

# Sumário

## Apresentação

Des. Federal Carlos Fernando Mathias

## Depoimento

Professor Almiro do Couto e Silva

## Artigos Doutrinários

### **Pontes de Miranda, um Metafísico que se Ignora**

Professor Miguel Reale

### **Problemática da Justiça**

Professor Miguel Reale

### **Do Processo contra o Presidente da República por Crime de Responsabilidade**

Professor Miguel Reale

Professor Miguel Reale Júnior

### **A Interpretação Jurídica segundo O Código Civil**

Professor Francisco Amaral

### **O Culturalismo Jurídico e a Teoria Tridimensional de Reale**

Des. Federal Carlos Fernando Mathias

### **Miguel Reale**

Professor Roberto Rosas

## Acórdãos – Inteiros Teores

### **Corte Especial – Suspensão de segurança. Grave lesão à ordem pública. Não-configuração**

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Tourinho Neto

AgRegSS 2005.01.00.074064-4/DF

### **1ª Seção – Ação rescisória. Pensão por morte. Acumulação indevida**

Rel.: Juiz Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

AR 2003.01.00.002544-5/MG

---

**2ª Seção – Prisão provisória. Permanência de aparelho de rádio no interior da cela. Proibição**

Rel.: Des. Federal Carlos Olavo

MS 2005.01.00.068012-8/GO

**3ª Seção – Conflito negativo de competência. Ação cautelar preparatória de ação revisional**

Rel.: Juiz Marcelo Albernaz (convocado)

CC 2004.01.00.018261-2/DF

**4ª Seção – Conflito negativo de competência. Criação e instalação de novas varas**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

CC 2006.01.00.008026-4/GO

**1ª Turma – Erro médico. Indenização. Responsabilidade**

Rel.: Juiz Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

AC 2000.01.00.092479-0/MG

**2ª Turma – Execução fundada em título judicial. Unicidade do processo**

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

AC 2003.01.99.002700-6/MG

**3ª Turma – HC. Concessão de ofício pelo juiz, para trancar ação penal por ele presidida. Impossibilidade**

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

REOHC 2004.30.00.001557-0/AC

**4ª Turma – Ação de improbidade. Enriquecimento ilícito. Perda do cargo público. Impossibilidade**

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz

AC 2001.30.00.001984-3/AC

**5ª Turma – FGTS. Saque por advogados indiretamente contratados por associação de servidores. Quebra da confiança. Responsabilidade da associação**

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

AC 2001.01.00.012200-6/MG

**6ª Turma – Ação civil pública. Tratamento de saúde e fornecimento de remédios. Legitimidade**

Rel.: Juiz Leão Aparecido Alves (convocado)

Ag 2005.01.00.019973-0/MT

---

### **7ª Turma – Execução de título judicial condenatório (Crédito-Prêmio IPI). Substituição do cedente pelo cessionário**

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Ag 2004.01.00.007420-1/DF

### **8ª Turma – Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia. Antecipação do recebimento da verba por força de acordo trabalhista**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

AC 2002.38.00.039195-7/MG

## **Decisão Monocrática**

### **Ag 2006.01.00.007606-9/DF**

Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust. Suspensão da exigibilidade da contribuição.

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

## **Breviário**

### **Confira outros assuntos relevantes julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br))**

Desapropriação. Ação cautelar de atentado.

Concurso público. Correção de prova discursiva.

Execução fiscal. Fraude à execução.

Improbidade administrativa. Não-caracterização.

Juntada de documentos após o ajuizamento da demanda. Possibilidade.

Responsabilidade objetiva do Estado. Curso de mestrado.

## **JEF's em Revista**

### **Turma Recursal/DF – Expurgos inflacionários. Litisconsórcio facultativo**

Rel.: Juiz Itagiba Catta Preta Neto

Ag 2004.34.00.707619-2/DF

### **Turma Recursal/MG – Decisão monocrática que nega seguimento a agravo de instrumento. Indeferimento da inicial**

Rel.: Juíza Vânia Cardoso André de Moraes

MS 2005.38.00.739622-4/MG

---

**Benefício assistencial. Portador de deficiência. Vida independente**

Rel.: Juíza Sônia Diniz Viana

Rec 2005.38.00.726146-3/MG

**Monografia****Lavagem de Dinheiro e Remessa Ilegal de Divisas: o Papel do Poder Judiciário na Repatriação de Ativos**

Mário Pimentel Albuquerque

**Os Livros dos Juízes****Repositórios Oficiais de Jurisprudência****Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista**

# Apresentação

**Apresentação**

Mestre Reale, adeus.

