005, p. 248; 2005, p. 131; REsp 310306/PE, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ de 21/09/2005, p. 263; REsp 685630/BA, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 1º/08/2005, p. 339).

É certo, pois, que a CEF é legitimada passivamente para a demanda na qual se pretende a quitação de saldo devedor com recursos do FCVS, que são por ela administrados, sendo, assim, rejeitada a preliminar.

Passo ao exame do mérito.

Os arts. 1º e 2º da Lei 10.150/2000 autorizaram a novação de dívidas do Fundo de Compensação de Variações Salariais, junto a instituições financiadoras,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves (convocada) e Daniel Paes Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente.

relativos a saldos devedores de contratos imobiliários celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, mediante a celebração de contrato entre cada instituição financeira e a União, garantidora do FCVS.

O art. 1º regulamentou a novação de *saldos devedores remanescentes* da liquidação de tais contratos (cf. *caput* do artigo). As condições da novação (prazo máximo, carência, encargos) foram as previstas no seu § 2º. A opção pela novação deveria ser feita pela instituição financeira até 20/02/2001 (§ 7º), devendo obrigatoriamente ser incluídos no negócio jurídico também os créditos não caracterizados, que seriam objeto de novação à medida que se tornarem caracterizados (cf. § 8º, do art. 1º). O deferimento da novação permitida pelo art. 1º estava condicionado ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 3º, entre os quais a prévia compensação das dívidas junto ao FCVS, o pagamento das dívidas vencidas relacionadas ao FGTS, ao FUNDHAB, ao FGDLI e ao seguro habitacional obrigatório, devendo ser apresentada a relação dos créditos caracterizados, previamente homologados, e dos contratos de responsabilidade do FCVS ainda não caracterizados.

Por outro lado, o art. 2º da Lei 10.150/2000 disciplinou a possibilidade de *novação antecipada* pela União das dívidas do FCVS relativas a saldos devedores de contratos imobiliários cujos prazos de amortização ainda estavam em curso. Neste caso, a novação entre a instituição financeira credora e a União não estava sujeita à necessidade de abranger todas as dívidas do FCVS perante a instituição financeira, inclusive as não caracterizadas (exigência do § 8º do art. 1º, para a novação autorizada pelo *caput* do art. 1º) e dependia da prévia e expressa anuência do devedor, ou seja, de cada mutuário (art. 2º, § 5º).

A novação antecipada do art. 2º, por não se tratar de negócio jurídico de acerto global de dívidas decorrentes de contratos habitacionais findos entre a instituição financeira e o FCVS, também não estava condicionada ao preenchimento dos requisitos do art. 3º da Lei 10.150/2000, mas apenas à aceitação, pela instituição financeira, das condições da novação da dívida com a União (prazo máximo, carência, encargos) estabelecidas na mencionada lei e à prévia e expressa anuência do devedor (§ 3º). Neste caso, os saldos residuais de responsabilidade do FCVS eram equiparados às dívidas caracterizadas vencidas, e liquidados, parcial

ou integralmente, pela União, nos termos dos parágrafos do art. 2º.

O § 1º do art. 2º autorizou a novação antecipada, pela União, de dívidas do FCVS, por 30% do valor do saldo devedor, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sobre o saldo remanescente, que seria renegociado entre agente financeiro e mutuário.

O § 2º do art. 2º autorizou a novação antecipada, pela União, de dívidas do FCVS, por 70% do valor do saldo devedor, em contratos cuja prestação total, em 31/03/1998, era de até R\$ 25,00, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sobre o saldo remanescente, que seria renegociado entre agente financeiro e mutuário.

O § 3º do art. 2º autorizou a novação antecipada, pela União, de dívidas do FCVS, por 100% do valor do saldo devedor, em contratos assinados até 31/12/1987, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS.

Confirmam-se os dispositivos legais citados:

Art. 1º As dívidas do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, junto às instituições financiadoras, *relativas a saldos devedores remanescentes da liquidação* de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, poderão ser objeto de novação, a ser celebrada entre cada credor e a União, nos termos desta lei.

(...)

§ 2º A novação objeto deste artigo obedecerá às seguintes condições:

I – prazo máximo de trinta anos, contados a partir de 1º/01/1997, com carência de oito anos para os juros e de doze anos para o principal;

II – remuneração equivalente à Taxa Referencial – TR ou ao índice que a suceder na atualização dos saldos dos depósitos de poupança, acrescida:

a) de juros à taxa efetiva de três vírgulas doze por cento ao ano para as operações realizadas com recursos oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

b) de juros de seis vírgulas dezessete por cento ao ano, correspondente à taxa efetiva de juros aplicada aos depósitos de poupança, para as demais operações;

III – registro sob a forma escritural em sistema centralizado de liquidação e de custódia.

(...)

§ 7º As instituições financiadoras que optarem pela novação prevista nesta lei deverão, até 20/02/2001, manifestar à Caixa Econômica Federal – CEF a sua adesão às condições de novação estabelecidas neste artigo. (Vide Medida Provisória 2.181-45 de 24/08/2001.)

§ 8º A adesão a que se refere o § 7º deste artigo incluirá, obrigatoriamente, os créditos não caracterizados, que serão objeto de novação, à medida que se tornarem caracterizados, nos termos desta lei.

Art. 2º Os saldos residuais de responsabilidade do FCVS, decorrentes das liquidações antecipadas previstas nos §§ 1º, 2º e 3º, em contratos firmados com mutuários finais do SFH, poderão ser *novados antecipadamente* pela União, nos termos desta lei, e equiparadas às dívidas caracterizadas vencidas, de que trata o inciso I do § 1º do artigo anterior, independentemente da restrição imposta pelo § 8º do art. 1º.

§ 1º As dívidas de que trata o caput deste artigo poderão ser novadas por montante correspondente a trinta por cento do valor do saldo devedor posicionado na data do reajustamento do contrato, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sobre o saldo devedor remanescente, que será renegociado mediante acordo entre o agente financeiro e o mutuário.

§ 2º As dívidas relativas aos contratos cuja prestação total, em 31/03/1998, era de até R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) poderão ser novadas por montante correspondente a setenta por cento do valor do saldo devedor, posicionado na data de reajustamento do contrato, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sobre o saldo devedor remanescente, que será renegociado mediante acordo entre o agente financeiro e o mutuário.

§ 3º As dívidas relativas aos contratos referidos no caput, assinados até 31/12/1987, poderão ser novadas por montante correspondente a cem por cento do valor do saldo devedor, posicionado na data de reajustamento do contrato, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sob os citados contratos⁷.

(...)

§ 5º A formalização das disposições contidas no caput e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º deste artigo condiciona-se à prévia e expressa anuência do devedor.

§ 6º Na falta da anuência prévia e expressa do devedor, o FCVS poderá reconhecer a cobertura para os casos previstos nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, condicionada à entrega à Administradora do FCVS de termo de compromisso, mediante o qual o agente financeiro assume quaisquer ônus decorrentes

das relações jurídicas entre mutuário e instituição financiadora e entre mutuário e seguradora, inclusive o ônus de ações judiciais envolvendo o contrato de financiamento e seus acessórios e a Apólice do Seguro Habitacional, desonerando expressamente o FCVS. (Incluído pela Lei 10.885, de 2004.)

Observo, portanto, que o direito à liquidação do saldo devedor *após o término do prazo contratual*, no caso de contrato garantido pelo FCVS, assistia a todos os mutuários que houvessem honrado o pagamento de todas as prestações e contribuições para o citado Fundo. Por isso, a novação estabelecida no art. 1º não dependia de anuência do mutuário, o qual já estava liberado de todas as suas obrigações, dizendo respeito apenas às relações entre a instituição financeira credora e a União, na condição de garantidora do FCVS.

Já a novação *antecipada* da dívida do FCVS pela União, no percentual de 30% (§ 1º), 70% (§ 2) ou 100% (§ 3º) do saldo devedor, dependia (1) da aceitação, pela instituição financeira, das condições da novação estabelecidas na Lei 10.150/2000 (2) da prévia e expressa anuência do devedor, a qual somente passou a poder ser dispensada após a Lei 10.885, de 2004, se a instituição financeira se dispusesse a atender às exigências do § 6º do art. 2º (3) da renegociação do saldo residual com o devedor, no caso dos §§ 1º e 2º do art. 2º.

A novação antecipada autorizada pelo art. 2º da Lei 10.150/2000 não era, portanto, direito subjetivo do mutuário apto a ser por ele exercido logo após a entrada em vigor da lei e independentemente da conveniência da instituição financeira. Esta teria que aceitar as condições legais para a substituição do contrato então existente com o mutuário pela novação da obrigação com a União.

Ao contrário, a liquidação antecipada com *desconto parcial* e gradativo previsto no art. 5º da Lei 8.004/1990¹, com a redação dada pela mesma Lei

¹Art. 5º O mutuário do SFH que tenha firmado contrato até 31/03/1990 com cláusula de cobertura de eventuais saldos devedores residuais pelo FCVS poderá, no prazo máximo de um ano, liquidar antecipadamente sua dívida, mediante pagamento de valor correspondente a:

I – contratos firmados até 28/02/1986: cinquenta por cento do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata die* da data do último reajuste até a data da liquidação;

II – contratos firmados de 1º/03/1986 até 31/12/1988: sessenta por cento do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata die* da data do último reajuste até a data da liquidação;

10.150/2000, era direito subjetivo do mutuário cujo contrato tivesse sido assinado até 28/02/1986 (50%), 31/12/1988 (40%) e 31/03/1990 (30%) e somente dependia de requerimento seu formulado no prazo de um ano, sem qualquer ingerência da instituição financeira credora.

No caso dos autos, o mutuário pretende valer-se do desconto integral do saldo devedor – quitação antecipada de 100% do saldo devedor pelo FCVS – autorizado pelo art. 2º, § 3º, da Lei 10.150/2000. Contra sua pretensão, a CEF apenas alega a vedação legal de quitação do saldo devedor de mais de um contrato de financiamento, em nome do mutuário, relativo a imóvel situado na mesma localidade.

Como já visto, a possibilidade de liquidação antecipada, assumindo o FCVS o pagamento de 100% do saldo devedor do contrato, tem os seguintes requisitos: (1) a previsão de garantia pelo FCVS e o pagamento da respectiva contribuição; (2) ter sido o contrato assinado antes de 30/12/1987; (3) a aceitação, pela instituição financeira, das condições de novação da dívida com a União, estabelecidas na Lei 10.150/2000 e (4) a prévia e expressa anuência do devedor.

A aceitação, pela CEF, das condições da novação, está atendida, tendo em vista o Processo 15492.001916/2001-59, em que a Caixa optou pela novação da dívida com a União, tendo tal pretensão sido deferida pelo Ministro de Estado da Fazenda em 21/12/2001, em despacho com o seguinte teor:

Processo 15492.001916/2001-59. Interessado: Caixa Econômica Federal. Assunto: Contrato de novação de dívida do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS a ser celebrado entre a União e a Caixa Econômica Federal, no valor de R\$ 346.721.172,70 (trezentos e quarenta e seis milhões, setecentos e vinte um mil, cento e setenta e dois reais e setenta centavos), referido a 1º/01/1997,

III – contratos firmados de 1º/01/1989 até 31/03/1990: setenta por cento do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata die* da data do último reajuste até a data da liquidação.

§ 1º A critério do mutuário, a liquidação antecipada dos saldos devedores dos contratos firmados até 28/02/1986, que tenham cláusula de cobertura de eventuais saldos devedores residuais pelo FCVS, poderá ser efetivada, alternativamente, mediante o pagamento do montante equivalente ao valor total das mensalidades vincendas, que será integralmente utilizado para amortizar o saldo devedor, inexistindo qualquer repasse para a apólice do seguro do SFH, cuja cobertura se encerra no momento da liquidação do contrato.

a ser devidamente atualizado. Despacho: Com fundamento na Lei 10.150, de 21/12/2000, e tendo em vista os Pareceres da Secretaria do Tesouro Nacional e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, autorizo a contratação mediante a apresentação das certidões negativas de débito pertinentes, na forma da legislação em vigor. Publique-se e restitua-se à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para adoção das providências complementares. Pedro Sampaio Malan (DOU 28/12/2001).

Embora a novação a que se refere o Processo 15492.001916/2001-59 seja a novação autorizada pelo art. 1º – visto que seguiu o rito do art. 3º, e que as novações antecipadas, por sua própria definição legal, devem ser realizadas com referência a cada contrato, dependendo da aceitação do mutuário – considero que ela evidencia que a CEF, em tese, aceita a novação antecipada, somente estando a resistir à pretensão do mutuário em razão da duplicidade de financiamentos (o que, de resto, já resulta evidente de sua contestação e apelação).

Quanto aos demais requisitos, verifico, da análise da documentação juntada aos autos, que o contrato de mútuo foi celebrado em 14/09/1984 (fls. 26-28), com previsão de cobertura do FCVS (fl. 27), tendo como outorgante vendedora a Civil Construtora S/A e como outorgada compradora Liane Ribeiro de Carvalho (fl. 26) que transferiu à autora, ora apelada, o imóvel financiado, por meio de contrato particular de cessão de direitos (doc. fl. 26), sem a anuência do agente financeiro, em 13/06/1991 (doc. fl. 29), e, posteriormente, com a intervenção da CEF (fls. 30-32).

A prévia e expressa anuência do devedor com a novação está evidenciada pela própria propositura da presente ação, devendo ser tida como manifestada a partir do momento em que o mutuário requereu formalmente o benefício, na via administrativa ou judicial.

O único fundamento invocado pela CEF para não proceder à novação da dívida não procede. Isso porque a limitação de cobertura do saldo devedor pelo FCVS a um só contrato somente foi estabelecida na Lei 8.100/1990, posterior, portanto, ao contrato em questão, não lhe sendo, assim, aplicável essa restrição.

Cumprе ressaltar, ainda, que o art. 3º da Lei 8.100/1990 teve sua redação alterada pela Lei 10.150/2000, explicitando que a limitação de quitação do saldo devedor, com recursos do FCVS, para um úni-

co imóvel, não alcançará os contratos celebrados até 05/12/1990, data da sua edição, *in verbis*:

Art. 3º O Fundo de Compensação e de Variações Salariais – FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 05/12/1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS.

Alega a CEF que o referido dispositivo legal não beneficiaria a apelada, porque o segundo imóvel foi adquirido com a cobertura pelo FCVS, sem se desfazer do primeiro imóvel, não estando, pois, o contrato amparado pela legislação do SFH, tendo em vista a irregularidade apontada.

Não é de ser acolhida, contudo, esta argumentação. Com efeito, a violação desse dever contratual poderia, na época, ter dado ensejo ao vencimento antecipado da dívida, mas não à manutenção do contrato, por todos esses anos, desvestido da cobertura do FCVS. Nesse sentido, lembro, entre muitos outros, o acórdão da 5ª Turma na AC 2001.36.00401-6/MT, rel. Juiz convocado Marcelo Albernaz, julgado em 03/10/2005, *verbis*:

Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Duplicidade de financiamentos. Contrato anterior à Lei nº 8.100/1990. Quitação do saldo devedor nos termos da Lei 10.150/2000. Possibilidade. Inclusão indevida do nome do mutuário em cadastros restritivos de crédito. Indenização por danos morais. Condenação. Fixação de valor.

1. A norma que limitou a quitação pelo FCVS a um único saldo devedor só sobreveio com a Lei 8.100/1990, não inviabilizando a quitação com os benefícios da Lei 10.150/2000 relativamente a contratos celebrados antes da edição daquele diploma legal. Precedentes.

2. Inexiste óbice contratual à manutenção da cobertura pelo FCVS, se o contrato estabelece a obrigação de o mutuário se desfazer de anterior imóvel no prazo de 180 dias, sem, contudo, cominar como sanção a exclusão dos benefícios inerentes ao aludido Fundo.

(...)

5. Sentença parcialmente reformada.

Igualmente não prospera a argumentação da CEF, quando busca apoio para sua recusa no §1º do art. 3º cujo *caput* foi acima transcrito. Isso porque a redação do *caput* do art. 3º da Lei 8.100/1990 foi alterada

pela Lei 10.150/2000 exatamente para acrescentar a exceção que permitiu a quitação de dois financiamentos do mesmo mutuário pelo FCVS no caso de contratos celebrados até 05/12/1990, não devendo, portanto, ser interpretada de acordo com o § 1º do mesmo artigo, concebido pelo legislador original, que já admitia a quitação de dois financiamentos, porém em situações mais restritas, sob pena de esvaziar-se, por completo, o efeito da nova lei, que alterou, posteriormente, o *caput* do artigo, para incluir a exceção apontada.

A sentença apelada, no ponto em que reconheceu o direito à quitação antecipada com recursos do FCVS, está, portanto, em consonância com a jurisprudência desse Tribunal e do STJ, conforme se verifica, dentre outros, dos seguintes acórdãos:

Sistema Financeiro da Habitação. Mútuo. Fundo de compensação e variações salariais, mais de um imóvel. Liquidação integral. Saldo devedor. Recurso desprovido.

Havendo o mutuário firmado contrato até 31/12/1987 e existindo a novação de débitos entre a União e o agente financeiro, na forma do art. 2º, § 3º, da Lei 10.150/2000, possui direito a manter a cobertura do Fundo de Compensação e Variações Salariais e assim proceder à liquidação total e antecipada do saldo devedor. Recurso especial desprovido. (REsp 572148, rel. Ministro José Delgado, DJ 22/03/2004.)

Processual Civil. Contrato de financiamento. Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS). Duplicidade de financiamento de imóvel. Cobertura. Lei 8.100/1990. Possibilidade. Quitação de saldo devedor.

1 – O art. 3º da Lei 8.100/1990, que limita a quitação de um único saldo devedor com recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), não se aplica aos contratos de financiamento para aquisição da casa própria celebrados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional em momento anterior à edição desse regramento, ou seja, antes de 05/12/1990. Com efeito, não pode essa disposição retroagir para alcançar contratos já consolidados.

2 – Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido. (REsp 576259/RS; rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 26/09/2005.)

Civil e Pprocessual Civil. Caixa Econômica Federal. Duplicidade de financiamentos. Contrato anterior à Lei 8.100/1990. Quitação do saldo devedor nos termos da Lei 10.150/2000. Possibilidade.

1. A norma que limitou a quitação pelo FCVS a um único saldo devedor sobreveio com a Lei 8.100/1990, não inviabilizando a quitação com os benefícios da Lei 10.150/2000 relativamente a contratos celebrados antes da edição daquele diploma legal. Precedentes.

2. Apelação improvida. (AC 2004.33.00.003296-0/BA, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 16/02/2006.)

Cumpre, todavia, apreciar a questão do termo inicial do direito à devolução das prestações pagas pelo mutuário após a edição da Lei 10.150/2000, objeto tanto do recurso da CEF, como do recurso adesivo da autora.

A sentença assegurou à autora o direito à restituição das prestações pagas a partir de janeiro de 2002, considerando que a novação entre a CEF e a União ocorreu em 21/12/2001. A CEF pretende nada restituir, em coerência com sua tese de que não haveria direito à quitação do saldo devedor com recursos do FCVS. A autora recorreu, postulando a quitação do contrato a partir da vigência da Lei 10.150/2000, com a conseqüente devolução das prestações pagas a partir de janeiro de 2001.

Penso que os requisitos para o auferimento do direito postulado somente se completaram com conjugação da novação entre a CEF e a União, em 21/12/2001, e a formalização de requerimento pelo mutuário, na via administrativa ou judicial, quando ficou evidenciada a sua anuência, requisito estabelecido no § 5º do art. 2º da Lei 10.150/2000. Antes, havia apenas comando legal genérico, que meramente autorizava as instituições financeiras a novar seus créditos perante o FCVS com a União e, no caso da novação antecipada, exigia a expressa concordância do mutuário.

Repito que a redação do dispositivo legal que embasa o benefício pleiteado (art. 2º da Lei 10.150/2000) é em tudo diversa da redação do art. 5º da Lei 8.004/1990, dada pela mesma Lei 10.150/2000, este sim assegurado de direito subjetivo ao mutuário de contratos em vigor nas mesmas épocas (assinado até fevereiro de 1986, inciso I, e celebrado entre 01/03/1986 e 31/12/1988, inciso II) de liquidação antecipada, mediante quitação pelo FCVS de apenas parte do saldo devedor, em percentual menor, mas sem a necessidade de concordância do agente financeiro. No caso do art. 5º da Lei 8.004/1990 com a redação dada pela Lei 10.150/2000,

o mutuário, a partir de sua publicação, durante um ano, teve direito subjetivo a quitar o saldo devedor, pagando apenas parte dele, arcando o FCVS com o resto.

No caso dos autos, observo que a autora não comprova ter formulado requerimento administrativo do benefício previsto no art. 2º da Lei 10.150/2000, perante a CEF, cuja data de protocolo poderia ser considerada como o termo inicial para o deferimento do benefício, desde que posterior a 21/12/2001. Ela apenas alega que o postulou verbalmente, sem sequer indicar a data precisa de tal alegada manifestação oral, o que não é suficiente para expressar a sua concordância “prévia e expressa” exigida pelo § 5º do art. 2º da Lei 10.150/2000. O Direito não socorre a quem dorme, não se devendo prescindir do estrito cumprimento de exigências legais, especialmente em hipóteses como a dos autos quando está em questão vantagem excepcional concedida pelo erário.

Assim, as parcelas pagas até o ajuizamento da ação — e depois dele não houve mais pagamento de prestações, porque findo o prazo contratual (cf. doc. fls. 105-106) — foram corretamente recebidas pela instituição financeira, não havendo direito à restituição, mas apenas à quitação do saldo devedor residual do contrato.

O recurso adesivo, em conseqüência, não merece provimento na parte em que postula a restituição das prestações desde a data da edição da Lei 10.150/2000.

No tocante ao pedido de condenação em verba honorária, correta a sentença, ao estabelecer a sucumbência recíproca, cada parte arcando com os honorários de seus advogados.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação da CEF, para julgar improcedente o pedido de restituição das prestações pagas, mantida quanto ao mais a sentença apelada, e nego provimento ao recurso adesivo da autora.

É como voto.

Sétima Turma

Apelação em Mandado de Segurança 2005.34.00.002192-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Apelante: Mecfil Industrial Ltda.
Advogado: Dr. José Fernando Teixeira Alves Ferraz
Apelada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Publicação: DJ 2 de 28/09/2007

Ementa

Administrativo fiscal. Programa de Recuperação Fiscal – Refis. Exclusão por falta de desistência formal de impugnação administrativa já julgada sem recurso do contribuinte, que incluiu o débito na declaração de adesão ao programa. Ilegalidade da exclusão. Apelação que merece provimento.

I – O Programa de Recuperação Fiscal – Refis, instituído pela Lei 9.964, de 10/04/2000, estabeleceu moratória individual, que, nos termos do art. 153 do CTN, reclama a fixação, pela lei que a concede, das condições a que se sujeita.

II – A Lei 9.964/2000, no art. 2º, § 6º, não exige, como condição para adesão ao Refis, a desistência prévia de processo administrativo em que esteja sendo discutido o débito a ser incluído no parcelamento, não podendo essa exigência ser posta em ato de natureza infralegal, nem autoriza a exclusão do débito nele incluído por falta dessa desistência.

III – Descabe tal exigência porque a adesão ao Programa implica a consolidação de débitos, que abrange “todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica na condição de contribuinte ou responsável”, exigida, pelo § 6º desse artigo, apenas em relação aos que se achem em discussão judicial, a desistência prévia da respectiva ação, e o art. 3º, I, dispõe que a opção do contribuinte importa na confissão irretratável dos débitos por ela abrangidos, do que resulta que a Administração está autorizada a arquivar os processos administrativos em que o optante discutia os débitos por ele incluídos no parcelamento, pois seria inadmissível prosseguir na discussão de débitos já irretratavelmente confessados.

IV – Acresce, *in casu*, a circunstância de que a impugnação administrativa já havia sido julgada até em grau de recurso, por decisão transitada em julgado, após o que o débito nela discutido foi incluído na declaração de adesão ao Programa, com indicação do número do processo administrativo na ficha própria para informação de desistência de impugnação ou recurso voluntário, não havendo, assim, do que desistir, porque já encerrado o processo.

V – Apelação provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 17/09/2007.

Desembargador Federal Antônio Ezequiel, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Mecfil Industrial Ltda. contra ato do Comitê Gestor do Refis, consubstanciado na Portaria 821, de 15/12/2004 (DOU de 17/12/2004) (fl. 38), por meio da qual a empresa foi excluída do Programa de Recuperação Fiscal com base no inciso III do art. 5º da Lei 9.964, de 10/04/2000, isto é, “constatação, caracterizada por lançamento de ofício, de débito correspondente a tributo ou contribuição abrangidos pelo Refis e não incluídos na confissão a que se refere o inciso I do caput do art. 3º, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial”.

A sentença (fls. 127/131) proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal *denegou a segurança*, acolhendo os argumentos da autoridade coatora de que:

1) a impetrante foi excluída “*por não haver desistido expressamente de impugnação administrativa, desrespeitando, ainda, com tal conduta, os arts. 3º, I e IV, bem como o 5º da Lei 9.964/2000, em face da não sujeição à confissão irrevogável e irretirável dos débitos referidos no art. 2º; aceitação plena e irretirável de todas as condições estabelecidas*” (fl. 127);

2) não há comprovação da desistência formal do recurso administrativo interposto no Processo 10880.012510/95-50 (fl. 6) contra decisão desfavorável do Conselho de Contribuintes, sendo insuficiente a simples “*informação de desistência*”, em face do que dispõe o art. 2º, II, *a*, da IN/SRF 43/2000;

3) tal exclusão decorre do fato de que, após o lançamento, de ofício, dos débitos verificados, a contribuinte não efetivou o seu pagamento no prazo de 30 dias.

Inconformada, apela a impetrante (fls. 133/146), resumindo a situação de fato apresentada nos autos da seguinte maneira:

1995 – a apelante dá início ao *Processo Administrativo 10880.012510/95-50* (onde discute pretensão débito de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ – Auto de Infração).

2000 – a apelante opta pelo REFIS e *inclui* no montante parcelado o citado débito de IRPJ discutido no *Processo Administrativo 10880.012510/95-50*.

julho de 2004 – a Receita Federal em São Paulo exclui o débito discutido no *Processo Administrativo 10880.012510/95-50* do montante parcelado no Refis, alegando ausência de formalidade estabelecida em Instrução Normativa.

agosto de 2004 – a apelante *requer a reinclusão desse débito* no montante parcelado, alegando não haver *previsão legal* para sua exclusão.

setembro de 2004 – a Receita Federal em São Paulo inicia o *Processo Administrativo 13807.006797/2004-57*, visando propor a exclusão da Apelante do Refis por ausência de “*desistência formal*” no *Processo Administrativo 10880.012510/95-50*.

14 de dezembro de 2004 – a Receita Federal em São Paulo decide o *Processo Administrativo 13807.006797/2004-57* propondo ao Comitê Gestor do Refis a exclusão da apelante do programa.

17 de dezembro de 2004 – o Comitê Gestor do Refis publica no *DOU* sua Portaria 821/2004, excluindo a apelante do Programa Refis.

Quanto à pretensão de se ver reincluída no Refis, fundamenta o seu direito com as afirmações de que incluiu o débito de que trata o *Processo Administrativo 10880.012510/95-50* em sua Opção (fls. 42/50) e que isso a sujeitou, por força do texto legal (Lei 9.964/2000), aos efeitos da confissão; de que a autoridade tributária, ao propor a exclusão da apelante do programa com base na IN/SRF 43/2000, fere o princípio da estrita legalidade, pois a Lei 9.964/2000, que instituiu o Refis, não exige a desistência expressa e formal, em requerimento específico, de processo administrativo; e, por fim, de que “*em nenhum momento a LEI delegou à autoridade administrativa a hipótese de criar novas condições, ou obrigações a serem impostas aos contribuintes/optantes*” (fl. 139). Conclui pedindo o provimento do apelo para que seja reintegrada no Refis.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 150/152).

O representante do Ministério Público deixou de se manifestar por considerar inexistente interesse público a ensejar a sua intervenção (fls. 156/157).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Insurge-se a impetrante contra ato do Presidente do Comitê Gestor do Refis, consubstanciado na Portaria 821, de 15/12/2004 (DOU de 17/12/2004), que a excluiu do Programa de Recuperação Fiscal com base no inciso III do art. 5º da Lei 9.964, de 10/04/2000, isto é, “constatação, caracterizada por lançamento de ofício, de débito correspondente a tributo ou contribuição abrangidos pelo Refis e não incluídos na confissão a que se refere o inciso I do caput do art. 3º, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial”.

O art. 5º da Lei 9.964/2000, combinado com o art. 3º, I a V, da mesma lei, ao qual o primeiro faz remissão, prevê dezesseis (16) hipóteses de exclusão do contribuinte do Refis, todas elas ancoradas em fatos objetivos, dos quais o contribuinte aderente ao programa tem conhecimento antes da exclusão, com a qual, portanto, não pode dizer-se surpreendido, tendo em vista que a sua adesão ao programa implica, como está dito no art. 3º, inciso IV, da citada lei, “aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas.” Entre tais fatos está aquele em que se baseou a portaria de exclusão da apelante, conforme transcrição supra.

Examinados os autos, verifica-se que, embora a apelante verbera contra a sua exclusão do Refis sob a alegação de que ela se deu em razão da não formalização de desistência de impugnação ou recurso administrativo, motivo não previsto na Lei 9.964/2000 como causa dessa exclusão, em verdade, a sua exclusão deu-se por não haver quitado, no prazo de trinta dias da intimação, o débito objeto do auto de infração contra ela lavrado, de ofício, tendo por objeto débito que foi excluído do Refis por não ter havido a formalização de desistência da impugnação administrativa contra ele oferecida pela apelante. É o que depreende do documento de fl. 52.

É de perguntar-se, então: foi legítima a exclusão desse débito do Refis? Ou, por outra: configurou-se, no

caso, de fato e de direito, a hipótese de exclusão prevista no art. 5º, III, da Lei 9.964/2000? Afigura-se-me que as respostas a ambas essas questões devem ser negativas, como se demonstra a seguir.

Com efeito, enquanto o citado inciso III do art. 5º manda excluir o contribuinte que não pagar, em 30 dias da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial, “débito correspondente a tributo ou contribuição abrangidos pelo Refis e não incluídos na confissão a que se refere o inciso I do caput do art. 3º...” (grifei), a apelante foi excluída pelo não pagamento, de uma só vez, de débito que havia sido incluído no parcelamento, com indicação do número do Processo Administrativo na “Ficha 13 – Informação de Desistência...” (fl. 45), e que, nessa condição, vinha sendo pago regularmente, não se verificando, pois, a hipótese do dispositivo legal em que se baseou o ato de sua exclusão.

É certo que esse débito fora excluído do parcelamento, e foi objeto de auto de infração, antes da exclusão, mas essa exclusão também não foi legítima, como sustenta a apelante.

É que dita exclusão deu-se com base no art. 5º da Instrução Normativa 43, de 25/04/2000, segundo o qual “A informação de desistência de ações judiciais, impugnações e recursos administrativos na Declaração Refis terá efeito apenas indicativo, não eximindo o contribuinte de formalizar o pedido de desistência da ação judicial ou do contencioso administrativo, no prazo a que se refere o art. 2º desta Instrução Normativa” (art. 5º, *caput*), acrescentando o § 1º desse artigo que “A desistência de impugnação ou recurso, no âmbito administrativo, será formalizada em requerimento que deverá ser apresentado à unidade da SRF com jurisdição sobre o domicílio fiscal da pessoa jurídica optante”.

Ocorre, entretanto, que, ao contrário das ações judiciais, das quais devia o contribuinte desistir e renunciar ao direito sobre o qual elas se fundavam, como condição para a inclusão dos respectivos créditos no Refis, *ex-vi* do disposto no art. 2º, § 6º, da Lei 9.964/2000, a referida lei em nenhum passo exige a desistência formal de processos administrativos como condição de adesão ao Programa, nem põe a falta dessa desistência como causa de exclusão do contribuinte.

Daí por que esta 7ª Turma, no julgamento da AMS 2003.34.00.026719-0/DF, de Relatoria do Desembargador Luciano Tolentino Amaral, por maioria,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

vencido o ilustre Relator, acolheu voto-vista da minha autoria, nesse sentido, constando da ementa do ementa do Acórdão, no que aqui interessa, o seguinte, nos seus itens 1, 2, 3 e 5:

1. O Programa de Recuperação Fiscal – Refis, instituído pela Lei 9.964, de 10/04/2000, estabeleceu moratória individual, que, nos termos do art. 153 do CTN, reclama a fixação, pela lei que a concede, das condições a que se sujeita.

2. A Lei 9.964/2000, no art. 2º, § 6º, não exige, como condição para adesão ao Refis, a desistência prévia de processo administrativo em que esteja sendo discutido o débito a ser incluído no parcelamento, não podendo essa exigência ser posta em ato de natureza infralegal.

3. Explica-se essa inexigência porque a adesão ao Programa implica a consolidação de débitos, que abrange “todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica na condição de contribuinte ou responsável”, exigida, pelo § 6º desse artigo, em relação aos que se achem em discussão judicial, a desistência prévia da respectiva ação, e o art. 3º, I, dispõe que a opção do contribuinte importa na confissão irretratável dos débitos por ela abrangidos, do que resulta que a Administração está autorizada a arquivar os processos administrativos em que o optante discutia os débitos incluídos no parcelamento, pois seria inadmissível prosseguir na discussão de débitos já irretratavelmente confessados.

4. (...)

5. Apelação provida.

Releva acrescentar que, no caso, sequer havia processo administrativo em andamento de que desistir, de vez que, na data do protocolo da declaração de adesão (12/12/2000, conforme fl. 42), o processo administrativo em questão (10880.012510/95-50) já havia sido julgado, em grau de recurso, pelo 1º Conselho de Contribuintes, com decisão juntada em 15/09/2000, “contra a qual não foi apresentado recurso”, como se lê na manifestação do Fisco que procedeu à exclusão do débito do Refis (v. fl. 52).

Por outro lado, tanto é certo que a confissão irretratável do débito resulta, automaticamente, da sua inclusão na declaração de adesão ao Programa que a lei não exige outra declaração formal de confissão desses débitos, e o próprio art. 5º, III, da Lei 9.964/2000 só manda excluir o contribuinte em relação ao qual forem constatados débitos abrangidos pelo REFIS “e não incluídos na confissão a que se refere o inciso I do art. 3º, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias,

contado da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial;” (grifei), do que se segue que os débitos incluídos no parcelamento estão automaticamente confessados. Aliás, no meu entender, era desnecessária até mesmo a exigência legal de desistência das ações judiciais em andamento, porque, provado o pedido de parcelamento dos débitos nelas discutidos, importando em confissão irretratável da dívida, o juiz ou tribunal onde corresse tais ações estaria autorizado a julgá-las extintas, por perda de objeto. Daí que o § 6º do art. 2º da Lei do Refis, lido *contrario sensu*, deixa ao contribuinte a faculdade de não incluir no Programa os débitos discutidos em juízo em ações das quais não desejasse desistir. Tanto assim é que o art. 5º, § 3º, com relação aos débitos não incluídos no Programa, só manda excluir o contribuinte se o débito não for pago em 30 dias da ciência do lançamento (obviamente, para débitos apurados após a adesão) ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial (para os débitos abrangidos pelo Refis, mas nele não incluídos pelo contribuinte).

Isso posto, e por considerar que foi ilegal a exclusão do Refis do débito objeto do Processo Administrativo 10880.012510/95-50, bem assim a lavratura de novo auto de infração com relação a esse débito, e a subsequente exclusão da apelante do Programa pelo seu não pagamento integral em trinta dias, dou provimento ao apelo, para determinar a reinclusão do débito citado no Programa Refis e a subsequente e imediata reinclusão da apelante nesse Programa, assegurando a ela o pagamento das prestações ajustadas e ora em atraso, com os acréscimos legais. Condeno a apelada a reembolsar à apelante as custas por ela pagas. Sem honorários, face à Súmula 512 do STF.

É como voto.

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2000.01.00.054110-1/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Marilene Ribeiro Resende Gonçalves
Advogado: Dr. Arnaldo Silva
Apelada: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: DJ 2 de 21/09/2007

Ementa

Tributário. Processual Civil. Mandado de segurança. Contribuição social incidente sobre pensões e proventos de servidor público inativo. Extinção do processo. Superveniente perda do objeto. Inocorrência. Julgamento do mérito. Possibilidade. Art. 515, § 3º, do CPC. Legitimidade passiva ad causam do Diretor da Escola Agrotécnica Federal de Uberaba e do Secretário de Recursos Humanos do Morg. Lei 9.783/1999. EC 20/1998 isenção. Inconstitucionalidade. Correção monetária.

I – O deferimento de liminar para suspender a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, não faz perder o objeto dos processos em andamento que discutem a referida questão.

II – Pacífico o entendimento jurisprudencial que a autoridade coatora, ainda que em função da reforma interna, possua outra denominação, ao defender o mérito da demanda passa a ter legitimidade passiva *ad causam*.

III – Preliminar de não-cabimento de mandado de segurança contra lei em tese afastada, por se tratar de ato com efeitos concretos.

IV – Tendo sido extinto o processo sem julgamento de mérito, pode o Tribunal prosseguir no julgamento do feito, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, visto que a causa está madura para julgamento, em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processual que embasou a criação do instituto.

V – O art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998, não previa a incidência da contribuição previdenciária sobre as pensões e os proventos dos servidores públicos inativos.

VI – O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei 9.783/1999, ao instituir a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos e pensões dos servidores públicos.

VII – A partir da EC 41/2003, possível a incidência da contribuição previdenciária sobre as pensões e os proventos dos servidores públicos, inclusive para os que já estavam aposentados no momento de sua entrada em vigor.

VIII – Apelação a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 28/08/2007.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Mandado de segurança impetrado por Marilene Ribeiro Resende Gonçalves, contra ato do Secretário de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio do Ministério do Orçamento e Gestão e Diretor da Escola Agrotécnica Federal de Uberaba, objetivando o não-recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre seus proventos, instituída pela Lei 9.783/1993.

O MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, em face da superveniente perda do objeto, ao fundamento de que o STF, no julgamento do dia 30/09/1999, examinando o pedido de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, afastou a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores aposentados.

A Escola Agrotécnica Federal de Uberaba/MG interpôs o Agravo de Instrumento 1999.01.00.079334-0, e a União o Agravo 1999.01.00.080297-7, contra a decisão que deferiu o pedido de liminar, em que foram negados os efeitos suspensivos, conforme consulta processual via *internet*.

Apela a impetrante, sustentando que a decisão do Supremo, apesar de seu efeito vinculante, não causa a perda do objeto da presente ação, porque possui direito à prestação jurisdicional.

Em suas contra-razões, a União defende a legalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos.

A Escola Agrotécnica Federal de Uberaba reportou-se às contra-razões da União, sem nada acrescentar.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

Os autos foram originariamente distribuídos ao Desembargador Federal Cândido Ribeiro, e, após, vieram a mim redistribuídos por força da Emenda Regimental 3/2003.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: —

Da perda do objeto:

Cumpra esclarecer que o julgamento da questão versada nos autos — incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos de servidor público inativo —, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, leva ao reconhecimento do pedido da parte, tendo em vista que o pedido de antecipação da tutela havia sido deferido antes do julgamento do Supremo.

Nesse sentido, destaco os precedentes desta Corte:

Constitucional e Processual Civil. Contribuição previdenciária. Servidores públicos. Lei 9.783/1999. Superveniência da Lei 9.988/2000. Perda de objeto inexistente. Apelação dos autores provida. Apelação da Fazenda Nacional prejudicada.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.010-2/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, concedeu medida cautelar, em sessão realizada no dia 30/09/1999, por unanimidade, para suspender no caput do art. 1º da aludida Lei 9.783/1999, a eficácia do art. 2º e seu parágrafo único da Lei 9.783/1999, por vício de inconstitucionalidade, conforme Ata 28, publicada no DJ de 11/10/1999.

Não ocorreu perda do objeto, conforme caracterizado na r. sentença, fato que determinou o conhecimento do mérito da causa, para julgar precedentes os pedidos dos autores. Mantida, pois, a sentença na condenação em honorários advocatícios, no valor de 20% (vinte por cento).

Apelação dos autores provida. Apelação da Fazenda Nacional não provida.

Peças liberadas pelo Relator em 18/07/2006 para publicação do acórdão. (TRF 1ª Região, AC 1999.38.00.017229-1/MG, 7ª Turma, rel. conv. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, DJ 31/07/2006).

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado).

Constitucional, Previdenciário e Processo Civil. Contribuições sociais incidentes sobre os proventos e pensões dos servidores públicos civis ativos. Adicionais. Lei 9.783/1999. Presença de interesse de agir. Perda do objeto. Inocorrência.

A medida liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade, por não produzir efeito erga omnes e nem tampouco possuir efeito vinculante, não tem o condão de ocasionar a perda do objeto da ação que foi impetrada com o objetivo de afastar o recolhimento da contribuição social instituída pela Lei 9.783/1999, sobre os proventos e pensões dos servidores públicos inativos. Precedentes desta Corte Regional Federal.

A Lei 10.352/2001, ao acrescentar o § 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil, permitiu que “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”. Todavia, esta 4ª Turma se posicionou no sentido de não observar a orientação contida no referido dispositivo legal, a fim de evitar a supressão de instância (AC 1999.38.00.040950-6/MG, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, DJU 20/09/2002, p. 126).

Apelação dos autores provida, para determinar o retorno dos autos ao Juízo Federal de origem, a fim de que se dê regular processamento ao feito.

Apelação da União e remessa oficial prejudicada. (TRF 1ª Região, 4ª Turma, rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 06/12/2002).

Superada a prejudicial, encontrando-se o feito devidamente instruído e em condições de julgamento, com respaldo no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, passo ao exame da questão versada nos autos, também em atenção aos princípios da efetividade, da economia e da celeridade da prestação jurisdicional.

Da legitimidade passiva *ad causam*:

Não prevalece a tese das autoridades coatoras de que não possuem legitimidade passiva *ad causam*, porque, ao prestarem informações, defenderam o mérito da demanda, encampando, dessa forma, a competência sobre o ato coator.

Nesse entendimento, destaco o precedente desta Turma:

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Legitimidade passiva. Autoridade coatora. Ataque ao mérito da causa. Repetição do indébito. Contribuição social incidente sobre os pro-

ventos de servidor público inativo e pensionista. Lei 9.783/1999. Ilegalidade.

É assente na jurisprudência o entendimento de que não há que se falar em ilegitimidade passiva ad causam da autoridade apontada como coatora, se esta, ao prestar suas informações, ataca o mérito da causa, defendendo o ato impugnado. Precedentes desta Corte e do STJ.

O Plenário do STF, aos 30/09/1999, deferiu liminar na ADI-MC 2010-2/DF para suspender, até decisão final, a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”, previstas no caput do art. 1º, bem como, na íntegra, o art. 2º, parágrafo único e art. 3º, parágrafo único, todos da Lei 9.783/1999.

A edição da Lei 10.887/2004 pós termo à discussão, revogando totalmente a Lei 9.783/1999 e reconhecendo, tacitamente, a ilegalidade da cobrança da contribuição em comento.

Apelação da União Federal e remessa oficial improvidas.

Ressalto, ainda, que o Secretário de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio do Ministério do Orçamento e Gestão, em última análise, pode ser considerado superior hierárquico do Diretor da Escola Agrotécnica de Uberaba, em relação à folha de pagamentos de seus servidores, haja vista a centralização da folha de pagamento pelos sistemas Siape e Sifai, de responsabilidade do Ministério de Orçamento e Gestão.

Da inadequação da via eleita:

Não prospera a alegação de impropriedade da via eleita, porque, abandonando o caráter meramente normativo-abstrato, a dita lei em tese se convalidará em ato administrativo promovido pelas autoridades coatoras, capaz de produzir, de pronto, efeitos concretos na esfera patrimonial da impetrante — desconto da contribuição previdenciária sobre os seus proventos.

Da ausência do direito líquido e certo:

A preliminar suscitada de ausência do direito líquido e certo se confunde com o mérito da demanda e com ele será examinado.

Do Mérito:

A questão posta nos autos versa sobre a legalidade da contribuição para o Plano de Seguridade Social, incidentes sobre os proventos dos servidores inativos, na forma como prevista na Lei 9.783/1999.

A contribuição em discussão foi objeto de muita controvérsia jurídica, tendo em vista a anterior edição da MP 1.415/1996, tendo os servidores públicos inativos e pensionistas, à época, resistido ao desconto ante sua manifesta inconstitucionalidade, a teor do art. 40, § 6º, da Constituição.

Alegavam que a medida provisória em questão violava o princípio do direito adquirido e até a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, extensiva aos proventos (arts. 37, XV, e 40, § 4º), sendo manifesta sua imprestabilidade para instituir a contribuição social, ante a incompatibilidade entre sua vigência imediata, nos termos do art. 62, e a observância da anterioridade nonagesimal, imposta pelo art. 195, § 6º, ambos do Estatuto Fundamental.

No entanto, dita contribuição foi derogada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei 9.630, de 23/04/1998, que, naquela assentada, expressamente isentou o servidor público inativo do recolhimento da contribuição previdenciária, independentemente da data de sua aposentadoria, a partir de 31/03/1998, estendendo a isenção, inclusive, àqueles que, em data anterior àquele termo, não fizeram o recolhimento na época própria.

Após, foi editada a Lei 9.783/1999, fazendo incidir a contribuição social sobre os proventos dos inativos e sobre as pensões de servidores públicos.

Todavia, dispunha o art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998:

Art. 40 – Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela EC 20, de 15/12/1998)

Ou seja, do dispositivo constitucional transcrito, depreendo que apenas os servidores públicos em atividade estavam sujeitos à incidência da contribuição previdenciária, razão pela qual a Lei 9.783/1999 não poderia ter incluído os servidores inativos e pensionistas como sujeitos passivos da contribuição.

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-MC 2010/DF, declarou a inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária incidente sobre os inativos e pensionistas do serviço público, instituída pela Lei 9.783/1999, *verbis*:

Ação declaratória de constitucionalidade. Processo objetivo de controle normativo abstrato. A necessária existência de controvérsia judicial como pressuposto de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade. Ação conhecida. (...)

A Constituição da República não admite a instituição da contribuição de seguridade social sobre inativos e pensionistas da união. A Lei 9.783/1999, ao dispor sobre a contribuição de seguridade social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC 20/1998 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões. O regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, caput, da Constituição, na redação dada pela EC 20/1998, foi instituído, unicamente, em relação “Aos servidores titulares de cargos efetivos...”, inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir, a inativos e a pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei 9.783/1999. Interpretação do art. 40, §§ 8º e 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, todos com a redação que lhes deu a EC 20/1998. Precedente: ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. O regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo. A questão do equilíbrio atuarial (CF, art. 195, § 5º). Contribuição de seguridade social sobre pensões e proventos: ausência de causa suficiente. Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF. (STF ADC-MC2010/DF, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/2002)

Assim, não há mais dúvidas quanto à inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre as pensões e proventos dos servidores públicos inativos, instituída pela Lei 9.783/1999.

Com advento da Emenda Constitucional 41, de 19/12/2003, o art. 40 da Constituição passou a dispor, *in verbis*:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Dessa forma, a partir da EC 41/2003, os servidores inativos e pensionistas perderam a isenção tributária, sendo possível a incidência da contribuição previdência sobre seus proventos e pensões, inclusive sobre os servidores que já estavam aposentados antes da vigência da referida emenda.

A legalidade da referida emenda foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 3105/DF. Confira-se:

Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC 41/2003.

No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à in-

cidência de contribuição previdenciária, por força de emenda constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional 41, de 19/12/2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional 41, de 19/12/2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. (STF ADI 3105/DF, Plenário, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 18/02/2005).

Concluo, portanto que a impetrante está isenta da incidência da contribuição previdenciária incidente sobre seus proventos, instituída pela Lei 9.783/1999, até a vigência da EC 41/2003.

Dispositivo:

Ante o exposto, dou provimento à apelação da impetrante, para anular a sentença de primeira instân-

cia, e, no mérito, conceder a segurança, para declarar a não-incidência da contribuição previdenciária sobre seus proventos, instituída pela Lei 9.783/1999.

Sem custas e sem honorários advocatícios.

É o relatório.

Suspensão de Segurança

2007.01.00.037150-2/AM

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães
Decisão: 11/09/2007
Publicação: DJ 2 de 21/09/2007

Decisão

Trata-se de suspensão de segurança requerida pelo Município de Carauari/AM, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, objetivando sustar os efeitos da liminar proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto Ricardo Augusto de Sales, da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, nos autos da Ação Civil Pública 2007.32.00.005478-2/DF, nos seguintes termos (fls. 351/361):

(*omissis*) presentes a fumaça do bom direito e o perigo de perecibilidade do direito, tenho como inafastável a necessidade da decretação da medida, de modo a determinar, em sede de provimento de natureza acautelatória, e, por isso mesmo, exequível desde logo, a *imediata suspensão das atividades de pouso e de decolagem de aeronaves no Aeroporto de Carauari*, ressalvados os casos de urgências de saúde e as atividades de aeronaves militares e das forças policiais.

Por autorizar o uso do aeródromo por aeronaves militares e policiais, determino sejam intimados pessoalmente os Comandantes Militares das Forças Armadas em Manaus, o Superintendente da Polícia Federal e o Secretário de Segurança Pública para que, acaso haja a necessidade de se utilizar o aeroporto de Carauari, fiquem cientificados e alertem seus subordinados quanto aos riscos de colisão com aves de rapina no mencionado aeroporto.

Intimem-se o Superintendente Regional da Infraero e da Anac para que adotem, imediatamente, as medidas necessárias ao cumprimento da presente decisão.

Determino, ainda, que o Município de Carauari/AM, juntamente com o Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas – Ipaam sejam intimados para que cumpram as seguintes determinações:

a) paralise e impeça, de imediato, o depósito de resíduos sólidos na área de segurança aeroportuária do aeroporto de Carauari, definida no art. 1º da Resolução 4/195 do Conama, além da retirada de todo o lixo do local.

b) proceda, em caráter emergencial, ao despejo oriundo da coleta de lixo em local adequado e que não ofereça risco à atividade aeroportuária, principalmente aos 600 trabalhadores da Petrobras que são os maiores usuários do aeródromo de Carauari;

c) elabore, no prazo de 90 dias, um programa de gerenciamento de resíduos sólidos para o Município de Carauari, contemplando a construção de um novo aterro sanitário para a disposição final dos resíduos sólidos que atenda às necessidades do Município, submetendo tal programa ao Ipaam, para que este corrija eventuais irregularidades a serem detectadas;

d) elabore, no prazo de 90 dias, plano de manejo de aves, a ser aprovado pelo Ibama.

e) proceda à imediata desinfecção do local, com o acompanhamento do Ipaam, de maneira a ser restabelecida a segurança necessária à operação das aeronaves;

f) promova a criação de um programa de educação ambiental, no prazo de 90 dias, por meio das Secretarias Municipais de Meio Ambiente e de Educação, para sensibilizar a população do entorno da área aeroportuária sobre a proibição de jogar lixo no local, que deverá ser submetido ao Ipaam e, após aprovação deste órgão ambiental, entregue a este Juízo.

g) caso seja aprovado o Programa de Gerenciamento de Resíduos pelo Ipaam e as atividades de construção do novo aterro tenham início, que seja efetuado, pelos órgãos técnicos, relatório trimestral para acompanhamento das atividades desenvolvidas pelo Poder Público em Carauari, a fim de que haja uma comprovação da continuidade das obras e medidas a serem adotadas. Assim, a Anac, a Petrobras, o Cenipa e o Ibama constatariam a evolução no cumprimento de suas próprias recomendações expedidas e constates dos autos. Tais relatórios trimestrais deverão ser entregues em 90 dias a partir do início das obras de construção do aterro sanitário.

Na hipótese de não cumprimento das obrigações acima expendidas, no prazo fixado, com fundamento no art. 14 do CPC (contempt of court), será aplicada aos representantes legais das entidades públicas res multa no valor de R\$ 5.000,00 por dia de atraso/descumprimento, sem prejuízo da responsabilidade penal e político-administrativa cabível. (Fls. 359/361.)

Esclarece o requerente que o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, a Agência Nacional da Aviação Civil – Anac e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama moveram ação civil pública pleiteando a paralisação das atividades de pouso e decolagem no aeroporto de Carauari/AM, visto que o aludido aeródromo oferece riscos à segurança dos passageiros e da tripulação das aeronaves, devido ao grande número de urubus, atraídos por um depósito de lixo que está localizado a cerca de 1,5 Km em linha reta do aludido aeródromo.

Assevera que os autores “responsabilizam infundadamente o Município de Carauari pela não construção de um aterro sanitário distante do aeródromo”; que, apesar de ter apresentado manifestação “sustentando que as informações contidas no procedimento administrativo eram antigas e que cumpriu com as responsabilidades pactuadas no Termo de Ajustamento de Conduta 32/2004, celebrado perante a Procuradoria Regional do Trabalho, ficando somente a construção do aterro sanitário pendente em função de não existir estrada no Município, em condições de tráfego, que pudesse cumprir a exigência mínima de 13 Km de distância do aeroporto” (fls. 3), o Juízo *a quo* concedeu a tutela antecipada, ora impugnada.