Nas línguas latinas, a mais sublime das palavras, para despedida, remete ao Criador os que partem.

Assim, em português, adeus (a Deus); em castelhano, adios (a Dios); em romeno adio (a Dio); em francês adieu (a Dieu), e, em italiano addio (a (d) Dio).

Nenhuma recomendação melhor a Mestre Reale, quando vai ele para outra morada. Sua obra, suas lições, suas teorias, seu saber, enfim, sua presença viva em diversos campos de atuação ficarão para sempre, eis que Mestre Miguel Reale estará sempre presente na ação de seus discípulos, nas universidades, nas decisões judiciais, como expoente da cultura jurídica brasileira e como o mais universal dos juristas e dos jusfilósofos, nascidos na Terra de Santa Cruz.

Se o Código Civil de 2002, fruto de sua coordenação e em grande parte do seu gênio é um legado, que deixa ao País uma “constituição do homem comum” à altura do século XXI, sua Teoria Tridimensional do Direito revelou ao mundo um dos maiores pensadores do século XX.

Mestre Reale só não estará mais, fisicamente, entre nós.

Em paráfrase a Shakespeare (como no ato final de Hamlet) seria o caso de dizer-se “Boa noite doce príncipe” (sim, ele foi (ele é) o *primus inter pares*). Mais do que isso, dizer-se, “Boa noite ou adeus, doce Mestre”.

“Eis que agora pára teu nobre coração.

E que os anjos cantem a ti, acompanhando teu repouso”.

O Diretor

## Depoimento

### Queridos amigos Miguel e Judith,

Estou enviando para vocês, com a expressão do meu pesar, um abraço de solidariedade, em razão da morte do Prof. Miguel Reale. Desde que soube da notícia, começaram a passar, na minha memória, cenas dos momentos em que com ele convivi ou dos instantes em que, lendo alguma de suas obras, ou ouvindo alguma de suas conferências, maravilhava-me com a originalidade e a profundidade do seu pensamento, sempre desenvolvido com elegância e rigor lógico.

Conheci pessoalmente o Prof. Reale em casa do Clóvis<sup>1</sup>, meu irmão, em dia de festa. Era um aniversário, talvez do Clóvis, pois, a certa altura, depois do nosso “parabéns a você”, cantou-se, em polonês, o “viva cem anos”, como nessas ocasiões faziam habitualmente os Gardolinski, comandados pela D.<sup>a</sup> Zênia, sogra do Clóvis, cumprindo os ritos de sua pátria de origem. O que a todos espantou é que o Prof. Reale também logo se juntasse ao coro, entoando a canção polonesa com alegre entusiasmo, sem nenhum tropeço na música e na letra, conforme o autorizado testemunho dos Gardolinski. Explicou, depois, que tinha, se não me engano, um cunhado polonês, em casa de quem aprendera o “viva cem anos”. Neste mesmo dia confidenciou, na roda em que estávamos, que elaborava um *fettucine al triplo burro* inexcelável.

Para mim, que aprendera a admirar o Prof. Reale no austero ambiente da Faculdade, pelas suas lições sobre Filosofia do Direito, essas pequenas mas significativas notas de simplicidade que marcavam sua maneira de ser acrescentaram à imagem abstrata que tinha do grande pensador os traços que me permitiram compreendê-lo e estimá-lo, com enorme simpatia, na inteireza de sua dimensão humana.

Em 1962, quando estudei na Alemanha, fiquei muito ligado ao Prof. Gerardo Broggin, professor de Direito Romano em Heidelberg. Um dia, conversando com ele, disse-me que o único jurista brasileiro que conhecia era Miguel Reale e que o havia citado em artigo publicado na Revista da Fundação Savigny, que é, como se sabe, uma das mais importantes revistas de Direito Romano existentes no mundo.