Afirma que os únicos acessos ao Município de Carauari são por via fluvial e aérea; que o percurso por avião é feito em duas horas e meia até Manaus e, por via fluvial, é muito mais demorado — em torno de 7 a 10 dias —, pois a distância aumenta para 1.640 km, em razão da sinuosidade do Rio Juruá. Assim, “o melhor acesso é pelo ar, principalmente para os 800 trabalhadores contratados pela Petrobras”; que, “o procedimento administrativo que culminou com a ação civil pública em tela iniciou-se no Ministério Público do Trabalho justamente em razão da possibilidade de demissão dos funcionários da precitada estatal, caso o aeroporto fosse fechado, como de fato foi, com a liminar ora combatida”; que os mencionados empregos representam a circulação de mais de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para o Município, que, se comparado com o faturamento mensal da Prefeitura — aproximadamente R\$ 900.000,00 —, fica evidente a falência total do Município causada pelo fechamento do aeroporto; que a aviação é utilizada para transportar mercadorias perecíveis (como remédios, vacinas, frios, etc.), que não suportariam uma viagem de barco; dinheiro para abastecer o Banco do Brasil, o Banco da Amazônia e o Bradesco; agências que servem aos Correios e à Casa Lotérica e viabilizam o pagamento dos programas sociais do Governo Federal, especialmente o bolsa família; e os recursos que são empregados pela Prefeitura, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público Estadual, pelas Polícias Civil e Militar, pelos pesquisadores e, em especial pelos doentes que necessitam de tratamento fora da cidade.

Assegura que, “na época da assinatura do TAC, a Prefeitura se obrigou a construir o aterro sanitário em, no máximo, seis meses depois da entrega, pelo *Governo do Estado do Amazonas*, da estrada que possibilitaria alcançar a distância mínima necessária”, porém, até hoje, referida estrada não foi entregue ao Município, logo, não está em mora com o acordo firmado; que, atualmente, a população de urubus reduziu sensivelmente ao redor do aeroporto, devido às ações que o Município de Carauari vem realizando e, recentemente, conseguiu capturar 300 aves, porém teve de soltá-las por ordem do Ibama, sob pena de seus administradores responderem por crime ambiental (5/7).

Alega que há litisconsortes necessários (ativo e passivo) que não foram ouvidos, portanto a decisão impugnada não pode gerar efeito, nos termos do art. 47 do CPC; que o Município de Carauari não tem legitimidade para responder pelas obrigações assumidas no TAC 32/2004, porque o Governo do Estado do Amazonas e a Petrobras não adimpliram com o aludido termo, que, por consequência, inviabilizou a construção do aterro sanitário; que a decisão vergastada não encontra amparo na legislação pátria e baseia-se em informações antigas que não espelham a realidade atual; que a decisão acarreta lesão ao interesse público, uma vez que não há estradas ligando os municípios vizinhos; que o funcionamento normal das atividades do aeroporto é fundamental não só para manter as centenas de empregos de seus cidadãos, mas também para permitir a remoção de pacientes em tratamento médico em Manaus e outros centros nacionais e para o abastecimento da cidade; que o Município adotou diversas providências administrativas, que diminuíram sensivelmente a quantidade de aves, reduzindo o perigo aeroviário em tela, tais como: mudança no horário de pouso e decolagem para períodos de menor incidência de surgimento de aves (Resolução 001/2007); fechamento e aterro do lixão onde ocorrem as aproximações das aeronaves para pouso e decolagem (fotos em anexo); solicitação de parceria com o Governo do Estado do Amazonas para asfaltamento da estrada vicinal

do Riozinho, com extensão de 18 km, para possibilitar a construção do aterro sanitário; elaboração de plano de manejo das aves e intensificação das campanhas de educação ambiental junto à comunidade residente nas proximidades do aeroporto; criação de mais um turno para recolhimento do lixo domiciliar e intensificação da limpeza das ruas e bueiros; capina e poda da vegetação localizada na parte externa do muro de proteção do aeródromo, objetivando a diminuição de focos propícios ao abrigo das aves e concentração de entulhos; que a execução da decisão impugnada poderá acarretar dano inverso, pois os 800 trabalhadores de Urucu podem ser demitidos, a Trip Linhas Aéreas pode parar de operar definitivamente no Município e realocar suas aeronaves para outras rotas, “provocando a falência total de Carauari e de seus mais de vinte e cinco mil habitantes” (fls. 7/18).

Submetidos os autos ao Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, o parecer, da lavra do eminente Procurador Regional da República Hindemburgo Chateaubriand Filho, foi pelo indeferimento do pedido (fls. 377/380).

A hipótese posta nos autos, como se vê, é complexa e merece análise mais detida. Com efeito, de um lado temos a questão da segurança aeroportuária e de outro, os graves prejuízos advindos da interdição do aeroporto de Carauari, porquanto a aviação é meio de transporte indispensável ao normal andamento e administração do Município, pois é a principal via de acesso e de saída da referida localidade.

Cabe consignar, a propósito, alguns trechos dos esclarecimentos constantes do Ofício 068/07-RPMC, de 20/08/2007, endereçado ao Governador do Estado do Amazonas, subscrito pelo Prefeito Municipal de Carauari, Sr. Bruno Luis Litaiff Ramalho, relativamente ao aludido aeródromo (fls. 28/32).

(*omissis*)

1 – O atual aeroporto de Carauari, principal porta de entrada e saída do Município, encontra-se em situação completamente irregular perante os órgãos de controle da aviação civil, seja sob a ótica da localização de suas instalações físicas, seja sob a ótica da segurança de voo. Isso decorre do fato de o mesmo haver sido construído por ocasião da instalação da Petrobras no Município, que, pela necessidade imprescindível de um aeroporto em condições de atender as suas necessidades operacionais — aliado a um menor rigor na legislação aplicável aos aeródromos à época — optou por utilizar o local onde já existia uma pista de terra, onde foram executadas obras de terraplenagem e pavimentação, a fim de permitir as operações de pouso e decolagem com segurança;

2 – A pista foi devidamente homologada, e desde essa época vem operando regularmente, apesar das condições operacionais precárias. Com o passar do tempo, e em decorrência do crescimento desordenado observado no Município, o aeroporto hoje se localiza no centro da cidade, sendo alvo constante de visitas de inspeção por parte dos órgãos controladores da aviação civil, das empresas de aviação que operam no Município, bem como de empresas de assessoria aeronáutica, sendo que o consenso no meio aeronáutico é da necessidade de construção de um novo aeródromo em local mais adequado, o que a Prefeitura há tempos já vem pleiteando, conforme demonstram os PT 63/SERENG-7 e PT 13/SERENG-7/2004;

(*omissis*).

No “*intuito de preservar a incolumidade física daqueles que se utilizam do transporte aéreo naquele aeródromo*” (fls. 355), o Juízo de primeiro grau deferiu o pleito formulado pelo Ministério Público Federal, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e pela Agência Nacional de Aviação Civil – Anac contra o Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – Ipaam e o Município de Carauari/AM, porquanto, segundo consta da decisão, “a situação que já se afigurava urgente, revelou-se insustentável, pois não bastassem os vários relatórios de perigo expedidos pelos pilotos que trafegam no mencionado aeroporto (fls. 213/218), há o *relato de incidentes envolvendo a aeronave C-97 da FAB e a aeronave PT-OCW da Apuí Táxi Aéreo (fl. 222), que colidiram com aves de rapina (urubu) quando sobrevoavam área próxima ao aeroporto de Carauari/AM*” (fls. 567).

Reportagens colacionadas aos autos revelam que os incidentes envolvendo aeronaves e pássaros ocorrem em várias localidades do país (fls. 291/292). O documento de fls. 83 (Of. 124/ASG-7/ 644, do Sétimo Serviço Regional de Aviação Civil) salienta, também, que a colisão de aeronaves com aves não é um problema particular do aeroporto de Carauari, mas que isso não afasta a necessidade de medidas urgentes de modo a sanar ou minimizar ao máximo a proliferação de aves de rapina na região aeroportuária, de maneira a evitar acidentes fatais.

A Administração Municipal, ao que tudo indica, vem adotando medidas de urgência para minimizar os riscos nas operações de pouso e decolagem no aeroporto de Carauari (OF. PMC 77/2007-GP, de 07/05/2007 – fls. 224). Vejamos:

Captura de 300 (trezentas) aves e seu respectivo remanejamento para área distante do município, conforme definidos pelo Ibama/Carauari;

Intensificação da fiscalização e monitoramento através da Coordenadoria de Vigilância Sanitária das áreas que fazem entorno ao Aeródromo relativos ao acúmulo de lixo, abate de animais e outros atrativos de pássaros;

Intensificação da campanha de sensibilização através do rádio, alertando a comunidade para o risco de acidentes e suas conseqüências, assim como a devida prevenção;

Mobilização da força de trabalho de Porto Urucu;

Intensificação do programa da coleta diária do lixo;

Captura de animais pela Coordenação de Vigilância Sanitária;

Roçagem e poda de vegetação da parte externa do muro de proteção do aeródromo para a diminuição de focos propícios para o desenvolvimento de aves e/ou concentração de lixo.

Consta, também, nos autos, cópia da Resolução 1/2007-CMSV, de 21/08/2007, da Comissão Municipal de Segurança de Voo de Carauari/AM, por meio da qual, em razão da decisão ora impugnada, adotou as seguintes providências (fls. 33):

Art. 1º Determinar a abertura da pista de pouso do Aeroporto de Carauari para as operações de pouso e decolagem no período de 6h e 10h e das 16 às 18h 30min.

Art. 2º Requerer à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente – Semdesma a intensificação das campanhas de educação ambiental, por meio da rádio comunitária local, visita nas residências e palestras educativas.

Art. 3º Requerer à Coordenadoria de Vigilância Sanitária – Covisa que proceda às fiscalizações nas residências localizadas nas proximidades do Aeroporto de Carauari visando a coibir a disposição de resíduos sólidos em desacordo com as normas ambientais e de saúde pública.

Art. 4º Requerer à Secretaria Municipal de Obras e Urbanismo, o imediato fechamento do lixão localizado na Estrada do Manduquinha, com o aterramento dos resíduos sólidos existentes na área.

(*omissis*).

Com efeito, a mencionada resolução, ao determinar abertura do aeroporto, em horários em que diminui a intensidade de surgimento de *Coragyps atratus* (urubus), pode compatibilizar os relevantes interesses públicos contrapostos, e as medidas nela relacionadas para minimizar os riscos à segurança de voo no aeroporto do Município resguardam o acesso à cidade, fazendo desaparecer a lesão à economia e à saúde públicas, que a interdição do aeródromo poderia acarretar à cidade de Carauari.

Pelo exposto, defiro, em parte, o pedido formulado, para permitir que o aeroporto de Carauari possa funcionar nos horários discriminados na Resolução 001/2007-CMSV, sem prejuízo do cumprimento das demais determinações previstas na decisão ora impugnada, a fim de tornar mínimos os riscos que motivaram a interrupção das atividades no aludido aeródromo pelo Magistrado *a quo*.

Esta decisão poderá ser revista a qualquer momento, na hipótese de surgimento de dado novo.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Brasília, 11 de setembro de 2007.

Suspensão de Segurança

2007.01.00.039403-7/MG

Relator: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães
Decisão: 11/09/2007
Publicação: DJ 2 de 21/09/2007

Decisão

Trata-se de suspensão de segurança requerida pelo Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, objetivando sustar os efeitos da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto Rodrigo Rigamonte Fonseca, da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, nos autos da Ação Civil Pública 2004.38.00.008973-8/DF, nos seguintes termos:

(omissis)

Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial formulado pelo Ministério Público Federal, para condenar a União Federal, através da Secretaria do Tesouro Nacional, que condicione, tal como autorizado pelo art. 160, II, CR/88, a entrega ao Estado De Minas Gerais do valor de R\$ 376.266.393,00 (trezentos e setenta e seis milhões, duzentos e sessenta e seis mil, trezentos e noventa e três reais), relativo ao Fundo de Participação dos Estados – FPE, ao exato cumprimento das disposições do art. 198, §2º, II, da CR/1988, ou seja, observando, para o financiamento do ações e serviços públicos de saúde, as determinações do art. 200 da CF/88, art. 6º da Lei 8.080/1990, Resolução do Conselho Nacional de Saúde 322/2003, art. 6º e 8º da Portaria do Ministério da Saúde 2.047/GM/02 e Instrução Normativa do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TEC/MG 11/2003, já a partir da próxima data prevista para liberação de recursos, em 30/08/2007, conforme Anexo à Portaria STN 838/2006, bem como para *determinar* a transferência do aludido valor para conta judicial junto à Caixa Econômica Federal 0621.005.00356627-4, com posterior destinação ao Fundo Estatal de Saúde – FES, extinguindo o feito com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC.

Condeno as rés ao pagamento individualizado de multa diária fixada no valor de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais), equivalente a 100 (cem) salários mínimos, na hipótese de descumprimento da presente sentença, com fundamento no art. 11 da Lei 7.347/1985 e nos art. 461, § 4º, do CPC; os valores eventualmente pagos a título de multa diária deverão ser destinados ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985.

Incabível a condenação em honorários, tampouco custas processuais, na forma do art. 18 da Lei 7.347/1985, deverão as determinações aqui fixadas ser imediatamente cumpridas, somente podendo ser tal cumprimento obstado por eventual atribuição de efeito suspensivo a recurso interposto contra a sentença.

O requerente noticia que o objeto da ação civil pública consiste na concretização do § 3º do art. 198 da Constituição Federal e do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que determinam aos entes públicos federados a aplicação de um mínimo de recursos no Sistema Único de Saúde – SUS, sob pena de retenção de valores do Fundo de Participação dos Estados – FPE (parágrafo único, inciso II do art. 160 da CF/1988) e de intervenção federal (art. 34, VII, e, da CF/1988), argumentando que o Estado de Minas Gerais, desde a edição da EC 29/2000, que inseriu o art. 3º ao art. 198 da CF/1988, “*teria deixado de aplicar os percentuais corretos dos recursos vinculados às ações e serviços públicos de saúde, impugnando na rubrica do SUS despesas como as de alocação de recursos à Polícia Militar, Corpo de Bombeiros, IPSEMG e IPSMMG e despesas com precatórios, sentenças judiciais, encargos previdenciários (...) afrontando o princípio da universalidade previsto nos arts. 194, I, e 196 da CR/1988 e violando o pacto federativo, além de gerar a precariedade da situação da saúde pública no Estado (...)*” (fls. 5).

Esclarece o Estado de Minas Gerais que, em sua manifestação, argüiu impossibilidade jurídica do pedido, pois o autor questiona ato de Ministro de Estado, autoridade com foro privilegiado junto ao STJ, e que os dispositivos constitucionais tidos como violados não podem ser regulados por portarias e resolução, diante da exigência de lei complementar. Aduz que, na contestação, asseverou, ainda, “*inconstitucionalidade do pedido inicial para impedir o repasse, pela União, de cota do FPE previsto na lei orçamentária do exercício de 2007, em razão de suposto déficit no exercício de 2004*”; “*constitucionalidade da lei orçamentária estadual para o ano de 2004, que contemplou a distribuição da receita da saúde na forma como utilizada*”; “*ofensa ao princípio constitucional da reserva legal, pois a*

CR defere única e exclusivamente à lei complementar disciplinar a matéria discutida nos autos (art. 198, § 2º, I, § 3º), razão porque não pode ser regulamentada por normas hierarquicamente inferiores (como Portarias e Instruções) editadas sem o devido processo legislativo” (fls. 7).

Sustenta, em síntese, que é equivocado o entendimento de que o Estado de Minas Gerais descumpriu preceito constitucional ao deixar de destinar 12% de suas receitas de imposto e transferência recebidas às ações e serviços públicos de saúde; que, apesar de o Juízo de Primeira Instância ter reconhecido que o pedido inicial (condicionar, em 2004, as transferências do FPE ao cumprimento da EC 29) havia se tornado “materialmente impossível de ser atendido, diante de sua entrega ao destinatário constitucional”, deixou de declarar prejudicado o objeto da ação para ampliar a causa de pedir, em flagrante quebra do devido processo legal e ofensa ao princípio da anualidade do orçamento público contemplado no art. 165, III, e §§, da CR/1988; que o Magistrado *a quo* “mandou a União bloquear os repasses do Fundo de Participação dos Estados, neste exercício de 2007, e com isso impedindo que o Estado de Minas Gerais dê efetividade à sua Lei Orçamentária vigente (...)” (fls. 12); que a decisão condenatória, cujo efeito recai no orçamento de 2007, por alegado *déficit* do orçamento de 2004, “é absurda”; que a execução da sentença acarreta “previsíveis e irreversíveis implicações negativas”, pois o não-repasse das verbas terá “repercussão em diversos setores da Administração Pública”, comprometendo a ordem jurídica, administrativa e as finanças públicas, agravadas diante do efeito multiplicador de ações idênticas, que decisões de tal natureza incentivam (fls. 13); que o texto constitucional não autoriza que o Ministério Público, em flagrante usurpação da competência da Advocacia-Geral da União, utilize-se de ação civil pública para impedir repasse de recursos ao Estado, impedindo-o de utilizá-los da forma programada na Lei Orçamentária, impondo grave desestruturação no orçamento estadual e inviabilizando a execução de projetos integrantes das políticas sociais e financeiras eleitas pelos órgãos competentes (fls. 14/15); que o “impacto da ruptura do equilíbrio das contas do Estado de Minas Gerais” configura “gravíssima e irreversível lesão às finanças públicas”, porquanto, segundo consta na Nota Técnica elaborada pelas Secretarias de Planejamento e Gestão e Fazenda (fls. 18/19), o valor bloqueado “representa 89% da previsão de ingresso líquido do FPE no tesouro estadual previsto para o último quadrimestre de 2007” (fls. 18/20).

Com esse breve relatório, passo a expender a motivação que se segue:

Adstrita à verificação da existência dos pressupostos estabelecidos pelo art. 4º da Lei 4.348/1964, ou seja, se a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É possível analisar de modo superficial o mérito da decisão tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido de suspensão ofertado.

Afastada tal possibilidade, a análise do pedido de suspensão de segurança deve limitar-se, sempre que possível, à possibilidade de a decisão, ao ser executada, resultar em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Questões processuais e de mérito deverão ser discutidas na via recursal própria, para que se não transforme a via excepcional eleita em mais um entre tantos recursos cabíveis.

Na hipótese dos autos, entendo que a alegada lesão à economia e à ordem públicas está evidenciada. Com efeito, a verba a ser bloqueada para “sanar” situação de suposta irregularidade pretérita (2004) tem destino certo para o presente exercício. Em conseqüência, a ausência de recursos outros, previstos para a implementação das políticas públicas, consignadas na Lei Orçamentária, acarretará graves prejuízos à ordem e à economia públicas.

As informações apresentadas pelas Secretarias de Estado de Fazenda e de Administração e Gestão, no documento juntado às fls. 22/25, ilustram a repercussão que a execução imediata da sentença representa para o Estado de Minas Gerais e evidenciam, em análise preliminar, que a decisão questionada “compromete, de imediato e de forma irreversível, ações do Poder Público Estadual, essenciais ao bem-estar da população e, adicionalmente, não alcança os efeitos pretendidos no financiamento de ações e serviços públicos de saúde” (fls. 22). Deixo consignados, por esclarecedores, os seguintes excertos da nota técnica elaborada:

O valor bloqueado para posterior transferência ao FES — R\$ 376,2 milhões — representa 89,89% da previsão de ingresso líquido do FPE no tesouro estadual previsto para o último quadrimestre de 2007. A Lei Orçamentária para 2007, ao

estimar receitas e autorizar despesas, programou a utilização do valor bloqueado em ações distintas daquelas que, de forma abrupta, o Estado foi compelido a aplicar em decorrência desta sentença judicial.

Os efeitos fiscais deste bloqueio, portanto, equivalem a uma frustração de receitas, uma vez que, diante da sentença, não há amparo orçamentário e financeiro para financiar ações previstas e programadas em dotações contidas na Lei Orçamentária (...).

(...)

A limitação de despesas, no montante de R\$ 376,2 milhões, determinaria, em uma simulação inicial seguindo as boas práticas fiscais, a limitação de empenho, isto é, a não-autorização de gastos referentes à:

– Aumentos concedidos às polícias militar, civil, agentes penitenciários e servidores da educação, com vigência a partir de setembro, ou seja, ainda não efetivados. O impacto destes aumentos foi estimado em R\$ 233 milhões;

– O saldo remanescente a ser contingenciado — aproximadamente atingiria R\$ 143,2 milhões — recairia, pelo vulto envolvido, proeminentemente sobre despesas de capital — investimentos — nas áreas de segurança, educação, saneamento e infra-estrutura rodoviária, tais como:

- reformas e adequação de infra-estrutura já iniciadas de 2,6 mil escolas, incluindo instalação de laboratórios de informática e construção de quadras esportivas;
- obras de 5 presídios, totalizando 1.498 novas vagas;
- programas de recuperação e manutenção da malha rodoviária estadual e de construção de novos acessos a municípios hoje sem malha asfáltica;
- programa de universalização de saneamento, que não seria sequer iniciado, apesar de programado, nas localidades mais carentes do Estado, pertencentes aos Vales do Jequitinhonha, Mucuri e São Mateus.

Diante do exposto, Senhor Advogado, alertamos que a decisão causa danos irrevogáveis e risco de colapsos, principalmente na área de segurança pública e outras essenciais ao bem-estar da população.

Por outro lado, a destinação inesperada, imprevista em qualquer cenário fiscal, de R\$ 376,2 milhões ao FES, não terá o efeito desejado, uma vez que os resultados das ações governamentais, bem como o processo de execução de despesas a que o Poder Público está submetido, torna o Sistema Estadual de Saúde incapaz de planejar e aplicar, sem mencionar a qualidade da aplicação, tal monta.

Como se vê, a decisão impugnada inviabiliza diversas ações do Governo Estadual, previamente planejadas para 2007, sendo manifesto, pois, o interesse público a justificar a intervenção excepcional da Presidência do Tribunal, a teor do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 8.437/1992.

De igual forma, os aspectos técnicos elencados nesta decisão evidenciam, *in casu*, que a execução imediata do decisório ora hostilizado poderá ensejar grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas.

Pelo exposto, defiro o pedido formulado, para suspender os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública 2004.38.00.00897-8/MG, até seu trânsito em julgado.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 11 de setembro de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.028916-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias
Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos
Decisão: 05/09/2007
Publicação: DJ 2 de 25/09/2007

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, acolhendo exceção de pré-executividade, excluiu do pólo passivo da Execução Fiscal 9600254133, os espólios de Paulo César Cavalcanti Farias e de Elma Pereira Bezerra de Farias, ao entendimento de que, quando da apuração do débito tributário em execução, os mesmos eram meros sócios da executada (fls. 160/163).

Nota-se das fls. 78/79 ter a exequente requerido a inclusão dos espólios como co-responsáveis (fls. 78/79), deferida a fls. 96.

Citados, os espólios apresentaram exceção de pré-executividade sustentando que à época dos fatos já não mais detinham a gerência da executada (fls. 105/127). Alegação acolhida pela decisão agravada (fls. 160/163).

É o relatório.

Com efeito, a empresa executada, Jet Táxi Aéreo Ltda., foi constituída em 08/02/1988, tendo como sócios Paulo César Cavalcanti Farias e Elma Pereira Bezerra de Farias. Ele detentor de 90% das cotas e ela com 10% (fls. 90/94 e 132/136), assim permanecendo até a alteração contratual de 21/08/1990, quando passou a integrá-la, o Sr. Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo, com 5% das cotas, adquiridas de Paulo César Cavalcanti Farias (fls. 87/88 e 138/139).

Esse novo sócio, nos termos da cláusula 5ª da alteração contratual, passou a responder, isoladamente, pela gerência da sociedade (fls. 87/88 e 138/139), em substituição a Paulo César Cavalcanti Farias.

Assim, à época da apontada sonegação tributária (1991 a 1992, fls. 39/41), efetivamente, a gerência da executada pertencia ao sócio e também executado, Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo.

Entretanto, *data venia* da decisão agravada, tenho que assiste parcial razão à agravante.

Estabelece o art. 135, III, do CTN, serem pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, conquanto o sócio Paulo César Cavalcanti Farias efetivamente não mais detivesse a gerência da pessoa jurídica executada, por tê-la deixado em 21/08/1990 (fls. 87/88 e 138/139), é certo que permanecia com 85% do seu capital social, enquanto ao então gerente cabia apenas 5% dessas cotas.

Nesse contexto, se incabível em sede de exceção de pré-executividade a apreciação de matéria carecedora de dilação probatória, sem essa análise, a presunção de legitimidade das alegações militam muito mais em favor da Fazenda Nacional.

Com isso, a ilegitimidade passiva do espólio de Paulo César Cavalcanti Farias, resta impossível de ser deduzida em simples exceção de pré-executividade, por se tratar de matéria afeta aos competentes embargos à execução.

Quanto ao espólio de Elma Pereira Bezerra de Farias, sua ilegitimidade processual, a teor do art. 135, III, do CTN, efetivamente é objetiva, já que jamais deteve qualquer cargo de administração na executada.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 CPC, concedo parcialmente o efeito suspensivo requerido para de-

terminar a re-inclusão do espólio de Paulo Cesar Cavalcanti Farias, como co-responsável na Ação de Execução 960025413-3 (18ª Vara SJ/DF).

Dê-se ciência ao MM. Juiz *a quo*, para o fiel cumprimento do presente *decisum*.

Intimem-se.

Publique-se.

Brasília, 5 de setembro de 2007.

Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos

Relator convocado

Agravo de Instrumento

2007.01.00.029756-8/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 03/09/2007

Publicação: DJ 2 de 11/09/2007

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação da tutela recursal, pretende a Confederação Nacional de Serviços — CNS ver reformada a decisão proferida pelo Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Mandado de Segurança 2007.34.00.023532-9, indeferiu o pedido liminar, cujo objetivo era garantir o direito líquido e certo das empresas filiadas às Federações associadas à impetrante, que optaram pelo regime de tributação instituído pela Lei 9.317/1996 (Simples) no ano de 2007, de continuarem a recolher os tributos nos termos dessa legislação até o final do exercício (dezembro de 2007).

Recorre a agravante sustentando, em resumo, que, *ao contrário do entendimento do douto juiz de primeira instância, os efeitos da revogação determinada pelo art. 89 da LC 123/2006 só poderiam se dar a partir de janeiro de 2008, sob pena de infração ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito em relação às empresas que optaram pelo Simples em janeiro/2007 para todo o ano calendário de 2007, quando a Lei 9.317/1996 ainda não estava revogada.*

Suscita, ainda, infração aos princípios da legalidade, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Requer, assim, a reforma da decisão, para que seja garantido o direito líquido e certo das empresas filiadas às Federações associadas à ora agravante, que optaram pelo regime de tributação instituído pela Lei 9.317/1996, no ano de 2007, de continuarem a recolher os tributos nos termos dessa legislação até o final deste exercício (até dezembro de 2007).

Este agravo de instrumento, interposto em 23/07/2007, veio-me concluso em 24/07/2007.

Intimada, a Fazenda Nacional apresentou contraminuta às fls. 129/135, suscitando, preliminarmente, possível perda de objeto por superveniência de sentença e ilegitimidade ativa da impetrante. No mérito, defende a inexistência de *fumus boni iuris* e de direito adquirido.

Decido.

De início, esclareço que não houve a perda de objeto do presente agravo, uma vez que não foi prolatada sentença nos autos originários, apenas decisão nos embargos declaratórios opostos da decisão ora agravada.

A agravada suscita, em contraminuta, preliminar de ilegitimidade ativa da Confederação Nacional de Serviços.

Embora a matéria não tenha sido apreciada na instância *a quo*, a legitimidade da parte é questão de ordem pública, sendo uma das condições da ação, e sua ausência leva à extinção do feito. Por isso, e por força do efeito translativo, o tribunal pode e deve analisá-la de ofício, em sede de agravo de instrumento, nos termos dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC.

Ademais, a apreciação da legitimidade da parte, nessa oportunidade, mostra-se em total consonância com o princípio da economia processual, evitando o prosseguindo de atividade estatal inútil.

Vale citar o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no tópico; *verbis*:

Processo Civil. Agravo interposto contra decisão que concedeu liminar em autos de ação civil pública. Alegada violação ao art. 512 do CPC. Afastada. Efeito translativo dos recursos ordinários. Aplicação dos princípios da economia processual e do processo de resultados. Apontada ofensa aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC. Não ocorrência. Pedido de suspensão de exigência da cota de participação comunitária instituída pela Lei 3.504/1997 de birigüi. Ministério público. Ilegitimidade ativa ad causam. Precedentes divergência jurisprudencial superada.

Em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários, pode o Tribunal Estadual, ao julgar agravo interposto con-

tra decisão concessiva de liminar, extinguir o processo sem julgamento do mérito, conhecendo de ofício da ilegitimidade da parte, por se tratar de matéria de ordem pública, suscetível de ser apreciada nas instâncias ordinárias. Tal regra privilegia, também, os princípios da economia processual e do processo de resultados.

(...)

(REsp 302626/SP, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ/I de 04/08/2003, p. 255.)

Ainda a respeito do tema, Tereza Arruda Alvim Wambier, *in Recurso no Processo Civil 2*, p. 225, dispõe o seguinte:

(...) o Tribunal, desde que se trate de conhecer de matéria de ordem pública cuja constatação possa ser feita *ictu oculi*, pode extinguir o processo com base no art. 267, em julgando um agravo, em que a matéria não tenha sido ventilada.

Pensamos, assim, que, por exemplo, o Tribunal pode, julgando um agravo interposto pelo réu, contra decisão que concedeu liminar em favor do autor, extinguir o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade deste.

Trata-se, evidentemente de situação delicada. Veja-se que, na verdade, o processo, nesses casos, fica sem sentença. Mas, a rigor, isto ocorre também nos casos em que o tribunal, julgando agravo interposto de despacho saneador, acolhe preliminar e extingue o processo.

Poder-se-ia objetar: mas o juízo *a quo* nem terá chegado a se manifestar sobre o mérito. Mas isto pode ocorrer, por exemplo, num processo em que nada seja dito em 1º grau acerca da legitimidade da parte, em que o juiz também não toque neste ponto na sentença e, apesar disso, o tribunal, conhecendo da matéria de ofício, extinga o processo sem julgar a lide.

Também, a meu ver, a apreciação de tais questões, sem provocação, não representa supressão de instância, eis que seu conhecimento pode ser efetivado em qualquer instância ordinária.

Em voto proferido no julgamento do REsp 698.984/PE, o Ministro Humberto Martins consignou que *as questões de ordem pública constituem um núcleo que transcendem às alegações das partes no processo, devido ao encargo que possui o Julgador de velar pela sua regularidade. Um processo afetado por vícios não é idôneo a conferir à parte uma prestação jurisdicional adequada.*

Colaciono a ementa desse julgado, redigida nos seguintes termos:

Tributário. Processual Civil. Violação ao art. 535, II, do CPC. Decadência. Supressão de instância. Questão de ordem pública.

1. Não ocorreu violação do art. 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem, por ocasião do julgamento dos aclaratórios, apreciou a alegação de decadência do direito de ação de impetrar mandado de segurança. O próprio texto da ementa do acórdão recorrido evidencia que tal questão foi devidamente apreciada, fl.46.

2. A Corte de origem analisou o art. 18 da Lei 1.533/1951, alegando a impossibilidade de se declarar a decadência, pois tal matéria não foi suscitada na primeira instância. Laborou em equívoco o Tribunal a quo, pois se trata de questão de ordem pública, suscetível de conhecimento em qualquer instância ordinária. Nesse sentido: RMS 15893/PA; Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 29/08/2005.

3. Observa-se, à fl. 22, que a recorrida foi intimada da decisão que recusou a alteração do seu quadro societário, em 08/05/2003. O mandado de segurança somente foi ajuizado em 02/12/2003, passados mais de 120 dias da intimação do ato impugnado. Indubitavelmente ocorreu a decadência, prevista no art. 18 da Lei 1.533/1951, devendo o processo ser extinto com resolução do mérito.

4. Recurso especial provido em parte.

(sem grifo no original)

Portanto, passo à análise da legitimidade ativa da impetrante.

O pedido liminar do mandado de segurança foi assim formulado: *requer a impetrante na qualidade de substituta processual das Federações e das empresas a ela filiadas a concessão de medida liminar para que seja garantido o direito líquido e certo das empresas filiadas a Federações associadas à ora impetrante que optaram pelo regime de tributação instituído pela Lei 9.317/1996 (Simples) no ano de 2007, de continuarem a recolher os tributos nos termos desta legislação até o final deste exercício (até dezembro de 2007) — fl. 37.*

O pedido final é para que seja concedida a segurança, ratificando a liminar eventualmente proferida.

Embora se trate de Confederação, postula, por mandado de segurança, direito líquido e certo das empresas filiadas às Federações e suas associadas, o que indica que está na defesa não de seus filiados, as federações, mas dos associados aos seus filiados.

A jurisprudência desta Corte se manifestou assentando que *confederação não tem legitimidade para, per saltum, impetrar mandado de segurança em prol de filiados de sindicatos a ela congregados* (AMS 2000.34.00.003413-1/DF, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ de 24/02/2006).

Cito, por oportuno, outros precedentes, assim ementados, *verbis*:

Constitucional e Processual Civil. Mandado de segurança. Ibama. Obrigação de registro e apresentação de relatório anual imposta aos transportadores-revendedores-retalhistas e aos postos revendedores de combustíveis automotivos. Ilegitimidade ativa da federação impetrante.

1. A organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, tem legitimidade ativa, para atuar, em Juízo, como substituta processual de seus membros, nos termos do art. 5º, LXX, b, da Constituição Federal de 1988.

2. Na espécie, a Federação não se afigura parte legitimada para figurar no pólo ativo da demanda, posto que não está em defesa de interesses de seus filiados, os sindicatos representativos das categorias econômicas “comércio varejista de combustíveis minerais” e “empresas de garagens”, integrantes do 2º Grupo — Comércio Varejista — plano da Confederação Nacional do Comércio, mas, sim, daqueles associados a tais sindicatos.

3. Apelação desprovida. (AMS 200134000078860, rel. Des. Federal Souza Prudente, DJ de 14/05/2007.)

Processual Civil. Produtores rurais. Representação pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA. Representação sindical per saltum descendente.

1. Dispõe a Constituição que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (art. 5º, XXI), mas essa representação deve ocorrer em cada um dos níveis sindicais, não podendo ser exercida per saltum descendente.

2. A entidade associativa pode representar seus filiados, ou seja: a Confederação pode representar as Federações, estas podem representar os sindicatos e estes, por sua vez, os seus filiados, não sendo cabível que a Confederação “represente” os produtores rurais, passando por cima das Federações e dos Sindicatos.

3. Nessa dinâmica, a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, embora possa impetrar mandado de segurança coletivo em favor dos seus membros ou associados, em substituição processual (CF – art. 5º, LXX, b), independentemente de autorização (Súmula 629 – STF), não tem, contudo, legitimidade para representar judicialmente os produtores rurais (CF – art. 5º, XXI), em detrimento da legitimidade das entidades sindicais de primeiro grau.

4. Improvimento da apelação. (AC 2004.34.00.004163-5/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJ de 27/01/2006.)

Assim sendo, nos termos do art. 557 do CPC, nego provimento ao agravo de instrumento.

Contudo, de ofício, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, acolho a ilegitimidade ativa da impetrante, extinguindo o Mandado de Segurança 2007.34.00.023532-9 sem julgamento do mérito.

Cientifique-se o MM. Juiz prolator da decisão agravada.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 – 12 de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Brasília, 3 de setembro de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.033923-6/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Decisão: 17/08/2007
Publicação: DJ 2 de 14/09/2007

Decisão

A Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel interpõe agravo de instrumento contra decisão que, em mandado de segurança impetrado por Furnas – Centrais Elétricas S/A, concedeu liminar para determinar ao diretor-geral da autarquia que receba no efeito suspensivo o recurso administrativo interposto com a finalidade de anular as Resoluções 257/2007 e 486/2007, que tratam da revisão tarifária do contrato de concessão de transmissão de energia elétrica 62/2001.

Para assim decidir, o Juiz *a quo* entendeu configurado o *fumus boni iuris* em razão dos dispositivos da Lei 9.784/1999 que obrigam a Administração a decidir os pleitos que lhe são dirigidos (arts 2º, VIII, e 48), bem como da Resolução 273/2007 da própria Aneel, cujo art. 47, § 2º, estabelece que o requerimento de concessão de efeito suspensivo nos recursos dirigidos à autarquia deverá ser apreciado pelo seu diretor-geral nos seis dias úteis subsequentes. Assim, considerando que o recurso administrativo da agravada foi protocolado em 09/07/2007 e até 02/08/2007 não havia resposta alguma, seja sobre o pedido de efeito suspensivo, seja sobre o mérito da irrisignação, entendeu ser ilegal a omissão da autoridade impetrada.

Quanto ao *periculum in mora*, concluiu estar configurado “pela simples modificação dos critérios de cálculo da remuneração do contrato de concessão, isto é, a influência no equilíbrio econômico-financeiro”, sendo irrelevante “o acerto ou desacerto dos critérios técnicos. A simples alteração configura justo receio de prejuízo”.

Irresignada, alega a Aneel, em preliminar, a existência de conexão ou continência entre o Mandado de Segurança 2007.34.00.027734-3, do qual extraído o presente recurso, e a Ação Cautelar 2007.34.00.023283-0, que originou o Agravo de Instrumento 2007.01.00.028574-1/DF, a mim distribuído, sob o argumento de que ambas as ações, com fundamentos de fato e de direito semelhantes, têm por objeto discutir a revisão tarifária promovida pela Aneel, sobre o mesmo contrato de transmissão de energia elétrica.

No mérito, afirma ser equivocado o entendimento da decisão agravada no sentido de que o diretor-geral da Aneel excedeu o prazo de seis dias úteis para decidir acerca do efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto pela agravada, de que trata a Resolução 273/2007. E isso porque, em que pese o referido recurso ter sido, de fato, protocolado em 09/07/2007, o requerimento para ser atribuído efeito suspensivo somente foi formulado em 25/07/2007. Assim, a data em que deferida a liminar, 02/08/2007, coincide com o último dia do referido prazo e, portanto, “o diretor da Aneel não incorreu em qualquer desídia ou omissão no trato do assunto. Ao revés, encontrava-se a autoridade apontada como coatora no mandado de segurança em referência ainda dentro do prazo para decidir sobre a concessão ou não do efeito suspensivo”.

Quanto ao mais, alega que os demais argumentos apresentados pela ora agravada no mandado de segurança do qual extraído o presente agravo são idênticos àqueles debatidos no Agravo de Instrumento 2007.01.00.028574-1/DF e no qual foi concedido efeito suspensivo para restabelecer os efeitos da Resolução Normativa 257/2007, que fixou conceitos gerais, metodologias e procedimentos para a realização da primeira revisão tarifária periódica das concessionárias de transmissão de energia elétrica.

Afirma que, com base nesses critérios gerais, a Resolução 486/2007 cuidou, apenas, de homologar a mencionada revisão tarifária de Furnas. Dessa forma, caso prevaleça a liminar, na prática, estará suspenso o procedimento dessa concessionária, ensejando “sério desequilíbrio na concessão, dado que Furnas continuaria obtendo remuneração muito elevada”, e “prejuízos à coletividade de usuários do sistema elétrico nacional, que teriam que arcar com

uma tarifa de energia elétrica mais cara”.

Alega que, ao contrário do que Furnas aduz, a referida resolução não afrontou o ato jurídico perfeito, mas, pelo contrário, propicia à Administração a reavaliação dos seus custos de reposição, de forma a verificar a adequação da avaliação inicial, ensejando o reposicionamento da tarifa em vista da real eficiência do serviço prestado, tudo conforme previsto contratualmente.

Para embasar essa afirmativa, esclarece alguns conceitos e metodologias inerentes ao setor elétrico, que passo a sumariar.

Argumenta que a Constituição Federal, a fim de garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, previu, em seu art. 175, a possibilidade de o Estado prestar diretamente os serviços públicos ou por meio de concessão ou permissão, motivo pelo qual foi editada a Lei 8.987/1995 que dispôs sobre o regime de concessão desses serviços, nela estando previsto que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão prevista nesta lei, no edital e no contrato” (art. 9º). A referida lei previu, também, a possibilidade de revisão tarifária, para mais ou para menos, a fim de ser restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A Lei 9.427/1996, além de atribuir à Aneel a competência para homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas, explicitou que às tarifas do serviço público de fornecimento de energia elétrica será aplicado o *regime do serviço pelo preço*, pelo qual as tarifas máximas são fixadas: (1) no contrato de concessão ou permissão resultantes de licitação; (2) no contrato que os prorrogue; (3) no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, (4) bem como em ato específico da Aneel que autorize a prática de novos valores resultantes de revisão ou reajuste, nas condições do respectivo contrato, tal como ocorre no caso dos autos (art. 15).

Acrescenta que, em razão de a fixação do equilíbrio econômico-financeiro ocorrer quando da assinatura do contrato de concessão, existem cláusulas que prevêem mecanismos de reajuste e revisão tarifária, exatamente para garantir a manutenção da equação inicial, cabendo à Aneel a homologação de valores tarifários capazes de “remunerar a eficiente prestação do serviço concedido, mas que sejam módicos aos usuários”, sendo este um dos motivos justificadores da previsão de revisões e reajustes.

Em seguida, esclarece que existem dois grupos de empresas transmissoras de energia elétrica, submetidas a regimes distintos no que concerne ao reajuste de suas tarifas, quais sejam: 1) as que tiveram os serviços concedidos em decorrência de licitação, com a escolha da que apresentou proposta que melhor garantia a modicidade das tarifas, em relação às quais não há que se falar em revisão de tarifas e 2) as empresas detentoras de antigas concessões que foram prorrogadas pelo Poder Concedente por meio de contratos que trazem cláusula autorizadora de revisões periódicas, que têm por objeto a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sendo que Furnas se inclui nesse grupo.

Passa a agravante, então, a esclarecer que nem toda receita auferida pelas concessionárias de serviço público de energia elétrica submete-se ao procedimento de revisão tarifária, subdividindo-se, as receitas, basicamente em dois tipos distintos: a RBSE que se refere à receita que o órgão regulador entendeu necessária à preservação dos ativos das instalações de transmissão já existentes, ou seja, para os consertos e substituições que não impliquem aumento da capacidade de transmissão, sendo esta parcela “blindada”, já que seu valor é corrigido, somente, pelo IGPM, isenta de qualquer alteração proveniente de revisão tarifária, e a RBNI, que tem por objetivo “antecipar ao concessionário parcela adicional de receita para fazer frente às despesas oriundas de novas instalações, ou seja, substituições e reforços requeridos nos casos de aumento da capacidade de transmissão, ou ainda ditados por fundamentos técnicos e econômicos”.

A RBNI é, assim, a parte da tarifa que tem por objeto ressarcir as concessionárias dos custos da expansão dos serviços de transmissão de energia elétrica. Ao contrário da outra, essa parcela, que não é fixada no contrato de concessão, mas por meio de resoluções autorizativas da Aneel, não é “blindada”, sujeitando-se, de quatro em quatro anos, a uma atualização na qual se leva em conta a prudência dos investimentos “realizados e a eficiência dos custos operacionais associados, o que se faz mediante o processo de revisão tarifária”. Conclui-se, pois, que somente a parcela da

tarifa destinada à ampliação da capacidade de transmissão é que será atualizada mediante a revisão de tarifas.

Alega que, cada obra autorizada pela Aneel, tem seu reflexo imediato nas tarifas, motivo pelo qual, ao ser determinada a construção de uma obra, fixa-se um valor para a sua conclusão, que será ressarcido às transmissoras por meio das tarifas pagas ao longo dos anos.

Ressalta, quanto a este ponto, que a Aneel, por não possuir outra referência, utilizava o Banco de Preços Eletrobrás, controladora de Furnas, para estimar o valor dessas obras de ampliação, constatando-se uma esdrúxula situação em que a agência reguladora adotava o parâmetro informado pela empresa regulada. Por este motivo, percebendo a desatualização dos dados da Eletrobrás, a agravante criou seu próprio banco de preços, denominado Custo de Referência Aneel, elaborado a partir de dados fornecidos pelas próprias empresas de transmissão, incluindo-se Furnas, e que teve por base a média do custo de cada equipamento e material utilizados, chegando-se à estimativa do preço da obra.

Acrescenta, ainda, que o antigo regime de cálculo da tarifa com base no custo da obra foi substituído, há mais de uma década e muito antes da celebração do contrato de concessão em causa (Contrato 62/2001), desde a Lei 8.987/1995, pelo regime da tarifa do preço, significando que o regulador não levará em conta, para o cálculo da tarifa remuneratória, o que a concessionária efetivamente gastou com determinada obra, mas, tão-somente, os valores estipulados nas resoluções autorizativas e posteriormente nas revisões periódicas. “Não fosse assim, o regulador estaria estimulando a ineficiência das empresas (uma vez que remuneraria qualquer obra realizada pelo concessionário, seja qual fosse o seu custo), ao mesmo tempo em que comprometeria a modicidade tarifária”.

Ciente do fato de que cada instalação de transmissão possui suas peculiaridades, a Aneel, quando da revisão tarifária, após atualizar o preço das obras com base no seu custo de referência, compara-o com o que efetivamente foi gasto, sendo que se esse valor for até 30% inferior ao fixado pela Aneel, a transmissora receberá apenas o que despendeu e, se o gasto tiver sido mais que 30% inferior, a empresa embolsará a diferença entre o que gastou e os 30%. Caso a despesa total seja superior ao valor calculado pela Aneel em até 15%, a transmissora receberá exatamente o que gastou, suportando os prejuízos no caso de executar obra em valor 15% superior à média das transmissoras nacionais. Salienta, também, haver previsão de análise, caso a caso, de hipóteses específicas em que o custo da obra foi, justificadamente, maior do que a média prevista, o que não teria sido comprovado, de forma satisfatória, por Furnas.

Alega que a agravante, por saber da necessidade de reembolsar a empresa transmissora dos seus investimentos na ampliação dos serviços concedidos, adota uma taxa de retorno de 13,91% sobre cada investimento, significando que, para toda obra realizada, será calculada “a remuneração do capital por meio de uma anuidade atribuída ao ativo durante toda a sua vida útil”, o que é calculado com base no Custo de Referência Aneel.

Chegando-se a essa cifra, passa a agravante a outra etapa do processo de revisão tarifária, consistente no cálculo do custo operacional das novas instalações, utilizando-se, novamente, de parâmetro comparativo, na busca pela eficiência, segundo o qual se leva em conta uma lista decrescente de eficiência, “em que a primeira receberá 100% do que despende em manutenção, seguida de uma redução percentual por cada empresa imediatamente abaixo, até alcançar 20% de diminuição, de sorte que a empresa menos eficiente receberá 80% do que despende com a operação de manutenção da sua rede”.

Soma-se, então, o custo operacional à anuidade calculada em virtude dos investimentos e encontra-se o preço das novas tarifas de cada empresa concessionária.

Por todo o exposto, sustenta não assistir razão à agravada, quando afirma que o regime de tarifas a ela aplicado é o do custo da obra, visto ser ele contrário à legislação em vigor desde a época em que celebrado o contrato, que adota o regime de preço, à qual a Aneel se submete. Lembra que a agravada teve a sua concessão prorrogada pelo Contrato 62/2001, colocando-a no âmbito de incidência do regime das tarifas pelo preço, não existindo cláusula alguma em seu contrato que possa fazê-la concluir de outro modo.

Compreende, pois, que a Resolução 257/2007 não modifica o contrato de concessão de Furnas, antes, o corrobora, na medida em que prevê a revisão tarifária nos mesmos moldes em que explicitados em sua Cláusula Primeira,

XVII, como sendo o “reposicionamento da Receita Anual Permitida com objetivo de promover a eficiência e modicidade tarifária”. Acrescenta que a Resolução 486/2007, por seu turno, “limita-se a estabelecer o índice de reposicionamento das tarifas de Furnas, o que em nenhum momento contraria os termos do ajuste celebrado” (fl. 25).

Possibilita-se, assim, a alteração da receita anual permitida, sendo proibida, somente, a modificação da equação econômica financeira do contrato. Ou seja, por um lado, não há alteração da receita inicialmente fixada para a manutenção e operação da concessão (RBSE), tendo em vista ser esta parcela blindada, sendo corrigida pelo IGPM e, por outro, as obras autorizadas por meio de resoluções, em que se estabeleceu um valor prévio para ressarcir as empresas pela execução do empreendimento, ficam sujeitas à revisão no moldes já explicados. Desse modo, se a empresa executou a obra com eficiência será ela integralmente ressarcida, além de receber uma taxa de retorno, da ordem de 13,91% do investimento considerado adequado ao porte da obra, mantendo-se, em consequência, o equilíbrio econômico financeiro.

Alega não ter pertinência a reclamação de Furnas no sentido de que o preço estabelecido nas resoluções autorizadas foi modificado quando da revisão tarifária, já que esse valor consistia apenas em uma antecipação de receita provisoriamente estimada e que foi, ao ensejo da revisão, aferido em vista dos preços de mercado obtidos pelo conjunto das concessionárias de transmissão, incluída, aí, a própria agravada. Frisa que esses valores não são imutáveis, podendo ser modificados de acordo com as normas do setor e os contratos de concessão, servindo para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja em prol do Poder Público, seja em prol das concessionárias.

O que não se pode admitir, assevera, é que se transfira para as tarifas os custos da ineficiência da agravada, e, muito menos, os lucros excessivos decorrentes da fixação provisória, para mais, de preços iniciais das tarifas relativas às obras de ampliação dos serviços.

Entende não estarem configurados os requisitos necessários à concessão da liminar que se pretende seja suspensa, conforme explicitado na decisão proferido no Agravo de Instrumento 2007.01.00.028574-1, acrescentando que a edição da Resolução 257/2007 foi fruto de processo administrativo desenvolvido no âmbito da Aneel, contando com a participação dos entes regulados, sendo, assim, “temerário desconsiderar todo esse esforço empreendido para, sem um estudo mais aprofundado da questão, alterar um instrumento normativo que trata de tema desta complexidade técnica”.

Ademais, prossegue, os atos administrativos são revestidos de presunção de legitimidade, que somente pode ser afastada diante de prova cabal de que ele não se conformou às regras norteadoras da matéria, não logrando a agravada comprovar esse fato, não tendo trazido aos autos prova alguma de que a Aneel tenha ofendido ato jurídico perfeito ou alterado o equilíbrio econômico financeiro do contrato, o que, de qualquer modo, deve ser analisado, com mais profundidade, quando do julgamento do mérito da demanda.

Afirma estar caracterizado o *periculum in mora* inverso, na medida em que “será desprezado todo o trabalho envidado por agentes públicos que editaram um ato normativo extremamente técnico e apto a atualizar as tarifas das empresas reguladas, preservando seu equilíbrio econômico-financeiro”, bem como pelo fato de que os consumidores pagarão tarifas mais caras, sem qualquer retorno para a concessão, tendo em vista que Furnas poderia funcionar, perfeitamente, com tarifas menores.

Assim postos os fatos, inicialmente, entendo que existe conexão entre o Mandado de Segurança 2007.34.00.027734-3, do qual extraído o presente agravo e a Ação Cautelar 2007.34.00.023283-0, que originou o Agravo de Instrumento 2007.01.00.028574-1/DF, a mim distribuído, conforme razões expostas no despacho de fl. 361, em que determinei a distribuição, por prevenção, do presente recurso para o meu gabinete, destaco:

(...) embora na origem se trate de ação cautelar (da qual extraído o Agravo 2007.01.00.028574-1) e de mandado de segurança (Agravo 2007.01.00.033923), em ambos os processos Furnas – Centrais Elétricas discute, sob os mesmos fundamentos (“alegada modificação dos critérios de cálculo da remuneração do contrato de concessão, isto é, a influência no equilíbrio econômico-financeiro”, fl. 331) a regularidade da mesma revisão tarifária, do mesmo contrato de concessão, promovida pela Aneel, e pretende a concessão de liminar que a exima de sofrer seus efeitos imediatos, na forma estipulada pela agência reguladora.

Ressalto que o mandado de segurança e a medida cautelar mencionados foram distribuídos, aleatoriamente, para o mesmo Juízo — 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal —, razão pela qual determino que seja registrada no sistema de informações processuais daquela Seccional a conexão agora reconhecida.

Em relação à matéria de fundo, anoto que deferi o pedido de efeito suspensivo formulado no Agravo de Instrumento 2007.01.00.028574-1/DF, nos seguintes termos:

Assim postos os fatos, considero, em análise liminar, serem relevantes as alegações da agravante, notadamente a concernente à presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pela agência reguladora, após profunda análise técnica dos contratos de concessão e de seu cumprimento ao longo dos quatro anos objeto do procedimento de revisão tarifária.

Da análise dos documentos juntados ao traslado, verifico que o contrato de concessão (fls. 631/646) prevê, expressamente, na Oitava Subcláusula da Cláusula Sexta (fl. 641), que “a Aneel procederá, após a data de assinatura deste contrato, a cada 4 (quatro) anos, a Revisão Periódica da Receita Anual Permitida com objetivo de promover a eficiência e modicidade tarifária, conforme regulamentação específica”, o que foi feito por meio da Resolução 257/2007, editada pela Aneel, órgão competente para a regulamentação das normas do setor elétrico, dotado, para tanto, do quadro técnico necessário.

Por outro lado, o art. 14 da Lei 9.427/1996 estabelece que o regime econômico do contrato de concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende “apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade”, o que, em exame liminar, parece embasar o procedimento da Aneel de cotejar os preços praticados pelas diversas empresas do ramo, em condições de mercado semelhantes, de modo a alcançar uma tarifa que não esteja definida pelo custo em que incorreu determinada concessionária, mas pelo adequado preço do serviço prestado de forma eficiente.

Embora a agravada, em seu mandado de segurança, enumere alguns exemplos de obra que considera justificadoras de preço superior ao estabelecido na revisão pela Aneel, não entendo demonstrado, em fase liminar, que tais exemplos sejam suficientes para descaracterizar a ampla pesquisa feita pela agência reguladora em universo mais amplo de obras, especialmente tendo em vista que a agravante esclarece que foi estabelecido como admissível sobrepreço de 15%, em relação à média Aneel de mercado, independentemente de justificativa, ressalvada, ainda, a possibilidade de uma empresa justificar valor superior gasto em determinado empreendimento.

Dessa forma, a questão não se resume à alegada ofensa ao ato jurídico perfeito, qual seja, ao contrato de concessão celebrado entre agravante e agravada, tendo em vista previsão expressa de revisão, com o objetivo de promover a eficiência e modicidade da tarifa, com base em normas a serem editadas pelo órgão regulador, competente para tanto.

Ademais, o que está em discussão não é sequer a revisão da receita decorrente das instalações de transmissão já existentes quando da celebração do contrato (RBSE), mas a revisão da antecipação de receita autorizada pela Aneel para fazer frente às despesas oriundas de novas instalações, cujo valor concluiu a autarquia, durante o processo de revisão, com a participação das concessionárias de transmissão de energia elétrica interessadas, ter sido super-dimensionado, conclusão esta com a qual não concorda a agravada.

Trata-se, portanto, de matéria de fato extremamente complexa, cuja apreciação envolve aprofundados conhecimentos técnicos compreendidos no âmbito de especialização da autarquia reguladora, não havendo, ao meu sentir, prova suficiente para justificar a suspensão da resolução impugnada e do consequente procedimento de revisão tarifária, com necessário reflexo sobre as tarifas cobradas dos demais agentes do sistema elétrico e, portanto, dos consumidores livres e consumidores finais.

Em face do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo do cumprimento da decisão agravada (...).

Pelas mesmas razões e fundamentos, devem ser mantidos os efeitos da Resolução 486/2007, que, com base nos critérios gerais estabelecidos na Resolução Normativa 257/2007, cuidou, apenas, de homologar o resultado da primeira revisão tarifária periódica, especificamente em relação a Furnas – Centrais Elétricas S/A.

Reitero que a revisão periódica da receita anual permitida prevista na Oitava Subcláusula da Cláusula Sexta, a ser realizada de quatro em quatro anos, com objetivo de promover a eficiência e modicidade tarifária, alcançará apenas a RBNI, ou seja, apenas o valor dos ativos representados pelas novas instalações autorizadas pela Aneel, não alcançando as instalações de transmissão já existentes quando da celebração do contrato (RBSE), conforme se desprende do disposto na Nona Subcláusula da Cláusula Sexta (fl. 123). Dessa forma, a alegação da agravada de que não poderia a Aneel rever, na revisão tarifária quadrienal, o valor dos ativos representados por estas novas instalações — e estando excluída da revisão, pelo contrato, a RBSE — implicaria desprover de efeito prático o procedimento de

revisão tarifária quadrienal.

Neste ponto, observo que, além da revisão quadrienal (Oitava Subcláusula da Cláusula Sexta) — voltada, precisamente, para a revisão da RBNI —, a Sexta Subcláusula da Cláusula Sexta (fl. 123) autoriza, também, a revisão, a qualquer tempo, do valor da RAP (Receita Anual Permitida), “sempre que houver receita adicional significativa auferida pela transmissora com outras atividades (...)”. Isso indica que o valor do novo investimento autorizado e respectiva depreciação — e não apenas a existência de receitas adicionais posteriores — está previsto contratualmente como objeto da revisão quadrienal, o que enfraquece a alegação de violação de ato jurídico perfeito.

Também não se argumente que o objeto da revisão quadrienal seria o aumento de receita decorrente de eventual aumento de mercado, porque as transmissoras recebem por tempo de disponibilidade de linha de transmissão, independentemente da quantidade de energia trafegada.

Concluo, portanto, em juízo liminar, que a revisão quadrienal tarifária, nos termos em que estabelecida no contrato de concessão, destina-se, precisamente, a rever os ativos RBNI (seu valor atual e respectiva depreciação), não estando vinculada aos custos históricos de construção das linhas de transmissão, não se justificando, em juízo liminar, seja o valor da tarifa onerado, ao longo de todos os anos de vigência da concessão, por valor de ativo incompatível com o apurado pela agência reguladora. Os valores estimados nas resoluções autorizativas da Aneel vigoraram até a revisão quadrienal prevista no contrato de concessão. Eventual parcela de investimento vinculado a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, ao final da concessão, será indenizada, nos termos do disposto no art. 36 da Lei 8.987/1995.

Acrescento, ainda, que o seguro-garantia oferecido pela agravada nos autos da Ação Cautelar 2007.34.00.023283-0 (fl. 73), equivalente à sua alegada perda anual de Receita de Transmissão, não justifica a suspensão do procedimento de revisão tarifária, conforme pretendido, porque esta revisão tem efeito em cadeia no cálculo das faturas que são, de dez em dez dias, expedidas, pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), para pagamento pelas distribuidoras, geradoras e consumidores livres.

Registro, neste ponto, que não há contratos bilaterais entre as transmissoras e as pessoas jurídicas que se beneficiam das linhas de transmissão. Existe um condomínio, pelo qual é responsável o ONS. Cada usuário (distribuidoras, geradoras e consumidores livres) assina contrato com o ONS, que representa todas as transmissoras e, periodicamente, calcula os valores devidos por cada um deles às transmissoras. Assim, a decisão agravada acarreta efeito geral no sistema que não é remediado pelo oferecimento do seguro-garantia.

Verifico, por fim, que o diretor-geral da Aneel não excedeu o prazo de seis dias úteis de que dispunha, nos termos Resolução 273/2007, para apreciar o pedido de efeito suspensivo do recurso administrativo formulado por Furnas, como considerou a decisão agravada. Com efeito, o recurso administrativo, de fato, foi interposto no dia 09/07/2007, como se observa às fls. 261/287. O pedido de efeito suspensivo, todavia, somente foi formulado em 25/07/2007 (fls. 319/320).

Ora, o mandado de segurança impetrado com a mesma finalidade de atribuir efeito suspensivo ao recurso administrativo ou, alternativamente, determinar à autoridade impetrada que adotasse essa medida, foi protocolado no dia 01/08/2007, quando ainda não havia se escoado o prazo a que alude a Resolução 273/2007, sendo que a liminar foi concedida no dia seguinte, em 02/08/2007, termo final do referido prazo. Assim, não se configurou a omissão do diretor-geral da Aneel que embasou a concessão da liminar ora impugnada.

Na verdade, ao que tudo indica, ciente da decisão que restabeleceu os efeitos do ato de revisão tarifária, na mesma data em que proferida — 24/07/2007 — a agravada, logo no dia seguinte, 25/07/2007, formulou pedido de efeito suspensivo no recurso administrativo interposto perante a Anatel, numa clara tentativa de restabelecer, na esfera administrativa, o que havia perdido no âmbito judicial, ou seja, novamente obter a suspensão da revisão tarifária de seu contrato de concessão de transmissão de energia elétrica.

E, com essa mesma finalidade, alguns dias depois, em 01/08/2007, impetrou o mandado de segurança do qual foi extraído o presente agravo, omitindo a decisão exarada no Agravo de Instrumento 2007.01.00.028574-1/DF, bem

como a existência da ação cautelar que o originou, quiçá numa tentativa de submeter a questão a outro Juízo, em procedimento que não encontra apoio no art. 14, II, do CPC. Tudo isso, tendo conhecimento de que as Resoluções 257/2007 e 486/2007, na prática, têm a destinação comum de promover a revisão tarifária de seu contrato de concessão de transmissão de energia elétrica. Tanto isso é verdade, que, em seu recurso administrativo, requereu a anulação tanto da Resolução Normativa 257/2007, como da Resolução Homologatória 486/2007, de modo ver declarada “a nulidade de todo o processo de revisão tarifária periódica” (fl. 287).

Em face do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo do cumprimento da decisão agravada.

Comunique-se a presente decisão, com urgência, via fac-símile, ao juízo de origem e à agravante, Aneel.

Registre-se, no sistema de informações processuais da Seção Judiciária do Distrito Federal, a conexão entre o Mandado de Segurança 2007.34.00.027734-3 e a Ação Cautelar 2007.34.00.023283-0.

Intime-se a agravada para apresentar resposta (CPC art. 527, V).

Apensem-se os presentes aos autos ao Agravo de Instrumento 2007.01.00.028574-1/DF.

Após, vista dos autos à PRR da 1ª Região.

Publique-se.

Brasília, 17 de agosto de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.034053-9/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 21/09/2007

Publicação: DJ 2 de 28/09/2007

Decisão

Insurge-se a agravante contra a decisão de fls. 19/20, que, em mandado de segurança, deferiu pedido de levantamento de depósitos efetuados pela agravada.

Afirma que a agravada entende ter direito ao levantamento do valor referente à diferença entre o valor total depositado e a contribuição devida, por força da decisão que considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9718/1998.

Sustenta que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal ora referido não tem qualquer repercussão para as instituições financeiras, como é o caso da agravada.

Assevera que “o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Ou seja, aplicando tal entendimento às instituições financeiras, concluímos que seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas da negociação de títulos e valores mobiliários, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 dada pelo Plenário do STF” (fls. 5/6).

Assim, por entender presentes os seus requisitos ensejadores, requer o efeito suspensivo.

Isso Posto, Decido.

Consoante se vê pela inicial (cópia) da ação principal (fls. 12 a 16), a agravada impetrou mandado de segurança visando a eximir-se do pagamento total da contribuição para o PIS, após o advento da Lei 9.718/1998, ao fundamento de inconstitucionalidade da citada lei, porque a alteração da base de cálculo da alíquota do PIS reclama a edição de lei complementar, em face do disposto no art. 146, III, da CF/1988.

Conquanto não haja a agravante trazido cópia da sentença e do acórdão deste Tribunal nele proferidos, a decisão agravada revela que o *decisum* final daquela ação foi o Agravo de Instrumento 578.363-1/MG, conhecido, no Supremo Tribunal Federal, como Recurso Extraordinário, nos termos dos arts. 544, §§ 3º e 4º, e 557, § 1º A, do CPC, ao qual foi dado *parcial provimento*, “para afastar a base de incidência definida no § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, tido por inconstitucional nos precedentes” (fls. 22 e 23).

Tais precedentes, citados nessa mesma decisão, são os Recursos Extraordinários 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS e 346.084-6/PR, pelos quais a Suprema Corte julgou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, validando, no mais, esse dispositivo legal, sendo que o dispositivo declarado inconstitucional tinha esta redação:

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes tipo de atividade por ela exercidas e a classificação contábil adotada para as receitas.

Diante desses arestos, a base de cálculo do PIS ficou sendo, nos termos dos arts. 2º e 3º, *caput*, da citada Lei 9.718/1998, o seu faturamento, este entendido como a “receita bruta da pessoa jurídica”.

Ocorre, porém, que, consoante demonstrado pelo agravante, na minuta deste agravo, o Excelso Pretório, nos precedentes citados, considerou como *receita bruta* a *receita operacional*, ou seja, o resultado da atividade empresaria-

rial que constitui o objeto social da empresa, e não apenas a recita advinda da venda de mercadorias e/ou de bens e serviços.

Assim, sendo certo que, considerado o ramo de negócio da agravada, que não foi, expressamente mencionado na decisão proferida no agravo julgado no STF, a receita proveniente das “vendas de títulos e valores mobiliários” integra a sua receita operacional, e considerando, ainda, que, no mandado de segurança, a agravada não pediu a exclusão, da base de cálculo do PIS, de determinada espécie de receita, mas pleiteou eximir-se do total da contribuição, no que ficou vencida, afigura-se plausível a assertiva da agravante de que a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 não beneficiou a agravada, pois não vinha ela sendo alcançada por esse dispositivo legal.

Daí por que concedo a antecipação da pretensão recursal, para suspender a eficácia da decisão agravada, até a decisão da Turma, ressalvado à agravada demonstrar, em contraminuta, que a base de cálculo sobre a qual recolhia a contribuição para o PIS, antes da eficácia da Lei 9.718/1998.

Dê-se ciência ao ilustre prolator da decisão agravada do conteúdo desta, para os devidos fins.

Intime-se a agravada para os fins do art. 527, V, do CPC (Lei 10.352/2001).

Publique-se.

Brasília, 21 de setembro de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.034070-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira

Decisão: 17/08/2007

Publicação: DJ 2 de 25/09/2007

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel contra decisão da MM. Juíza Federal Substituta da 15ª Vara/DF, na qual, deferindo liminar em mandado de segurança impetrado por BCP S.A., determinou a suspensão do Processo Administrativo 53500.014598/2007 e vista dos autos desse processo administrativo à impetrante para cópia e manifestação em prazo razoável. Essa decisão foi complementada por outra, determinando-se à autoridade impetrada que “conceda vista integral dos autos”, com prazo de cinco dias para manifestação. Facultou-se à autoridade impetrada apresentar os documentos ao Juízo para efeito de exame de seu possível sigilo.

Alega a agravante que a agravada não tem tal direito, pois não é *interessada*, jurídica e diretamente, no processo administrativo (“o interesse que a Requerente demonstrou ser afetado é *puramente econômico*, decorrente de relações mercadológicas de competição comuns”) e “há documentos confidenciais que não podem ser franqueados a empresa concorrente”. Um dos objetivos da agravada seria o de procrastinar e retardar a tramitação do processo.

O processo administrativo em referência diz respeito a requerimento de anuência prévia de aquisição acionária formulado pela empresa TIM Brasil Serviços e Participações S/A.

Na petição inicial do mandado de segurança, a BCP S.A. relata ter justificado seu interesse perante a Anatel no fato de que seria “afetada pelas alterações nas relações de competição no mercado de telefonia móvel pessoal brasileiro decorrentes da aquisição da Telecom Itália pelo consórcio formado por Telefônica S.A., Assicurazioni Generali Sp.A., Instensa Sanpaolo Sp.A., Sintonia S/A e Mediobanca – Banca de Credito Finanziario Sp.A., objeto do processo de anuência prévia. O pronunciamento da agência sobre a situação fática concreta decorrente da aquisição em causa também terá impacto nos interesses da requerente na qualidade de prestadora de serviços de telecomunicações no Brasil, na medida em que tratará da definição de controle e seu efeito nas relações de competição, no setor de telecomunicações brasileiro, no qual a requerente atua”.

Percebe-se que a agravada não se situa em qualquer das classes de *interessados* em processo administrativo, previstas no art. 9º da Lei 9.784/1999. Seu interesse é exclusivamente econômico. Desta maneira, não há que se falar em devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, no exato sentido desses institutos.

A agravada também não é *cidadão*, a quem é dada a prerrogativa de agir processualmente na defesa do interesse público. Seria ingenuidade, por outro lado, acreditar no seu objetivo de “contribuir para a formação da decisão mais acertada por parte do Conselho Diretor da Anatel” (fl. 28) ou “colaborar com argumentos e documentos (escopo *técnico-instrutório* do contraditório) para a formação da decisão mais acertada do órgão regulador (objetivo *colaborativo-democrático* do contraditório)” (fl. 30). O objetivo primordial, compreensível na situação, é, conhecendo as possíveis tendências da decisão administrativa nesse caso, defender seus interesses empresariais.

Concluo, até aqui, que a agravada não tem o direito de interferir no processo administrativo. Poderá apresentar dados, alegações, memoriais, mas não se justifica sobrestar o processo administrativo para aguardá-los e a autoridade não está obrigada a considerá-los na decisão, embora seja conveniente que o faça.

Há, todavia, por parte da Administração, o dever de manter, em princípio, a publicidade de seus atos e “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (Art. 5º, XXXIII, e 37 da Constituição). O sigilo é exceção, só se justificando

quando imprescindível (não basta que seja apenas útil ou necessário) à segurança da sociedade e do Estado e, por isso, quando for o caso, deve ser imposto de forma expressa e devidamente motivada.¹

Por este ângulo, verifico que a confidencialidade dos documentos, alegada pela Anatel, não está devidamente justificada. Não convence a argumentação de que a situação é semelhante à possibilidade ou não de as partes terem prévia vista das minutas de votos em um tribunal. As minutas ou rascunhos de votos não são documentos oficiais, não estão incluídos nos autos, diferentemente da situação em apreço, em que as notas técnicas e informações já foram autuadas, recebendo número de folhas.

Se os documentos incluem “informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis” de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações (art. 39 da Lei 9.472/1997) — o que a agravante não diz claramente —, a alternativa é encaminhá-los ao juízo para avaliação desse aspecto, conforme ficou facultado na decisão recorrida.

Desse modo, defiro parcialmente o pedido de suspensão da decisão agravada, relativamente ao sobrestamento do processo administrativo e ao prazo de cinco dias para que a agravada nele se manifeste, mantendo-a, assim, no que diz respeito à vista dos documentos.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Proceda a Subsecretaria da Quinta Turma nos termos do art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de agosto de 2007.

¹ Merece referência, a propósito do tema, a excelente obra de Agustín Gordillo, *La Administración Paralela* (Editorial Civitas S.A., 1997, p. 54).

Agravo de Instrumento

2007.01.00.034766-5/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira

Decisão: 05/09/2007

Publicação: DJ 2 de 18/09/2007

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por W & J Táxi Aéreo Ltda. e Wagner Correa de decisão (fls. 195-205) proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da Vara Única de Altamira/PA, no exercício da titularidade, em que se indeferiu pedido de liminar formulado pelo Ministério Público Federal nos autos da Ação Civil Pública 2007.39.03.000562-5, mas, “estribado no art. 798 do CPC”, se determinou: “25.a) que a empresa W & J Táxi Aéreo Ltda. e o Piloto Wagner Corrêa abstenham-se de realizar ato relacionado ao transporte aéreo que seja, ainda que minimamente, ofensivo à Constituição Federal ou às especificações técnicas dispostas no Código Brasileiro de Aeronáutica e nas demais normas de segurança aérea, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ato ou, sendo o caso, por dia de persistência no ato irregular; 25.b) que a empresa W & J Táxi Aéreo Ltda. e o Piloto Wagner Corrêa enviem mensalmente à Procuradoria da República em Altamira/PA relatório demonstrativo de suas atividades relacionadas ao transporte aéreo de pessoas e de cargas, relatório este que deverá ser confeccionado de forma a facilitar a interpretação do MPF, evitando-se, pois, a utilização imoderada de termos técnicos. 25.b.I – os relatórios previstos no item anterior deverão ser entregues ao MPF até o 5º (quinto) dia do mês, referindo-se às atividades desenvolvidas no período compreendido entre o 1º (primeiro) e o último dia do mês anterior, implicando o atraso injustificado na entrega dos relatórios em multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); 25.b.II – o MPF deverá analisar os relatórios encaminhados pela empresa supracitada e poderá realizar inspeções *in loco* nas dependências de uso comercial e nas aeronaves, sem necessidade de aviso prévio à empresa, requerendo o que entender de direito; 25.b.III – a resistência ou embaraço injustificados quanto ao acesso do MPF a qualquer local, aeronave ou informação técnica relativos à empresa W & J Táxi Aéreo ou ao Piloto Wagner Corrêa implicará no pagamento de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); 25.c) que a empresa W & J Táxi Aéreo e o Piloto Wagner Corrêa afixem, nas dependências que utilizem publicamente com finalidades comerciais e nas aeronaves utilizadas, cartazes que informem aos usuários que qualquer reclamação poderá ser diretamente encaminhada à Procuradoria de República em Altamira/PA; 25.c.I – cumprirá ao MPF, com base em parâmetros razoáveis, definir a redação e a locação dos cartazes acima referidos, sendo o tamanho de cada cartaz, no máximo, o equivalente ao de uma folha ‘A4’, devendo o Órgão Ministerial informar a este Juízo sobre a eventual inobservância desta determinação judicial por parte dos demandados, o que, caso ocorra, implicará em multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), caso constatado que não foram devidamente afixados os avisos em questão; 25.d) que qualquer eventual anomalia nos procedimentos ou vôos realizados sejam imediatamente reportadas a este Juízo, devendo ser, em tal oportunidade, apresentados os requerimentos que forem considerados pertinentes, sem prejuízo de nova atuação com base no Poder Geral de Cautela. 26. Oficie-se à Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, inclusive por fax, para que intensifique significativamente a fiscalização realizada em relação à empresa W & J Táxi Aéreo e ao Piloto Wagner Corrêa (...)”.

Considerou o MM. Juiz que “há necessidade de um maior amadurecimento da lide para que se possa aferir — com base em outros elementos e com um mínimo de contraditório — se merece ser afastado o efeito produzido pelo ato administrativo questionado em Juízo, sendo certo que a presente decisão poderá ser reconsiderada após o prazo para resposta por parte dos demandados. 11. Por seu turno, o *periculum in mora* revela-se presente, em especial se considerado que os acidentes aéreos guardam em si um reflexo não apenas associado à pessoa das vítimas e seus familiares. Tragédias aéreas, como a versada neste caderno, causam grande comoção local e também repercutem negativamente nos aspectos econômicos da sociedade. 12. Em suma, acidentes com aeronaves devem ser evitados prioritariamente, devendo o Poder Judiciário providenciar as medidas que estejam ao seu alcance, sem, contudo,

ofender os Princípios Constitucionais que regem o relacionamento entre os três poderes. 13. Desta forma, quanto ao caso vertente, vislumbro a possibilidade de concessão de medidas com vistas a acautelar eventuais sinistros, com base na observação regular da legislação de regência e mediante o acompanhamento ostensivo do MPF. Tal iniciativa está devidamente fulcrada no Poder Geral de Cautela atribuído ao magistrado, conforme previsto no art. 798 do CPC. 14. A essência da peça vestibular é a demonstração de um cuidado por parte do MPF no sentido de que sejam evitados novos acidentes aéreos, como o ocorrido há cerca de quatro anos e meio atrás em Anapu/PA, sendo possível conciliar a questão da segurança aérea com a decisão administrativa que culminou na aplicação de pena de suspensão temporária das atividades da empresa e do piloto”.

Alegam os agravantes que: a) a decisão impede o exercício de dois direitos constitucionais: o livre exercício profissional e o direito de propriedade; b) “o fato ocorrido, nos idos dos anos de 2002, foi um fato isolado, e (...) exercer o mister da aviação civil ou comercial na Amazônia, como um todo, é um desafio que se vence todos os dias”; c) “pistas homologadas na região Amazônica são poucas e a própria necessidade (no caso em tela, a entrega de Cartões de Programa Social do Governo pela Caixa Econômica) levou o deslocamento de vários profissionais, tanto da CEF como da Empresa (...) a se deslocarem até a longínqua Anapu/PA, onde ocorreu o sinistro”; d) “a ação proposta pelo MPF contra particulares declina a competência Federal para o juízo (...) estadual, por não estar presente em um dos pólos processuais qualquer uma das pessoas jurídicas a que se refere a alínea I do art. 109 da Constituição”; e) a decisão extrapola em muito o “que fora pedido na truncada e malfadada exordial *do parquet*”; f) “não fica claro em momento algum na r. decisão o que seria abster-se de realizar ato relacionado ao transporte aéreo que seja, ainda que minimamente, ofensivo à Constituição Federal ou às especificações técnicas dispostas no Código Brasileiro de Aeronáutica e nas demais normas de segurança aérea”; g) “não é, nunca foi, e nunca será função do MPF fiscalizar as atividades comerciais de qualquer empresa privada, sendo que esta atribuição de fiscalizar as atividades (...) é em nosso ordenamento jurídico (...) exclusiva da Anac”; h) “não faz sentido terem em suas dependências pessoas sem o conhecimento técnico necessário para ‘fiscalizar’ suas atividades fins, essa medida, como as outras (...) representam uma grave intromissão do Poder Judiciário na competência exclusiva do Poder Executivo, através da Anac, que, de fato, fiscaliza as atividades”; i) “o magistrado em todos os seus despachos interlocutórios agiu contra os preceitos do disposto no art. 460 do CPC, decidindo o que não fora requerido na exordial pelo MPF, logo deve ser reformada em todo seu conteúdo”; j) podem ser provocados “graves prejuízos de ordem material, financeira e patrimonial, que (...) sofrerão se persistir tal decisão (...), pois tal medida, já está de plano, causando prejuízos, de todas as ordens”.

Decido.

A função administrativa é constituída, em caráter principal, de três atividades-fins concentradas essencialmente no Poder Executivo: a polícia administrativa, o serviço público e a intervenção na economia.

Em razão do princípio de independência e harmonia dos poderes, não se admite, em regra, a substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário no exercício daquelas atividades. Não é adequado, por exemplo, que omitindo-se o Poder Executivo na prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros o Poder Judiciário, suprindo a omissão, preste diretamente esse serviço. Ao Poder Judiciário caberá, decidindo ação civil pública que seja intentada para corrigir a mencionada omissão, determinar que o Poder Executivo preste o serviço.

No que diz respeito à polícia administrativa, vale o mesmo raciocínio. Se o Poder Executivo omite-se na atividade que lhe é própria, a parte legitimada tem ação contra a entidade competente para que a atividade seja exercida; não, em regra, ação para que o Poder Judiciário exerça, diretamente, a atividade de polícia administrativa.

No caso sob apreciação, a polícia administrativa é de competência da Agência Nacional de Aviação Civil, assim, caberia ao Ministério Público Federal, em tese, ingressar com ação contra a referida agência, objetivando corrigir sua suposta omissão em fiscalizar a empresa privada e seus agentes. A presença da agência no pólo passivo da ação teria o condão, inclusive, de melhor justificar a competência da Justiça Federal.

Em resumo, não parece apropriado que o Ministério Público, por meio do Poder Judiciário, desempenhe diretamente e em primeira mão atividade de polícia administrativa da competência do Poder Executivo.

Tenho aplicado essa orientação ao decidir questões relacionadas com a pretensão do Ministério Público de,

diretamente, encerrar as atividades de instituições de ensino, em vez de pretender corrigir a omissão da União (Ministério da Educação) em exercer sua competência de polícia administrativa.

Por este motivo, defiro o pedido, suspendendo os efeitos da decisão liminar.

Comunique-se ao Juízo prolator da decisão recorrida.

Proceda a Subsecretaria da Quinta Turma nos termos do art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 5 de setembro de 2007.

Recurso Extraordinário – Agravo de Instrumento

2007.01.00.036028-0/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 24/08/2007

Publicação: DJ 2 de 04/09/2007

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de tutela antecipada, pretende a agravante ver reformada a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal Seção Judiciária do Distrito Federal, que, no Processo 89.0004895-3, deferiu o requerimento formulado pela Advocacia Francisco R. S. Calderaro S/C Ltda., a fim de que fosse destacado o percentual de 30% do montante da condenação que cabe à exequente na expedição da requisição de pagamento, em conformidade com o contrato firmado; indeferiu o pedido de desmembramento do valor referente à condenação e aos honorários advocatícios de sucumbência, quando da expedição de precatório; e deferiu o pedido de expedição de precatório em favor da referida sociedade para pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência com a classificação da verba como de natureza alimentar.

Inconformada, afirma a agravante que, em face dessa decisão, foram expedidos dois precatórios: um referente ao valor do crédito total apurado da condenação da União Federal, somente destacando o valor dos honorários contratuais, que foi autuado em nome da empresa autora Santista Indústria Têxtil do Nordeste S/A, como precatório não alimentar, e outro dos honorários advocatícios de sucumbência, que foi corretamente expedido e classificado como alimentar.

Alega que a decisão agravada entra em contradição ao determinar que, com base na Resolução 438 do Conselho da Justiça Federal, deve ser aplicado o art. 78 do ADCT, pois ao mesmo tempo em que reconhece a natureza alimentar da verba honorária e que pode ser destacada, determina que essa se sujeite ao parcelamento do artigo citado, quando este excepciona os créditos de natureza alimentar.

Sustenta que, conforme a jurisprudência majoritária, os honorários advocatícios contratados ou de sucumbência têm natureza alimentar, estando, assim, excluídos do parcelamento a que se refere o art. 78 do ADCT.

Aduz que se não for concedida a medida pretendida, a agravante sofrerá graves e irreparáveis prejuízos ao seu patrimônio, pois deixará de receber, de uma vez só, o valor de uma verba reconhecidamente de natureza alimentar para recebê-la em 10 anos, parceladamente.

Assim, requer que seja concedida liminarmente a tutela antecipada, e, ao final, dado provimento ao presente recurso, para garantir à agravante o direito de receber o pagamento relativos aos seus honorários contratuais integralmente.

Este agravo de instrumento, protocolado em 20/08/2007, veio-me concluso em 21/08/2007.

Decido.

Em razão do *periculum in mora*, recebo o agravo de instrumento, nos termos da redação dada ao art. 522 do CPC, pela Lei 11.187/2005.

In casu, verifico a plausibilidade jurídica da tese sustentada pela agravante.

Esta Corte, ao julgar o MS 2004.01.00.038729-8/BA, por maioria, entendeu que:

Os créditos de honorários advocatícios, contratados ou de sucumbência, constituem verba de natureza alimentar (STF - RE 146.318 - 0/SP), estando, nessa condição, excluídos do pagamento parcelado a que se refere o art. 78 - ADCT, ainda que os serviços sejam prestados por sociedade de advogados, visto que a verba não perde a natureza alimentar pelo fato de ser o serviço prestado pelo profissional organizado em sociedade simples.

Na oportunidade, me manifestei nos seguintes termos:

Lembro mais, no voto do Senhor Relator, nas palavras do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral e do Desembargador Federal João Batista, não podemos fazer deste julgamento um casuismo. Aqui não se busca verificar os valores e atrelar esse valor ao direito, o que se pretende nesta assentada é verificar-se o alcance da norma constitucional e sua aplicação, a sua interpretação. No caso, não há dúvida de que o trabalho deve ser remunerado, e a nomenclatura que se dá à verba é uma só: alimentos, sem os quais não pode sobreviver o trabalhador, no caso, o advogado.

Friso, por fim, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a natureza alimentar dos honorários advocatícios, afastando o parcelamento previsto no art. 78 do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional 30/2000. Nesse sentido, trago os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso Especial. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC: inexistência de omissão no acórdão recorrido. Alegada afronta ao art. 649, IV, do CPC. Honorários advocatícios (sucumbenciais). Impenhorabilidade. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio deferido. Penhora do crédito do sócio, consistente em precatório destinado a pagar valor relativo a honorários sucumbenciais. Impossibilidade.

1. Tendo o Tribunal de origem se manifestado expressamente acerca de todos os temas necessários ao deslinde da controvérsia, afasta-se a alegada violação ao art. 535 do CPC.

2. Uma vez que os honorários constituem a remuneração do advogado — sejam eles contratuais ou sucumbenciais —, conclui-se que tal verba enquadra-se no conceito de verba de natureza alimentícia, sendo portanto impenhorável. Por tal razão, constata-se que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 649, IV, do CPC. Precedentes citados do STF que reconhecem a natureza alimentícia dos honorários sucumbenciais: RE 470.407/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13/10/2006; RE 146.318/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 04/04/1997. Precedentes citados do STJ que reconhecem a natureza alimentícia dos honorários contratuais: REsp 566.190/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJ de 01/07/2005; RMS 12.059/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 09/12/2002. Precedente recente desta Turma: REsp 854.535/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29/03/2007.

3. Como bem ressaltado no último precedente acima citado, há de ser revisto “o entendimento que esta Corte Superior aplica à questão, adequando-se à novel exegese empregada pelo colendo STF, não obstante, inclusive, a existência de recente julgado da 1ª Seção em 02/10/2006, que considera alimentar apenas os honorários contratuais, mas não reconhece essa natureza às verbas honorárias decorrentes de sucumbência”.

4. Recurso especial provido. (REsp 859.475/SC, STJ, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ 02/08/2007, p. 382.)

Processual Civil. Honorários advocatícios decorrentes de sucumbência. Natureza alimentar. Arts. 23 da Lei 8.906/1994 e 100, caput, da CF/1988. Entendimento adotado pelo supremo tribunal federal. Precedentes.

(...)

4. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, reconheceu a natureza alimentar dos honorários pertencentes ao profissional advogado, independentemente de serem originados em relação contratual ou em sucumbência judicial, nestes termos: “Crédito de natureza alimentícia – art. 100 da Constituição Federal. A definição contida no § 1-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. Honorários advocatícios. — Natureza. Execução contra a Fazenda. Conforme o disposto nos arts. 22 e 23 da Lei 8.906/1994, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário 146.318-0/SP, Segunda Turma, rel. min. Carlos Velloso, com acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 04/04/1997, e Recurso Extraordinário 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 07/08/1998” (RE 470407/DF, DJ de 13/10/2006, Rel. Min. Marco Aurélio).

5. De tal maneira, há que ser revisto o entendimento que esta Corte Superior aplica à questão, adequando-se à novel exegese empregada pelo colendo STF, não obstante, inclusive, a existência de recente julgado da 1ª Seção em 02/10/2006, que considera alimentar apenas os honorários contratuais, mas não reconhece essa natureza às verbas honorárias decorrentes de sucumbência.

6. Recurso especial conhecido e provido, para o fim de reconhecer a natureza alimentar dos honorários advocatícios, inclusive os provenientes da sucumbência. (REsp 893.753, STJ, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 22/03/2007, p. 317.)

Assim, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao agravo de instrumento, para excluir do pagamento parcelado os honorários advocatícios contratuais, em razão de sua natureza alimentícia.

Comunique-se ao MM. Juiz Prolator da decisão agravada para que dê cumprimento imediato a este *decisum*.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 –12, de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Brasília, 28 de agosto de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.036308-0/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 10/09/2007

Publicação: DJ 2 de 14/09/2007

Decisão

Insurge-se a agravante contra a decisão de fls. 60/63, que, em mandado de segurança, indeferiu pedido de liminar, que visava à suspensão da exigibilidade do crédito tributário (PIS – competências 03 e 06/2001), assegurando-lhe a obtenção de CPD-EN, bem como a não-inclusão de seu nome no Cadin.

Sustenta a ocorrência de prescrição, por entender que o pedido de compensação não suspende a exigibilidade do crédito tributário, não encontrando previsão no art. 151 do CTN, que, além de conter rol taxativo, deve ser interpretado de maneira literal, a teor do art. 111 do mesmo diploma legal.

Afirma que os recursos cabíveis contra o indeferimento de compensação somente passaram a suspender a exigibilidade do crédito tributário a partir de 31/10/2003, que corresponde à data de publicação da MP 135/2003.

Ressalta que a decisão de indeferimento parcial da compensação foi proferida em 13/04/2007, ou seja, mais de 5 (cinco) anos desde a constituição definitiva do crédito tributário.

Alega que os pedidos de compensação por ela formulados constituem, na verdade, causa de extinção do crédito tributário, com base no art. 74 da Lei 9.430/1996, alterado pela Lei 10.637/2002, o que foi reconhecido na decisão agravada, razão pela qual o MM. Juízo *a quo* teria incorrido em contradição, pois entendeu que os pedidos de compensação suspendem a exigibilidade do crédito, afastando, assim, a prescrição.

Afirma que o prazo prescricional se inicia da data de entrega das DCTFs, e não da apresentação dos pedidos de compensação, e que apenas com a edição da MP 135/2003, convertida na Lei 10.833/2003, é que a compensação passou a ser formalizada por meio de instrumento capaz de constituir o crédito tributário (art. 74, §§5º a 9º, da Lei 9.430/1996).

Assim, entendendo presentes os seus requisitos ensejadores, requer a antecipação da pretensão recursal.

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*.

Ora, o primeiro desses requisitos é de ter-se por satisfeito, *in casu*, de vez que a não-suspensão da exigibilidade do crédito tributário em testilha impede a agravante de obter certidão negativa de débitos, indispensável ao desenvolvimento regular de suas atividades.

Quanto ao segundo requisito, observa-se que a agravante afirma estar sendo ameaçada de execução de débito oriundo de “*excesso de compensação*, correspondente ao saldo da contribuição ao PIS relativo à *competência 03/2001*, no valor original de R\$ 90.622,17, e ao PIS relativo à *competência 06/2001*, no valor original de R\$ 81.370,93...” (fl. 5), débitos esses que entende prescritos, porque constituídos por DCTF e objeto de pedido de compensação que, à época, não suspendia o curso da prescrição, porque não suspendia a exigibilidade do débito compensado.

A contribuição para o PIS é tributo sujeito a lançamento por homologação, e, nesse caso, prevalece, no STJ, o entendimento de que, tendo havido declaração do débito pelo contribuinte (DCTF, declaração de ajuste do imposto de renda, GFIP etc.), sem que tenha havido pagamento, o débito declarado é considerado imediatamente constituído, dispensando lançamento posterior do Fisco, iniciando-se na data do vencimento do débito o termo *a*

quo do prazo quinquenal da ação de cobrança (AgRg no REsp 859.597/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17/10/2006, DJ de 07/11/2006, p. 275, e REsp 789.443/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28/11/2006, DJ de 11/12/2006, p. 343).

No caso dos autos, verifica-se que a contribuição para o PIS relativa a março/2001 foi objeto de DCTF apresentada em 20/04/2001 (v. fls. 171 e 174), e a DCTF relativa a junho/2001 foi protocolada em 25/07/2001 (v. fls. 176 e 179). Assim, aplicado o entendimento jurisprudencial pré-citado, que venho acompanhando na Turma, a prescrição da ação de cobrança desses débitos ocorreria em 20/04/2006 e 25/07/2006, respectivamente, nos termos do art. 174, *caput*, do CTN.

Esses débitos foram objeto de pedido de compensação protocolados, o primeiro em 11/04/2001 (fl. 71) e o segundo em 02/08/2001 (fl. 73), ou seja, quanto ao primeiro débito (03/2001), a compensação antecedeu à própria DCTF. Ora, é certo que a compensação do débito não está prevista no art. 151 do CTN como causa de suspensão da exigibilidade do débito compensado, mas, como ela é, desde a vigência da Lei 10.637/2002, que incluiu o § 2º do art. 74 da Lei 9.430/1996, causa de extinção do débito sob condição resolutória de sua homologação, o que se aplica às compensações pendentes de homologação na data da citada lei (art. 74, § 4º), é de entender-se que, enquanto não homologada a compensação, não podia o Fisco executar tal débito, nem negar ao contribuinte certidão positiva de débito com efeito de negativa – CPD – EN. Em tal caso, afigura-se-me, porém, que não corre a prescrição, até a decisão sobre a homologação da compensação, em face do disposto no art. 199, I, do novo Código Civil, pois, enquanto a extinção do crédito está sob condição *resolutória*, o crédito *em si* está sob condição *suspensiva*, o que, de acordo com esse dispositivo codificado, impede o curso da prescrição.

Por outro lado, o pedido de compensação, importando em confissão do débito compensado, implica a interrupção da prescrição, nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso IV, do CTN, a qual, nos termos do art. 202, parágrafo único, do Código Civil ora vigente, recomeça a correr, pelo mesmo prazo, da data do ato que a interrompeu, o que, *in casu*, protraiu para 02/08/2006 a data da prescrição do segundo débito.

Contudo, como o prazo máximo para o Fisco homologar a compensação é de cinco anos, contado da data da entrega da declaração de compensação, a teor do § 5º do art. 74 da Lei 9.430/1996, na redação da Lei 10.833, de 2003, considero que, passado o quinquênio, o débito resta *extinto*, por homologação tácita da compensação.

Esse último diploma legal, entretanto, a meu ver, não pode ser aplicado, retroativamente, aos pedidos de compensação pendentes de homologação na data de sua vigência (29/12/2003), devendo-se, nesse caso, contar o quinquênio a partir da vigência do novo dispositivo legal, sob pena de grave prejuízo ao Fisco, quanto àquelas compensações já feitas e ainda não homologadas naquela data.

Assim, no caso presente, tenho que, na data da recusa à homologação da compensação feita pela agravante (13/04/2007), não havia se consumado a prescrição, porque ela não correu na pendência do processo de compensação, por força do disposto no art. 199, I, do novo Código Civil, e não estava extinto o débito, por homologação tácita, porque o quinquênio fixado no § 2º da Lei 9.430/1996, introduzido pela Lei 10.637/2002, com relação aos processos de compensação pendentes na data da vigência dessa última lei (30/12/2002), só é contado dessa vigência.

Isso posto, não vislumbro relevância jurídica na pretensão da agravante, razão pela qual denego a antecipação da pretensão recursal, facultando-lhe proceder à suspensão da exigibilidade do crédito mediante depósito à ordem do juízo de primeiro grau.

Publique-se e intime-se a agravada para apresentação de contraminuta.

Brasília, 10 de setembro de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.039224-2/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 21/09/2007

Publicação: DJ 2 de 28/09/2007

Decisão

Insurge-se a agravante contra decisão interlocutória, que indeferiu o pedido liminar formulado nos autos do mandado de segurança, sob o fundamento de ausência do *periculum in mora*.

A agravante apresentou à Secretaria da Receita Federal Pedido de Parcelamento Especial – Paes, incluindo os débitos parcelados relativos à CPMF discutida nos autos do MS 1999.38.00.022161-5, nos quais a agravante requereu desistência/renúncia, que foi homologada.

Contudo, a agravante foi surpreendida com a inclusão da multa moratória relativa ao crédito tributário – CPMF incluído no parcelamento.

Inconformada, apresentou Pedido de Revisão do Parcelamento Especial, requerendo, expressamente, a exclusão da referida multa moratória, já que a exigibilidade da CPMF sempre esteve suspensa, sendo, por conseguinte, inoportuno falar-se em mora. Tal pedido foi negado.

A agravante interpôs o presente agravo aos argumentos de que possui direito líquido e certo de não lhe ser exigida multa moratória, já que o crédito tributário encontrava-se com sua exigibilidade suspensa, e de que existe *periculum in mora*, pois não poderá deixar de pagar as parcelas do PAES, sem uma decisão judicial, sob pena de ser excluída, conforme determina o art. 7º da Lei 10.684/2003.

Requer a concessão da antecipação da tutela recursal.

Isso Posto, Decido.

Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público foi suspensa, por medida liminar, a exigibilidade do recolhimento da CPMF, posteriormente cassada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de medida liminar na ADI 2.031-5/DF, que decidiu pela sua constitucionalidade. Revogada, assim, a liminar, na ADI, foi retomada a obrigatoriedade do recolhimento, disciplinada pela Medida Provisória 2.037-21, de 25/08/2000, e regulamentada pela Instrução Normativa 89, de 18/09/2000.

Por outro lado, preconiza o art. 161 do Código Tributário Nacional que a Fazenda Pública, em caso de inadimplemento, aplicará multa e juros em razão do atraso no cumprimento da obrigação tributária.

A propósito, o art. 46 da MP 2.037/2000 (reeditada com o número 2.158/2001) assim dispôs, no tocante à CPMF:

Art. 46. As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF deverão:

I – apurar e registrar os valores devidos no período de vigência da decisão judicial impeditiva da retenção e do recolhimento da contribuição;

II – efetuar o débito em conta de seus clientes-contribuintes, a menos que haja expressa manifestação em contrário:

a) no dia 29/09/2000, relativamente às liminares, tutelas antecipadas ou decisões de mérito, revogadas até 31/08/2000;

b) no trigésimo dia subsequente ao da revogação da medida judicial ocorrida a partir de 01/09/2000;

III – recolher ao Tesouro Nacional, até o terceiro dia útil da semana subsequente à do débito em conta, o valor da contribuição, acrescido de juros de mora e de multa moratória, segundo normas a serem estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal;

IV – encaminhar à Secretaria da Receita Federal, no prazo de trinta dias, contado da data estabelecida para o débito em conta, relativamente aos contribuintes que se manifestaram em sentido contrário à retenção, bem assim àqueles que, beneficiados por medida judicial revogada, tenham encerrado suas contas antes das datas referidas nas alíneas do inciso II, conforme o caso, relação contendo as seguintes informações:

a) nome ou razão social do contribuinte e respectivo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ;

b) valor e data das operações que serviram de base de cálculo e o valor da contribuição devida.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV deste artigo, a contribuição será exigida do contribuinte por meio de lançamento de ofício.

Isso não obstante, prevalece, na jurisprudência desta Corte Regional, o entendimento de que, se não foi do contribuinte a iniciativa de promover, por via judicial, a suspensão da exigibilidade da exação fiscal, não deve ser ele penalizado com encargos moratórios quando da revogação da decisão que suspendera tal exigibilidade, visto que não se pode falar em mora da sua parte.

Contudo, na hipótese em apreço, a suspensão do recolhimento da CPMF deu-se por força de liminar em mandado de segurança, impetrado pela agravante, posteriormente cassada em razão de sentença proferida que denegou a segurança. Desse modo, a multa prevista no art. 2º, § 2º, I e II, da IN/SRF 89/2000, é devida em razão de o atraso ter sido provocado pela agravante.

Ademais, tendo a agravante renunciado ao direito sobre o qual se fundava o Mandado de Segurança no qual discutia a CPMF, não pode opor-se a todo o débito apurado pelo Fisco a esse título, incluída a multa de mora prevista em lei.

Assim, ainda que haja precedentes da 8ª Turma desta Corte no sentido da tese da agravante, denego a antecipação da pretensão recursal, porquanto não está consolidada a questão neste Tribunal, pois não há pronunciamento da 4ª Seção sobre ela.

Intime-se a agravada para apresentação de contraminuta.

Publique-se.

Processo

2007.41.00.902320-8/RO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda
Recorrente: Érico de Souza Santos
Recorrida: União Federal
Publicação: DJ/RO de 06/09/2007

Ementa

Administrativo. Concessão de efeito suspensivo ativo. Recurso inominado. Atualização de quintos. Havendo abstração de parcela da remuneração de servidor, salvo se se tratar de rubrica inequivocamente ilegal, não incide a regra gizada na Lei 9.494/1997, vedando a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Plausibilidade da tese recursal. Possibilidade de correção de quintos com base no cargo em comissão, função de confiança ou gratificada exercida por maior tempo, no período de 365 dias. CJ-3 (Diretor de Secretaria). Recurso provido.

I – Pleiteando servidor público o pagamento de parcela decotada de sua remuneração, não incide a regra gizada na Lei 9.494/1997, proibitiva da concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

II – A atualização de quintos, a princípio, há de seguir a fórmula traçada no Processo Administrativo 2004.16.4940 do Conselho da Justiça Federal, onde se toma como fator de atualização a função CJ-3 (Diretor de Secretaria), exercida por maior tempo no interregno de 365 dias.

III – Logo, se a tese é plausível e se há aviltamento da remuneração, há de se manter o pagamento da rubrica, para, ao cabo, se vencida a parte, serem os descontos efetuados.

IV – Efeito ativo concedido, para deferir integralmente a liminar, ao fito de não se efetuar o decote de rubrica suprimida, a partir de agora (*ex-nunc*), até prolação de decisão de 1ª instância.

V – Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Juízes da Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Sessão Judiciária do Estado de Rondônia, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencido o relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/RO – 28/08/2007.

Juiz Federal *Élcio Arruda*, Relator.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda: –Data venia ao entendimento do relator, a vedação legal contida na Lei 9.494/1997¹, parece não se aplicar à es-

pécie. Da remuneração do servidor/recorrente houve supressão de R\$ 693.45. É dizer, abstraiu-se de seu patrimônio e, portanto, houve redução da remuneração. Tenho militado nas fileiras de quem entende que, nos casos de supressão, salvo se tratar de parcela ilegal, há possibilidade de concessão do efeito suspensivo ativo ao recurso, para garantir a intangibilidade da remuneração do servidor, até o deslinde da

¹“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26/06/1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09/06/1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992.”

“Lei 4.348/1964 - Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou

equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.”

controvérsia.

Mas, para tanto, é necessário perquirir quanto à plausibilidade da tese. Como bem destacou o relator, a matéria tem sido alvo de controvérsias. Ancorado em decisão do Conselho da Justiça Federal (Processo Administrativo 2004.16.4940), o recorrente teve atualizada parcela de quintos, tomando-se como fator de atualização a função CJ-3 (Diretor de Secretaria), exercida por maior tempo, no interregno de 365 dias, com vigência a partir de 21/07/2000 a 21/07/2001. Ao depois, revisando o posicionamento, o Conselho da Justiça Federal, nos autos do processo administrativo 2004.16.0918, julgado aos 22/03/2005, vedou o aproveitamento de períodos interpolados com funções de menor nível para atualização progressiva de quintos incorporados. Sobre a fórmula de contagem de quintos, passou-se a entender o cabimento da atualização somente quando decorrido o exercício de 12 (doze) meses em função comissionada de nível superior às já incorporadas.

A partir daí, modificou-se a forma de atualização de quintos, em ordem a ensejar aviltamento na remuneração do recorrente.

E a plausibilidade da tese sustentada se situa numa situação paradigma²², onde se entendeu pelo direito do servidor à atualização de quintos à base da fórmula antiga. É dizer, não há exigência de período mínimo de dias no cargo em comissão, função de confiança ou função gratificada, mas, unicamente, seja a substituição feita em relação àquela exercida por maior tempo, no período de 365 dias. E o caso aqui retratado se encaixa na situação.

Logo, se a tese é plausível e se há aviltamento da remuneração, há de se manter o pagamento da rubrica, para, ao cabo, se vencida a parte, serem os descontos efetuados.

Portanto, peço vênias para divergir e dar provimento, concedendo o efeito suspensivo ativo ao recurso inominado, de modo a conceder integralmente a liminar postulada, no sentido de não se fazer o decote da rubrica (R\$ 693,45), até a prolação da decisão de 1ª instância, com efeito *ex nunc* (a partir deste julgamento).

É o voto.

Porto Velho (RO), 28 de agosto de 2007.

²² STJ – Resp 658-501/RS (2004/0065595-0 – TRF 4ª Região)

Processo

2007.41.00.700157-0/RO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda
Recorrente: Ida Carmen Rodrigues de Lima
Recorrida: União Federal
Recorrida: Raimunda de Nazaré de Souza Santos
Publicação: DJ/RO de 12/09/2007

Ementa

Direito Civil. Pensão. Rateio. Concubina e companheira (união estável), de quem o finado se separara judicialmente, mas, não de fato. Reconhecimento de união estável ulterior entre ambos, por sentença transitada em julgada. Percepção de pensão integral. União estável concomitante não configurada entre o falecido e a recorrida, suposta companheira. Distinção entre união estável e concubinato. Inadmissibilidade jurídica de mais de um casamento e de mais de uma união estável. Rateio de pensão entre mulher (casada ou sob união estável) e concubina: impossibilidade: inaplicabilidade Súmula 159 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Recurso provido.

I – Pouco depois de separação judicial, a autora/recorrente e o falecido reataram o convívio, em ordem a configurar união estável, proclamada, inclusive, judicialmente, assegurando-lhe a percepção integral de pensão.

II – Relacionamento concomitante travado entre o ex-servidor e a recorrida escapa ao figurino da união estável. Ausência do escopo de constituir família, de convivência sob teto comum, de assistência material perene e de filhos (Lei 9.278/1996, arts. 1º e 2º).

III – Se a união estável se equipara ao casamento (CF, art. 226, § 3, Lei 9.278/1996 e CC, art. 1.723 a 1.727), urge sujeitá-la a idêntico tratamento legal. Logo, se não é possível se outorgar validade jurídica a dois casamentos, também não é admissível fazê-lo em relação a “duas uniões estáveis” eventualmente configuradas. Conceito de família monogâmica vigente no mundo ocidental. A convivência há de ser sempre *more uxorio*, ao modo do casamento, em ordem a excluir outra relação similar.

IV – À concubina, assegura-se o eventual patrimônio amealhado durante a convivência com o parceiro ou vice-versa. Relação situada no plano contratual. Aos filhos eventualmente havidos do relacionamento, por sua vez, resguarda-se o direito à pensão e à sucessão hereditária.

V – À concubina, de igual modo, falece o direito de concorrer à pensão fruída pela ex-mulher do servidor. A orientação da Súmula 159 do extinto Tribunal Federal de Recursos tem como pano de fundo a subsistência legal de casamento, mas, sua inexistência de fato, por conta de o cônjuge-varão manter outra família (união estável). O endereço é certo: preservar o valor jurídico do casamento não formalmente desfeito e, simultaneamente, tutelar a nova relação familiar mantida, situação diversa da espécie.

VI – Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, acordam os Juízes da Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, dar provimento ao recurso, na conformidade do voto do Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial/RO – 28/08/2007.

Juiz Federal Élcio Arruda, Relator.

Relatório

I

O Exmo. Sr. Juiz Federal Elcio Arruda: — Ida Carmem Rodrigues de Lima, qualificada na inicial, via de advogado, nos autos da ação ordinária proposta por Raimunda de Nazaré de Souza em face da União, também qualificada, interpôs recurso contra sentença nela proferida, onde abrigado pedido de rateio de pensão decorrente de morte de Benedito Bonfim Neira, em prol de Raimunda de Nazaré de Souza Santos, reconhecida como companheira.

No recurso, sustenta-se: a) É beneficiária da pensão por morte, desde out./2004, na condição de companheira do ex-servidor público Benedito Bonfim Neira, mercê de sentença transitada em julgado; b) A sentença hostilizada concedeu à recorrida o rateio do benefício, sem comprovação da relação de dependência; c) Raimunda de Nazaré de Souza Santos nunca foi companheira do falecido e nunca tiveram qualquer tipo de relação mais séria, de modo a ser indevida a sua concorrência à pensão; d) Houve apenas um relacionamento extraconjugal entre ambos, tanto que Raimunda de Nazaré de Souza Santos era casada legalmente com Honorato, dele se separando no ano de 1999, ou seja, quase 10 (dez) anos depois do suposto envolvimento com o falecido; e) A recorrente, ao contrário, casouse legalmente com Benedito Bonfim Neira, no ano de 1971 e, da união, nasceram 3 (três) filhos; f) Separaram-se de fato e judicialmente em 1987, contudo, ainda residiam sob o mesmo teto, até o óbito de Benedito, circunstâncias corroboradas pelas provas produzidas; g) O depoimento pessoal da autora/recorrida, além de contradizer os fatos aduzidos na inicial, também não se coaduna com os depoimentos das testemunhas, confusos e vagos, não se prestando a evidenciar a propalada união estável; h) Numa sociedade monogâmica, o ordenamento jurídico não protege o concubinato adúlterino, relação paralela ao matrimônio; i) Não é possível o reconhecimento da união estável entre a recorrida e o falecido, diante da restrição decorrente da existência de impedimento matrimonial (f. 355-375).

Nas contra-razões, a recorrida Raimunda de Nazaré de Souza Santos asseverou o direito de ambas à pensão, em partes iguais (f. 379-390).

A União não apresentou contra-razões (f. 378).

É o relatório.

Voto

II

O Exmo. Sr. Juiz Federal Elcio Arruda: — Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A hipótese diz com recurso a sentença abrigando pedido de rateio de pensão decorrente de morte de Benedito Bonfim Meira, em prol de Raimunda de Nazaré de Souza Santos, reconhecida como companheira.

Benedito Bomfim Neira era casado com Ida Carmem de Lima Neira. Convolveram núpcias a 09/10/1971 (f. 46). Da união, advieram três filhos, Benito Bonfim de Lima Neira, Beneida do Carmo de Lima Neira e Benedito Bonfim Neira Júnior (f. 13-15). A 18/03/1987, o casal se separou judicialmente (f. 16-18). Porém, o rompimento durou apenas seis meses. Logo reataram e, juntos, passaram a travar união estável. Falecido em 06/09/2003, Ida Carmem de Lima Neira obteve, no juizado especial federal local (processo 2004.41.00.703398-0 - apenso), o reconhecimento da união estável, passando a auferir a pensão integralmente.

Tem-se, pois, o primeiro fato incontroverso: a união estável entre o finado Benedito Bonfim Neira e Ida Carmem de Lima Neira. Viviam como se casados fossem, ele custeava as despesas domésticas e auxiliava na criação dos filhos comuns.

Por outra parte, é igualmente indubitoso o relacionamento mantido por Benedito Bonfim Neira com a recorrida/autora. A prova revela encontros entre ambos. Ele, eventualmente, pernoitava na casa de Raimunda de Nazaré de Souza Santos. Casualmente, outrossim, auxiliava-a financeiramente. A própria Raimunda asseverou, em seu depoimento pessoal, ser manicure e, possuidora de salão, auferir renda própria (f. 274-275). Há, inclusive, depoimento da empregada doméstica da Raimunda, apontando a eventualidade da ajuda material fornecida por Benedito (f. 285-287). O casal não granjeou filhos. O relacionamento assim delineado perdurou entre 1987 e 2003.

A questão, no particular, é verificar se a relação assim mantida pode ser erigida à condição de união estável.

A negativa se impõe.

A mola mestra à configuração da união estável é — e sempre foi — o propósito de constituir *família*. Assim enuncia, inclusive, o art. 1º da Lei 9.278/1996: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, *estabelecida com objetivo de constituição de família*”.

A família, em breves linhas, constitui-se numa relação caracterizada por múltiplos laços, capazes de manter os membros moralmente, materialmente e reciprocamente durante uma vida e durante as gerações.

Por isto mesmo, caracteriza a união estável, assentada na base família, o “*respeito e consideração mútuos*”, “*assistência moral e material recíproca*” e “*guarda, sustento e educação dos filhos comuns*”. São os pressupostos assentes no art. 2º da Lei 9.278/1996.

Aqui, o acervo probatório deixa à mostra a ausência de assistência material perene, embora o relacionamento tenha atingido duração ponderável: o finado auxiliava a autora/recorrida esporadicamente. Igualmente, com ela, não teve filhos. Não houve a constituição de prole, descendentes.

Tais circunstâncias permitem fulminar a união estável proclamada na sentença.

Há mais.

A união estável travada entre Ida Carmem de Lima Neira e Benedito Bonfim Neira, reconhecida por sentença passada em julgado, por si só, arreda a “união estável” pretendida pela autora/recorrida. Sempre se buscou a equiparação entre o casamento e a união estável. A Carta Política fê-lo expressamente (art. 226, § 3º), seguida pela Lei 9.278/1996 e pelo atual Código Civil (arts. 1.723 a 1.727). A equiparação impõe se aplique à união estável a mesma diretriz reitora do casamento. Onde há a mesma razão de decidir, aplica-se a mesma norma.

E o casamento preexistente em vigor sempre obstou a convalidação de novas núpcias (CC/1916, art. 183, VI; CC/Atual art. 1521, VI). Conseqüentemente, se não é possível se outorgar validade jurídica a dois casamentos, também não é admissível fazê-lo em relação a “duas uniões estáveis”. Assim o é em decorrência do conceito de família monogâmica vigente no mundo ocidental. É dizer, a convivência há de ser sempre *more uxorio*, ao modo do casamento, em ordem a excluir outra relação similar.

Significa dizer: se há união estável válida ou casamento válido, não há possibilidade juridicamente válida de, concomitantemente, manter-se outro casamento válido ou outra união estável válida.

Tanto não significa, contudo, a recusa de proteção à união mantida paralelamente pelo homem ou mulher, à margem do casamento ou união estável.

Entra-se, aí, na questão do concubinato. De logo, é de se revivificar a linha divisória entre união estável e concubinato, a despeito muitas vezes esgrimidas sob o pálio da sinonímia.

No concubinato, tem-se uma relação subalterna ao casamento/união estável. Vigora impedimento à sua legitimação, por existir outro casamento ou outra união estável.

À concubina, assegura-se o eventual patrimônio amealhado durante a convivência com o parceiro ou vice-versa. A relação, aqui, se situa no plano contratual. Por isso, ainda permanece válida a dicção da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: “*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”.

Os filhos eventualmente havidos do relacionamento não ficam ao desamparo. Assiste-lhes o direito à pensão e à sucessão hereditária.

Agora, à concubina, falece o direito de concorrer à pensão. A orientação da Súmula 159⁽¹⁾ do extinto Tribunal Federal de Recursos tem como pano de fundo a subsistência legal de casamento, mas, sua inexistência de fato. Quer dizer, o homem se separa da mulher com quem era casado e passa a manter relação enquadrável ao figurino da união estável. Daí se preservar o valor jurídico do casamento não formalmente desfeito e, *pari passu*, assegurar-se a nova relação familiar mantida pelo homem. A orientação não pressupõe, a meu sentir, a admissão de duas famílias.

Neste cenário, a autora/recorrida travou com o falecido, quando muito, uma relação concubinária e, como tal, deve ser tratada. Daí falecer-lhe direito em concorrer à pensão. Admitir-se o contrário, significa subverter a proteção outorgada à família. O propósi-

¹ “É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos” - TRF - DJ 13/06/1984.

to de assegurar o “direito” de quem teve relação não enquadrável ao elástico de família (casamento/união estável) prejudicaria a família, a união estável.

A diretriz empolgada foi sufragada, há pouco, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido.

- A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.

- Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino.

- Não há, portanto, como ser conferido *status* de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido.

Recurso especial provido.²¹

Daí se impor o provimento do recurso.

III

Nestas condições, à vista da fundamentação expendida, conheço do recurso e lhe dou provimento, para não reconhecer o direito de a autora, Raimunda de Nazaré de Souza Santos, ratear a pensão decorrente da morte de Benedito Bonfim Neira.

Sem honorários advocatícios e custas processuais, nos termos das Leis 10.259/2001, art. 1º, e 9.099/1995, art. 55.

É o voto.

Porto Velho (RO), 28 de agosto de 2007.

²¹ STJ - REsp 931.155/RS - Rel. Min. Nancy Andrighi - 3ª Turma - julgado em 07/08/2007 - DJ 20/08/2007, p. 281.

Processo

2006.41.00.900027-2/RO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda
Recorrente: Ana Lúcia dos Anjos de Miranda
Recorrida: União Federal
Publicação: DJ/RO de 03/09/2007

Ementa

Processo Civil. Competência. Ação proposta contra a união. Admissibilidade de a parte renunciar ao foro federal de seu domicílio e eleger aquele onde “houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”. Dicção da Carta Política, art. 109, § 2º. Competência do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Rondônia, foro onde a parte travava relação estatutária com o Tribunal Regional do Trabalho (14ª Região). Irrelevância de residir em Curitiba/PR. Compatibilização da Lei 10.259/2001, art. 3º, § 3º, ao cânone constitucional. Recurso provido.

I – À parte, é lícito eleger o foro do local onde “houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda”.

II – A dispensa à primeira opção (CF, art. 109, § 2º – ajuizamento no domicílio), permite, validamente, lançar mão das outras três, igualmente previstas no texto da Lei Maior. Logo, se há renúncia à diretriz mais benevolente e se o foro escolhido figura entre os elegíveis, não há como recusá-lo.

III – O comando enunciado na Lei 10.259/2001, art. 3º, § 3º, carece de densidade suficiente à infirmação de faculdade constitucionalmente assegurada. De um lado, inquestionável é a prevalência do cânone grafado na Carta Política, vértice do ordenamento jurídico. De outro, a “competência absoluta”, proclamada no preceito infraconstitucional, é oponível às varas comuns integrantes da Justiça Federal, no âmbito d’uma mesma Seção Judiciária.

IV – Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Juizes da Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Sessão Judiciária do Estado de Rondônia, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na conformidade do voto do Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/RO – 28/08/2007.

Juiz Federal Élcio Arruda, Relator.

Relatório

I

O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda: — I – Ana Lúcia dos Anjos de Miranda, qualificada na inicial, via de advogado constituído, nos autos de ação ordinária, proposta contra a União, também qualificada, interpôs recurso inominado contra sentença nela proferida, onde extinto o processo, sob o fundamento de incom-

petência absoluta, mercê de a autora estar domiciliada em Curitiba/PR, onde instalada Vara do Juizado Especial (Lei 10.259/2001, art. 3º, § 3º).

No recurso, sustenta-se: a) Pretende a autora/recorrente, ex-servidora do TRT-14ª Região, atualmente domiciliada em Curitiba/PR, incorporação do percentual de 11,98, além do pagamento de atualização monetária; b) A competência para conhecimento e julgamento do pedido encontra lastro na Constituição

Federal, art. 109, § 2º; c) O ato originário da demanda emana do Tribunal Regional do Trabalho desta Região, de modo a poder ajuizar a ação no foro desta Seção Judiciária.

Nas contra-razões, a recorrido se bateu pelo acerto da tese esposada na sentença combatida.

É o relatório.

Voto

II

O Exmo. Sr. Juiz Federal Elcio Arruda: — Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A hipótese diz de irresignação a sentença extintiva, sob fundamento de incompetência absoluta, mercê de a autora estar domiciliada em Curitiba/PR, onde instalada Vara do Juizado Especial (Lei 10.259/2001, art. 3º, § 3º).

A competência para deliberar sobre o pagamento, de uma só vez, do valor remanescente referente ao índice de 11.98%, além do pagamento de atualização monetária, toca ao Juizado Especial desta Seção Judiciária.

À parte, é lícito eleger o foro do local onde “*houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda*”. Tanto deflui, categoricamente, da Carta Política, art. 109, § 2º, *in verbis*:

Art. 109 (...)

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

A dispensa à primeira opção (ajuizamento no domicílio), permite, validamente, lançar mão das outras três, igualmente previstas no texto da Lei Maior. Logo, se há renúncia à diretriz mais benevolente e se o foro escolhido figura entre os elegíveis, não há como recusá-lo.

No particular, é bem de ver que o comando enunciado na Lei 10.259/2001, art. 3º, § 3º¹, carece de

densidade suficiente à infirmação de faculdade constitucionalmente assegurada. De um lado, invidiosa é a prevalência do cânone grafado na Carta Política, vértice do ordenamento jurídico. De outro, a “competência absoluta”, proclamada no preceito infraconstitucional, é oponível às varas comuns integrantes da Justiça Federal, no âmbito d’uma mesma Seção Judiciária.

Neste sentido, a jurisprudência:

Constitucional. Processo Civil. Ação proposta contra a União. Foro competente. CF/1969, art. 125, § 1. CF/1988, art. 109, § 2.

1. A ação contra a União pode ser proposta:

a) na seção judiciária em que for domiciliado o autor; ou b) na seção judiciária onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem a demanda; ou c) na seção judiciária onde esteja situada a coisa; ou d) na seção judiciária do Distrito Federal. A competência e, na hipótese, concorrente, ficando ao autor a opção por qualquer um desses foros. 2. Apelação provida.²

Neste cenário, impõe-se o curso da ação no Juizado Especial local.

Portanto, a sentença vergastada merece ser reformada.

III – Nestas condições, à vista da fundamentação expandida, conheço do recurso e lhe dou provimento, para, arredando a incompetência, determinar ao juízo monocrático regularmente processar o feito.

Sem honorários advocatícios e custas processuais, nos termos das Leis 10.259/2001, art. 1º, e 9.099/1995, art. 55.

É o voto.

Porto Velho (RO), 28 de agosto de 2007.

valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.”

² TRF 1ª Região – AC 91.01.03103-1/DF – Rel. Juiz Federal Tourinho Neto – DJ 29/04/2001 – p. 08953.

¹ “Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o

Processo

2006.41.00.700265-3/RO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Recorrido: Cristiano Matias de Souza
Publicação: DJ/RO de 19/09/2007

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Termo inicial. Óbito do segurado. Irrelevância da data da postulação administrativa. Menor. Não escoamento de prescrição. Recurso improvido.

I – Sem embargo da disciplina veiculada no art. 74 da Lei de Benefícios, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, o termo inicial de pensão por morte é a data do óbito. O atraso na postulação, por si, já enseja conseqüências ao dependente: a incidência da prescrição quinquenal. A imposição de novo gravame significaria *bis in idem*. Ademais, legitimar-se-ia a arrecadação, pela autarquia previdenciária, de parcelas devidas ao segurado, de sorte a se configurar locupletamento ilícito.

II – Contra menor, não se escoa prazo de prescrição. Mesmo adquirida a parcial capacidade civil, para efeito de pensão, o marco inicial de pagamento é a data do óbito do instituidor, observada a prescrição quinquenal.

III – Recurso improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Juizes da Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Sessão Judiciária do Estado de Rondônia, à unanimidade, em negar provimento ao recurso do INSS, na conformidade do voto do Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/RO – 26/05/2006.

Juiz Federal Élcio Arruda, Relator.

Relatório

I

O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda: — Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, qualificado na inicial, via de seu Procurador, nos autos de ação ordinária ajuizada por Cristiano Matias de Souza, também qualificado, interpôs recurso contra a sentença nela proferida, onde parcialmente acolhido pedido de pagamento de prestações relativas a pensão por morte, no período de 08/07/1999 a 27/12/1999.

No recurso, sustenta-se: a) O prazo decadencial de 30 dias após o óbito, para requerer a pensão, transcorreu *in albis*; b) Em 27/12/1999, quando o recorrido completou 16 anos, teve início o prazo decadencial

para o requerimento do benefício, somente protocolizado a 04/07/2000, a partir de quando, então, teve início o pagamento do benefício, nos termos do art. 74 da Lei 8.213/1991 (f. 44-46).

Nas contra-razões, o recorrido se bateu pelo acerto da tese esposada na sentença combatida (f. 52-55).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda: —

II

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecido do recurso.

A hipótese diz de irresignação a sentença abrindo, em parte, pedido de pagamento de parcelas atrasadas de pensão por morte.

Maria Matias de Souza faleceu a 27/02/1998 (f. 11). Na época, o recorrido, seu filho, contava 14 anos (f. 7). A postulação administrativa da pensão correlata somente se operou a 04/07/2000 (f. 8-9), depois da nomeação de guardião ao então menor (f. 29).

Em primeira instância, foram reputados devidos os atrasados “do período compreendido entre 27/02/1998 (data do óbito da instituidora da pensão) a 27/12/1999, dia em que o requerente completou seu 16º aniversário”, mas, por força da prescrição quinquenal, efetivamente devidas restaram as parcelas “compreendidas no período de 08/07/1999 a 27/12/1999” (f. 45-46).

O termo *a quo* do benefício de pensão é a data do óbito, independentemente de qualquer perquirição adicional.

Com efeito, o art. 74 da Lei de Benefícios, na redação original, dispunha:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida.

A Lei 9.528, de 10/12/1997, emprestou novel redação ao preceptivo, como se segue:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I – do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III – da decisão judicial, no caso de morte presumida.

A modificação ensaiada padece de mácula.

A uma, porque, com ela, malferiu-se o princípio proibitivo do locupletamento ilícito. Ora, no interstício compreendido entre o óbito e a postulação administrativa, as montas devidas ao dependente serão “arrecadadas” pela autarquia. A situação chega às raias do absurdo.

A duas, porque, para a inércia do dependente, já existe um consectário: a prescrição das parcelas antecedentes ao quinquênio de ajuizamento da ação. A in-

cúria não pode descerrar flanco a duas conseqüências, sob pena de se legitimar o *bis in idem*.

Nestes termos, admitir o escoamento de prescrição ulteriormente ao implemento da idade de 16 anos (27/12/1999), até o requerimento administrativo (04/07/2000), tal como o fez a sentença monocrática, significa infligir gravame injusto ao dependente, *data venia*. Seja como for, no ponto, insurgência não se articulou. E descabe modificação em detrimento do recorrente (*reformatio in pejus*).

Portanto, há de ser mantida a sentença guerreada.

III

Nestas condições, à vista da fundamentação expendida, conheço do recurso, mas, nego-lhe provimento.

Condeno o recorrente/vencido ao pagamento de verba de patrocínio, à base de 10% do valor da condenação.

É o voto.

Porto Velho (RO), 26 de maio de 2006.

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

Taxa de fiscalização ambiental. Fato gerador estranho aos ditames do art. 145, III, da CF. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000.

O fato gerador da Taxa de Fiscalização Ambiental, nos termos do art. 17-B, § 1º, da Lei 6.938/1981 (incluído pela Lei 9.960/2000), c/c o art. 17, II, do mesmo diploma legal, é o exercício de atividades potencialmente poluidoras e/ou a extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e da flora. Conseqüentemente, não está em consonância com a definição do art. 145, II, da Constituição Federal, uma vez que não está vinculado a nenhum serviço público oferecido ou posto à disposição do contribuinte, nem ao exercício do Poder de Polícia, pormenor que o torna inconstitucional.

INAMS 2000.34.00.007855-8/DF

Rel.: Des. Federal Catão Alves – Corte Especial

Publicação: *DJ* 2 de 21/09/2007

Habeas corpus. Crimes dos arts. 289, § 1º, e 297 do CP, c/c os arts. 304 e 69 do mesmo diploma legal. Réu condenado a cumprir pena em regime semi-aberto. Cumprimento da pena em regime fechado. Constrangimento ilegal configurado.

Configura constrangimento ilegal o cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença condenatória, por ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado.

HC 2007.01.00.027110-2/DF

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 17/09/2007

Habeas corpus. Trancamento de inquérito policial. Infrações aos arts. 1º, VI, da Lei 9.613/1998 e 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

Justifica-se o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa, ante a manifesta atipicidade da conduta, quer diante da subsunção legal que para ela se busca, quer por não caracterizar, como descrita, ilícito penal.

HC 2007.01.00.034004-9/GO

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 26/09/2007

SFH. Capitalização de juros.

Admite-se a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, desde que expressamente convencionada nos contratos celebrados pelo Sistema Financeiro da Habitação, após a edição da Medida Provisória 1.963-17/2000, em vigor sob o número 2.170/2001. Porém, a capitalização anual é permitida como regra geral nos contratos de mútuo onerosos, nos termos do art. 591 do CC/2002.

AC 2004.33.00.019336-0/BA

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 03/09/2007

Shopping center. Funcionamento em feriados.

O art. 6º da Lei 10.101/2000 permite o funcionamento do comércio varejista em geral, inclusive *shopping centers*, independentemente de autorização especial da autoridade competente, aos domingos, mas não aos feriados. Estender essa permissão restritiva dos direitos dos trabalhadores a todos os feriados — nacionais ou locais — não é compatível com o escopo da lei federal, especialmente porque os feriados são concebidos para celebrar determinadas datas de importância nacional ou local, que podem variar de acordo com as circunstâncias culturais de cada parte do País.

AMS 2003.34.00.039098-8/DF

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 24/09/2007

Agravo de instrumento. Liminar em mandado de segurança. Madeira retirada do porto, desacompanhada de documentação legal, e levada para lugar seguro, em face de perigo iminente. Ilegitimidade da apreensão. Ausência de auto de infração.

Não se legitima a apreensão de balsas carregadas de madeira que foram retiradas do porto, onde aguardavam a expedição, pelo Ibama, da documentação legal para o seu transporte, e levadas para lugar seguro, em face de grave conflito ocorrido no local onde se achavam estacionadas que culminou com o incêndio de embarcações, acarretando iminente perigo para as balsas da agravante, suas cargas e tripulação, tanto mais que ao termo de apreensão não se seguiu a indispensável lavratura do auto de infração, o que impossibilita à empresa o próprio exercício do seu direito de defesa. Ademais, a demora na apresentação da documentação legal justificou-se por dificuldade do próprio Ibama em expedi-la.

Ag 2006.01.00.045859-1/PA

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/09/2007

Liquidação extrajudicial. Estacionamento pago com habitualidade pelo empregador. Salário *in natura*. Possibilidade. Contribuição.

Os gastos efetuados pela empresa com estacionamento de veículos utilizados por alguns de seus funcionários não possuem natureza indenizatória, mas salarial, uma vez que foram efetuados de forma habitual, e, por essa razão, estão inseridos no conceito de remuneração, compondo a base de cálculo da contribuição.

AC 2000.01.00.050011-0/MG

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/09/2007

Execução fiscal. Decretação de ofício de prescrição intercorrente. Irrelevância da falta de intimação pessoal da Fazenda Nacional. Inconstitucionalidade do art. 46 da Lei 8.212/1991.

É cabível o reconhecimento da prescrição intercorrente quando os autos permanecerem arquivados provisoriamente por mais de cinco anos sem que seja localizado o devedor ou os bens penhoráveis, pois a prescrição das contribuições previdenciárias, por serem tributos, não se rege pelo art. 46 da Lei 8.212/1991, declarada inconstitucional pelo STJ. Irrelevante também a falta de intimação pessoal da exequente, se a Fazenda, em suas razões recursais, se limita em alegar meras questões processuais, sem demonstrar, *ad eventum*, fatos concretos que pudessem levar o magistrado de primeiro grau e o Tribunal a afastar a prescrição ora questionada com regular processamento do feito.

Ademais, tratando-se de sentença proferida sob a égide da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao § 5º do art. 219 do CPC, mesmo diante da existência de norma especial definida na Lei 6.830/1980, dispensa-se a intimação da exequente para o reconhecimento da prescrição em ato de ofício.

AC 2007.01.99.026271-6/RO

Rel.: Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 21/09/2007

Entidade beneficente. Art. 195, § 7º, da CF. Imunidade. Necessidade de lei complementar. Aplicabilidade dos arts. 9º e 14 do CTN. Inexigibilidade de certificado de entidade de fins filantrópicos. Necessidade de comprovação dos requisitos legais.

A previsão contida no art. 195, § 7º, da CF traduz-se em verdadeira imunidade, devendo ser o artigo, por isso, interpretado em combinação com o art. 146, II, da CF, de forma que, não havendo lei complementar específica que estabeleça as exigências a serem atendidas pelas entidades beneficentes de assistência social para gozar a imunidade estabelecida, estende-se a aplicabilidade dos arts. 9º e 14 do CTN, recepcionado pela Constituição com *status* de lei complementar.

A criação, por lei, de entidade filantrópica supre o certificado ou registro que ateste tal finalidade e isenta a entidade das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei 8.212/1991, desde que atendidos os demais requisitos prescritos no art. 55 da mesma lei.

AMS 2005.37.00.008454-5/MA

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 21/09/2007

Concurso público. Taxa de inscrição. Isenção restrita a doadores de sangue. Ausência de razoabilidade. Art. 37, I, da CF.

Não obstante a previsão legal de cobrança de taxa de inscrição em concurso público (art. 11 da Lei 8.112/1990), torna-se imprescindível a concessão de isenção de taxa ao candidato que comprove ser hipossuficiente, em respeito ao princípio constitucional do amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I, da CF). É desarrazoada previsão editalícia que confere unicamente a doadores de sangue isenção do pagamento da taxa de inscrição em concurso público.

REOMS 2005.34.00.034134-1/DF

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/09/2007

Restituição de coisa apreendida. Interesse ao processo. Art. 118 do CPP. Quantia em dinheiro. Libera-se a quantia obtida licitamente. Crime de lavagem de dinheiro. Art. 4º, § 2º, da Lei 9.613/1998.

O art. 118 do CPP disciplina que, enquanto a coisa apreendida interessar ao processo, não poderá ser restituída. Entretanto, tratando-se de apreensão de dinheiro, libera-se o montante que se conseguiu provar ter sido obtido licitamente; a outra parte deve continuar retida.

Na apreensão de bens ou objetos decorrentes do delito de lavagem de dinheiro, deve-se seguir o rito previsto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.613/1998, que inverte o ônus da comprovação da licitude dos meios de aquisição dos bens custodiados.

ACr 2006.38.09.003084-6/MG

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/09/2007

***Habeas corpus*. Admissibilidade para o exame de tese estritamente jurídica. Paciente que não parou em barreira policial semi-ostensiva. Não caracterização dos crimes de resistência e desobediência.**

O *habeas corpus* é remédio idôneo para examinar tese estritamente jurídica, qual seja, a de que determinada ação descrita na denúncia não constitui crime, ainda que controvertida.

Não caracterização do crime de resistência (art. 329 do CP), uma vez que a denúncia não descreve o elemento normativo do tipo: a violência e a ameaça a servidor público. E não configuração do crime de desobediência (art. 330 do CP), pois não ficou evidenciada a qualidade de servidor público dos agentes policiais, porque parte deles não estavam utilizando vestimenta ostensiva no momento da diligência, que ocorreu às três horas da madrugada.

HC 2007.01.00.026051-4/DF

Rel.: Juiz Federal Leão Aparecido Alves – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/09/2007

Estatística

SETEMBRO/2007

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	41
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	198
Recursos Extraordinários Não-Admitidos (Asret)	179
Recursos Especiais Não-Admitidos (Asret)	438
Despachos Diversos (Asret)	42
Decisões Diversas (Asret)	4
Decisões em Plantão (Asret)	2
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	8
Suspensões de Segurança Indeferidas (Asret)	6
Decisão diversa em Suspensão de Segurança (Asret)	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	8
Agravo Regimental Prejudicado (Asret)	1
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	5
Embargo de Declaração Conhecido (Asret)	1
RE-Eletrônico Encaminhado P/STF via Corec (Asret)	8
RE-Admitido (Sobrestado na Corec) (Asret)	43
Informações por ofício ao STF e STJ (Asret)	49
Despachos Diversos Secju	63
Informação em Mandado de Segurança (Secre)	5
Informações Prestadas à AGU (Secre)	6
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	21
Apostilas (Secre)	8
Atos (Secre)	49
Portarias (Secre)	11
Ofícios (Secre)	85
TOTAL	1.281

Dados fornecidos pela Asret, Secju e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

RESP Admitidos	79
RESP Inadmitidos	152
RE Admitidos	31
RE Inadmitidos	66
Corec com Despachos	6
Corec com Decisão Diversa	6
Cocse com Despachos	89
Acórdãos (Relator)	2

Votos Desempate	6
Voto-Vista	1
Decisões de Plantão	7
Ofício de Informação ao STJ	1
TOTAL	446

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (RESP/RE)	1.183
Remetidos à ASVIP com RESP/RE	372
Remetidos à ASRET com RESP/RE	463
Remetidos ao STF (RE e AG/RE)	66
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	86
Remetidos ao STJ (RESP e AG/RESP)	447
Recebidos do STJ	849
Recebidos do STF	344
Remetidos por Baixa Definitiva	1.358
Remetido ao Arquivo Judicial	118
Sobrestados na Corec	1.174
Agravos Processados	820
TOTAL	7.280

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	226
Recursos Inadmitidos	446
Despachos Diversos	38
TOTAL	710

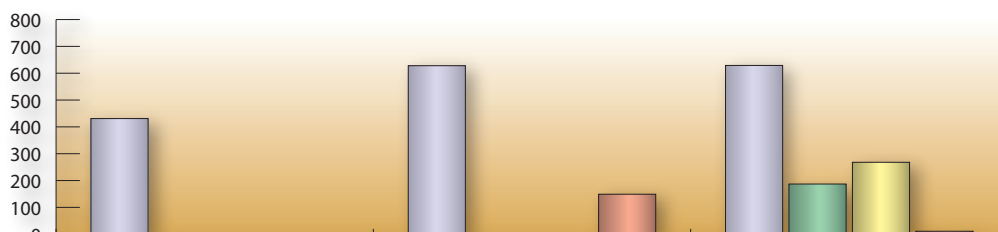
PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	77
Recursos Inadmitidos	248
Despacho Diverso	10
TOTAL	335

Dados fornecidos pela Corec

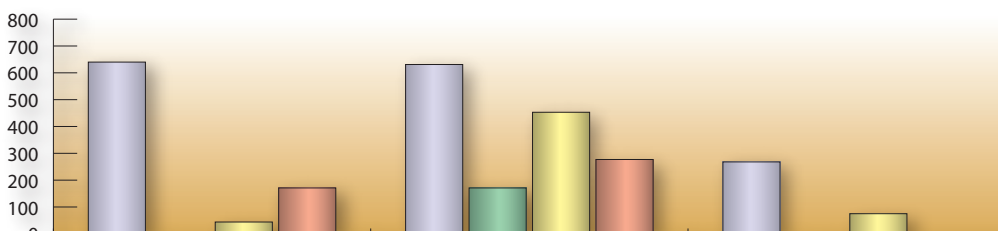
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

1ª Turma



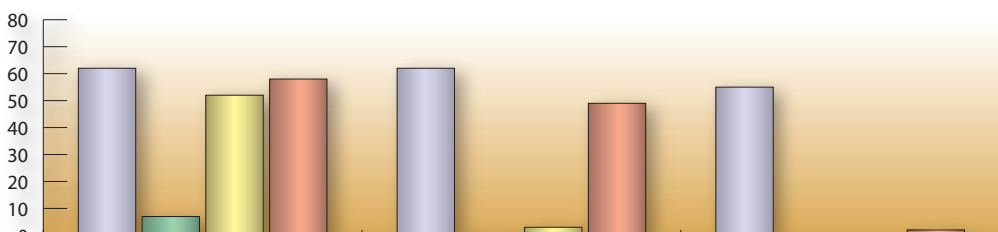
	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Distribuídos	431	628	629
Desp. Term. Publicados		1	187
Julgados			268
Acórdãos Publicados	1	149	11

2ª Turma



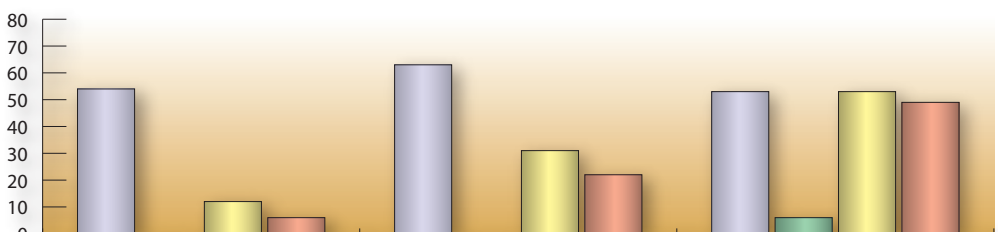
	Carlos Moreira Alves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	640	631	268
Desp. Term. Publicados		171	
Julgados	44	453	75
Acórdãos Publicados	171	277	

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Tourinho Neto	Olindo Menezes
Distribuídos	62	62	55
Desp. Term. Publicados	7	1	
Julgados	52	3	
Acórdãos Publicados	58	49	2

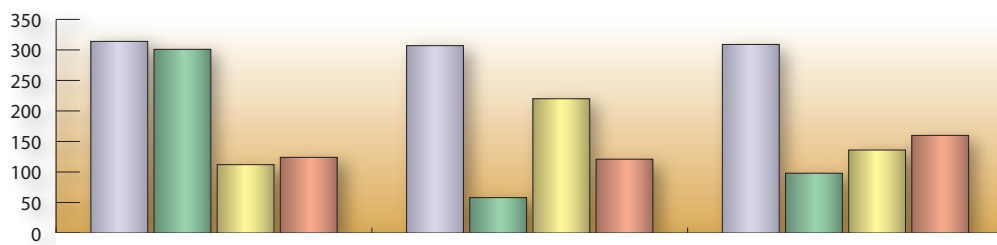
4ª Turma



	Ítalo Fioravanti Sabo Mendes	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz
Distribuídos	54	63	53
Desp. Term. Publicados			6
Julgados	12	31	53
Acórdãos Publicados	6	22	49

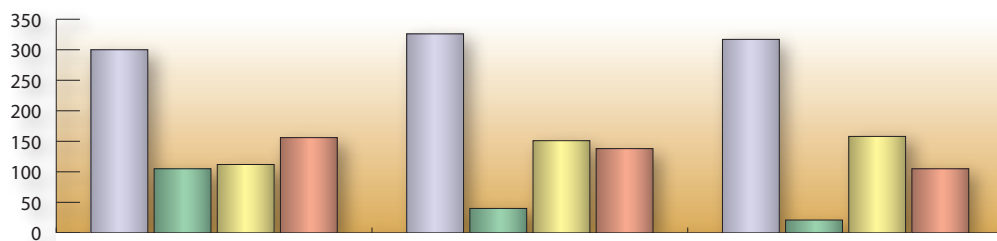
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

5ª Turma



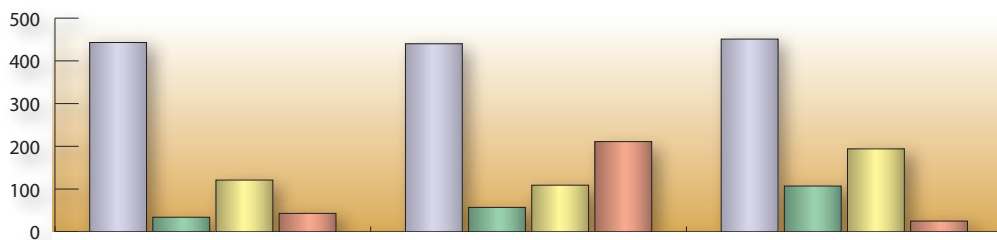
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	314	307	309
Desp. Term. Publicados	301	58	98
Julgados	112	220	136
Acórdãos Publicados	124	121	160

6ª Turma



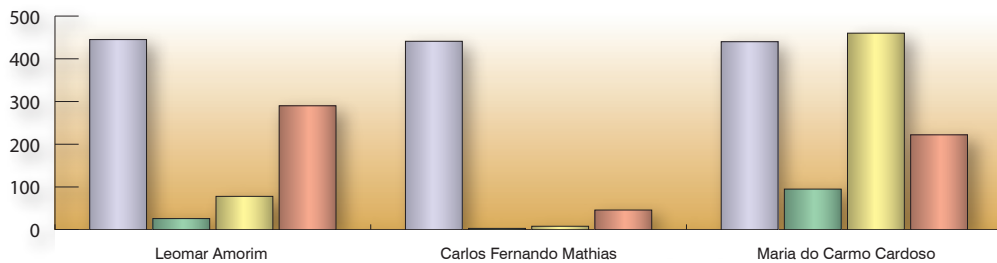
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	300	326	317
Desp. Term. Publicados	105	40	21
Julgados	112	151	158
Acórdãos Publicados	156	138	105

7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	443	440	451
Desp. Term. Publicados	34	57	107
Julgados	121	109	194
Acórdãos Publicados	43	211	25

8ª Turma

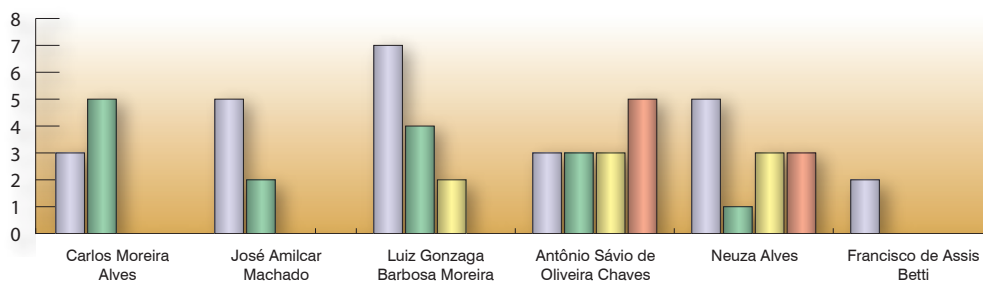


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	445	441	440
Desp. Term. Publicados	26	3	95
Julgados	78	8	460
Acórdãos Publicados	290	46	222

DADOS ESTADÍSTICOS DAS SEÇÕES

1ª Seção

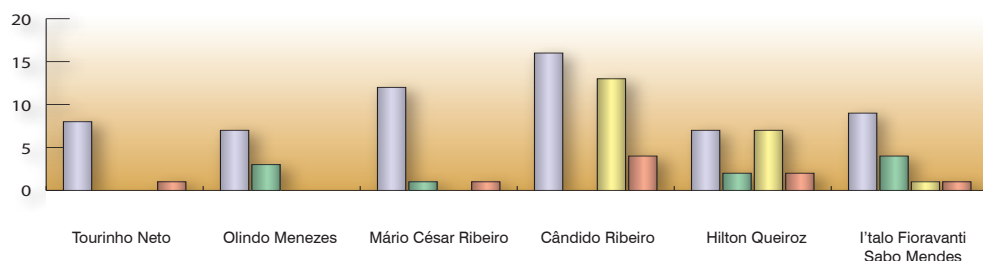
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	3	5	7	3	5	2
Desp. Term. Publicados	5	2	4	3	1	
Julgados			2	3	3	
Acórdãos Publicados				5	3	

2ª Seção

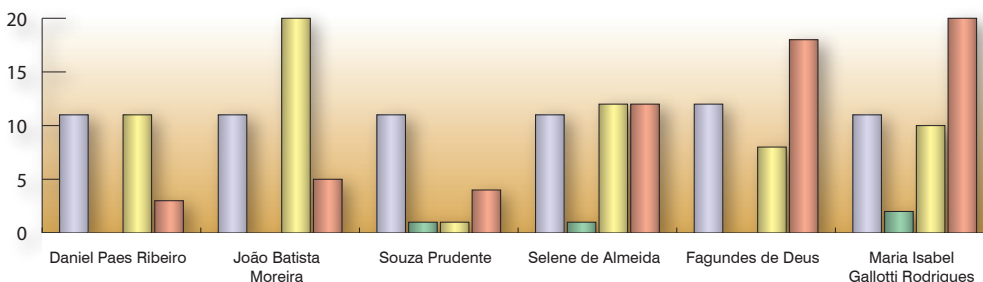
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Tourinho Neto	Olindo Menezes	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	l'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	8	7	12	16	7	9
Desp. Term. Publicados		3	1		2	4
Julgados				13	7	1
Acórdãos Publicados	1		1	4	2	1

3ª Seção

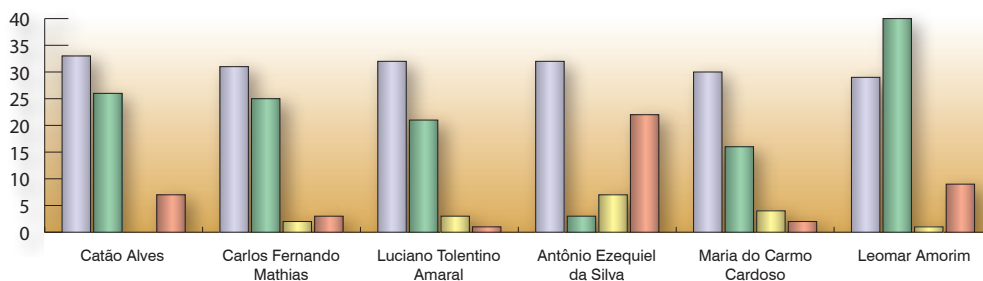
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	11	11	11	11	12	11
Desp. Term. Publicados			1	1		2
Julgados	11	20	1	12	8	10
Acórdãos Publicados	3	5	4	12	18	20

4ª Seção

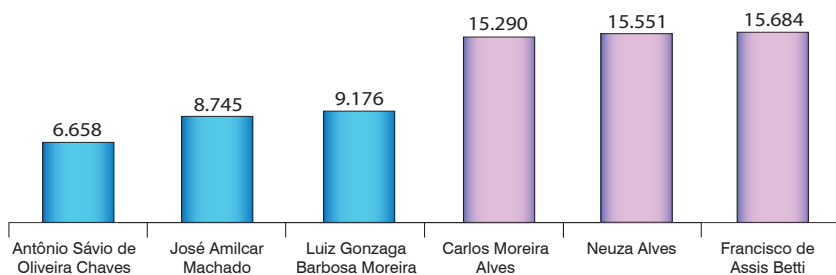
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Antônio Ezequiel da Silva	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	33	31	32	32	30	29
Desp. Term. Publicados	26	25	21	3	16	40
Julgados		2	3	7	4	1
Acórdãos Publicados	7	3	1	22	2	9

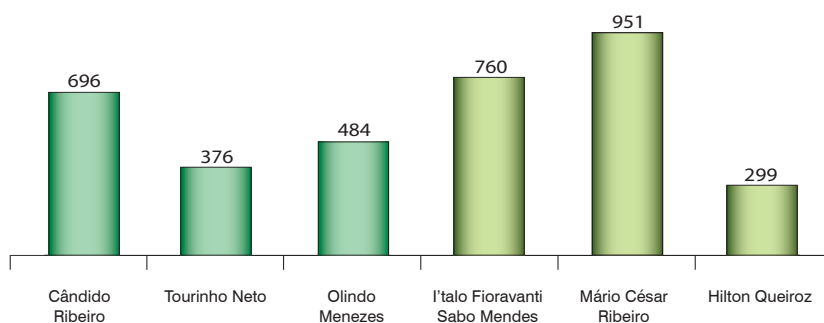
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS



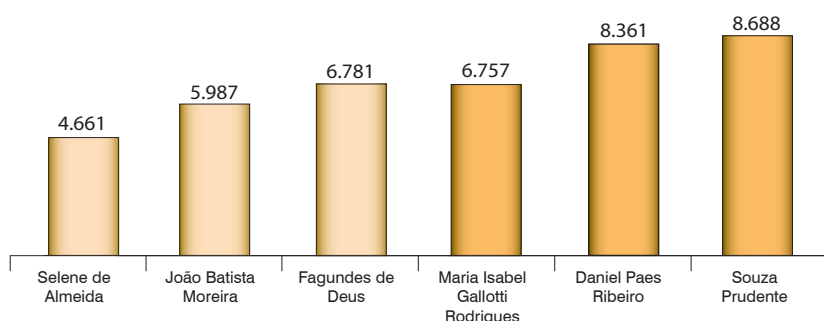
■ 1ª Turma

■ 2ª Turma



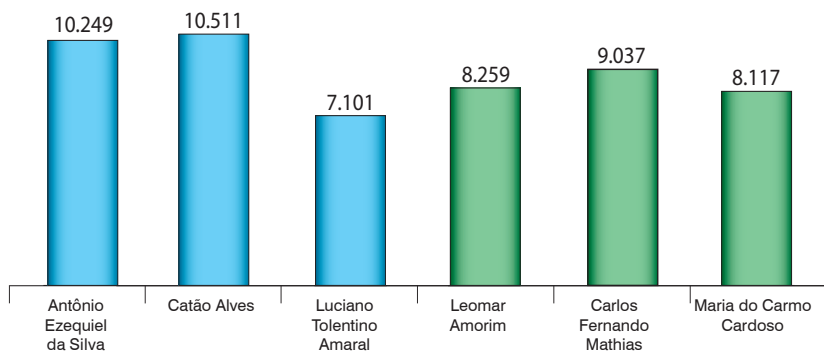
■ 3ª Turma

■ 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.

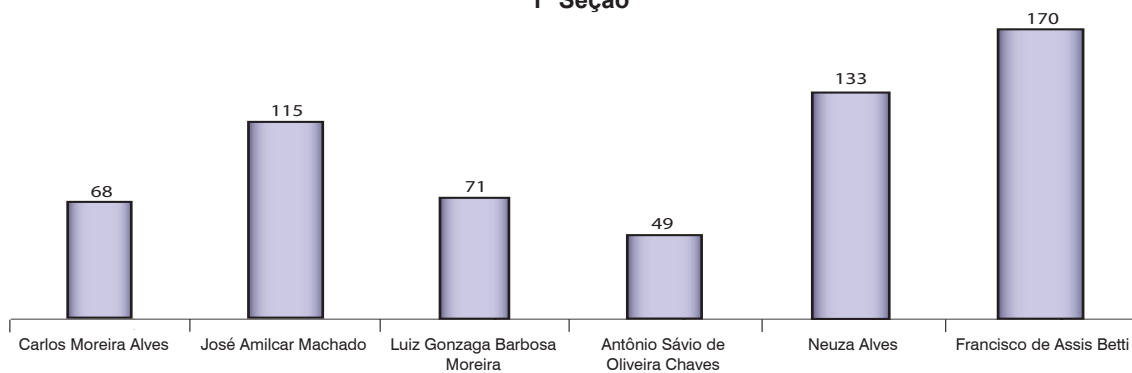
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – matéria penal em geral; II – improbidade administrativa; III – desapropriação direta e indireta.

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.

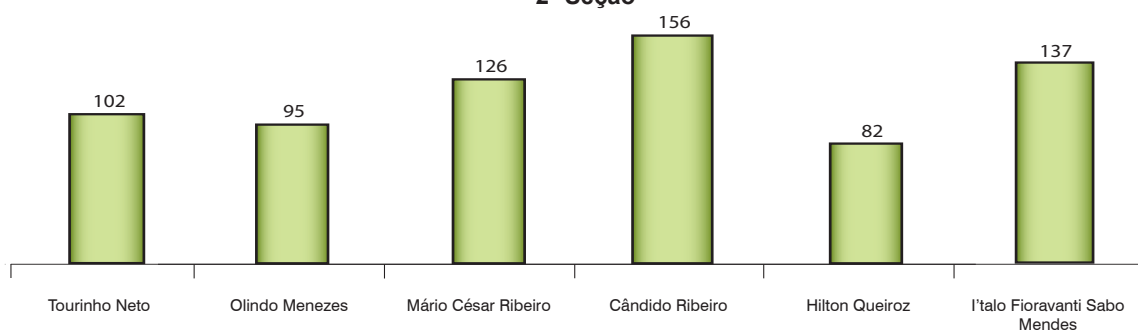
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a: I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições; II – impostos; III – taxas; IV – contribuições de melhoria; V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS; VI – empréstimos compulsórios; VII – preços públicos; VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

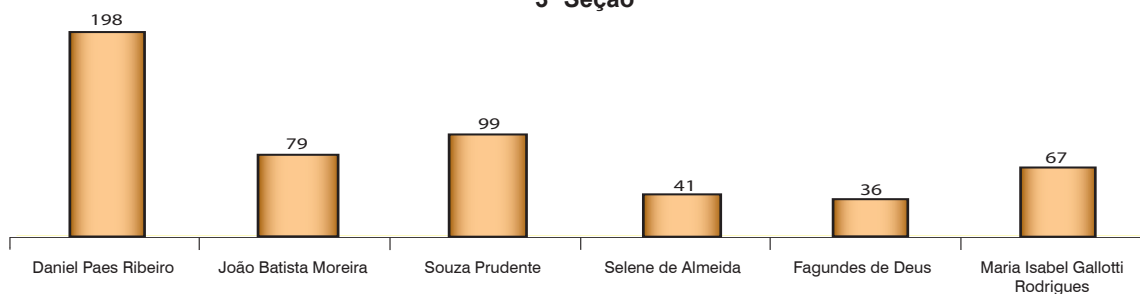
1ª Seção



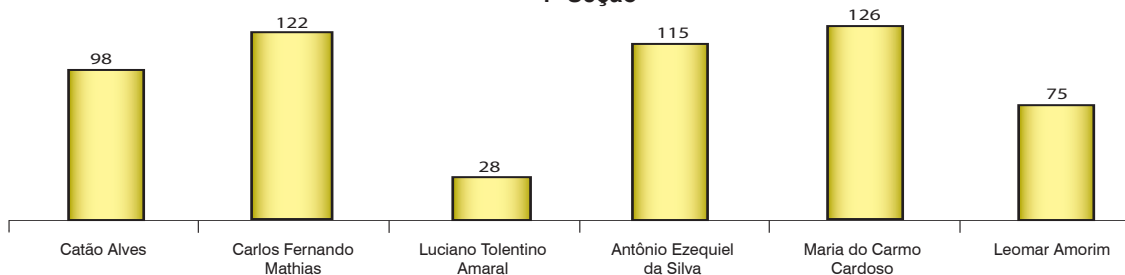
2ª Seção



3ª Seção



4ª Seção



ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	7ª Turma	8	190	132
Antonio Cláudio Macedo da Silva	1ª Seção	1		
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma	4	90	68
Carlos Augusto Pires Brandão	3ª Seção			1
	6ª Turma		67	85
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção			1
	5ª Turma	26	90	128
Cleberon José Rocha	2ª Turma		1	74
Daniele Maranhão Costa	3ª Seção	1		
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma			77
Francisco Renato Condevila Pinheiro	4ª Seção		14	
	7ª Turma	112	88	153
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	50	163	146
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção			1
	1ª Turma		72	228
Ivanir César Ireno Júnior	5ª Turma	1		
Jaiza Maria Pinto Fraxe	2ª Seção		3	2
	3ª Turma	2	34	14
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma		46	48
Klaus Kuschel	4ª Turma	6	30	26
Leão Aparecido Alves	2ª Seção		4	1
	3ª Turma	5	66	39
	3ª Seção			1
	6ª Turma		1	
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma			26
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção			8
	5ª Turma	5	61	
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		43	56
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	32	497	263
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção			1
	6ª Turma	2	34	87

Mônica Neves Aguiar da Silva	1ª Seção	10	10	14
	2ª Turma	38	264	897
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma		23	25
Osmane Antônio dos Santos	4ª Seção		6	6
	8ª Turma	83	422	321
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		1	1
	7ª Turma	67	134	304
Roberto Carvalho Veloso	4ª Seção		6	
	8ª Turma	25	302	1
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	3		3
	4ª Turma	3	48	82
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção			1
	3ª Turma			6
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção		20	19
	1ª Turma	80	420	251
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		22	18

Foram distribuídos para a Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva 3 processos na 1ª Seção e 359 na 2ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Carlos Olavo	4ª Turma			1
Jirair Aram Meguerian	2ª Turma			1
Tourinho Neto	4ª Seção		1	
Antônio Sávio de Oliveira Chaves	2ª Turma			1

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Editora Portal Jurídico Ltda.: *CD-Rom* Gazeta Juris;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB.

*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.