Naquela época ia aceso o debate sobre metodologia jurídica levantado pelas obras de Esser, Larenz e Viehweg, em que as noções de fato e valor, depois de longo período de predominância do normativo kelseniano, passavam a ter vigoroso realce. É nesse contexto que Broggin citava o Prof. Reale, na edição italiana de sua Filosofia do Direito, destacando a importância e a atualidade da Teoria Tridimensional do Direito. Referi esse fato, tempos depois, ao Prof. Reale, que me pediu se poderia enviar-lhe uma cópia do Prof. Broggin, na parte em que constava a citação da sua obra, o que fiz prontamente.

Em 1972, por indicação do meu amigo Prof. João Leitão de Abreu, de quem tenho imensa saudade, fui nomeado – em substituição a José Carlos Moreira Alves, que assumira o cargo de Procurador-Geral da República – Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, a que estava vinculada a Comissão de Elaboração do Anteprojeto do novo Código Civil, presidida pelo Prof. Miguel Reale.

Nas reuniões da Comissão do Código Civil realizadas em Brasília, a que compareci, pude verificar que as tarefas exercidas pelo Prof. Reale, como Presidente, iam muito além da direção dos trabalhos. Não só ele se preocupava com a harmonização das diversas partes que iriam formar o futuro Código num todo coerente, unido por sólido fio condutor, como ainda discutia pontos e questões específicas, revelando que, ao lado do mundialmente famoso filósofo do Direito, do historiador do Direito, do experimentado e culto administrativista, autor de um pequeno livro que é um dos grandes clássicos do nosso Direito Administrativo, *Revogação e anulamento dos atos administrativos*, existia ainda um civilista de vastos e profundos recursos. Quer dizer, o Prof. Reale, antes de mais nada, era um jurista no mais dilatado e amplo sentido que essa palavra possa ter.

Por ocasião das *Journées de la Société de Législation Comparée*, realizada em Porto Alegre, em 1989, com a participação da nata da cultura jurídica francesa, coube ao Prof. Reale proferir a conferência de abertura daquele encontro científico, versando o tema da *Revolução Francesa e o Código Civil*. Sem agravo aos demais participantes do evento, creio que nenhuma outra conferência e nenhum outro pronunciamento então feitos revestiu-se do brilho da exposição do Prof. Reale.

Essas mesmas altas qualidades do seu talento privilegiado exibiu na alocução que fez, de improviso, há poucos anos, quando recebeu o título de Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Numa das últimas vezes em que conversei com o Prof. Reale, já não me recordo mais nem onde nem quando, falava-me ele sobre a Umbria, o “coração verde da Itália”, que eu deveria conhecer e, se lá fosse, não deixasse de visitar Gubbio, a mais medieval das cidades italianas. No ano passado, lembrei-me dessa recomendação. Viajei, deslumbrado, pela Umbria e fui a Gubbio. Andei por suas ruelas, subi e desci suas ladeiras, contemplei as pedras antigas dos seus palácios, respirei o ar de um tempo perdido, pesado, sombrio, que envolvia a cidade e a cobria de solene beleza. Devo essas horas de elevação do espírito e de íntima satisfação ao Prof. Reale.

Sei que o relato desses trechos de vida que fui aqui recortando em curtas impressões e nos quais os meus caminhos de algum modo se cruzaram com os do Prof. Reale nada acrescenta ao afeto, respeito e admiração que vocês têm pela grande figura humana, pelo grande mestre e, sobretudo, pelo grande pai e sogro que agora perderam.

Foi esta, entretanto, a forma que encontrei para modestamente homenageá-lo e para transmitir a vocês os meus mais sinceros sentimentos, nesses dias tristes. Berenice está aqui a meu lado e envia também seu abraço carinhoso a vocês.

Almiro<sup>2</sup>.

---

#### Notas

<sup>1</sup> Refere-se ao Prof. Clóvis do Couto e Silva (seu irmão), que integrou a Comissão que elaborou o novo Código Civil.

<sup>2</sup> Almiro do Couto e Silva, professor titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

---

# Artigos Doutrinários

## Pontes de Miranda, um Metafísico que se Ignora\*

Miguel Reale\*\*

---

\* Discurso de saudação a Pontes de Miranda ao ser recebido na Academia Brasileira de Letras no dia 15 de maio de 1979.

\*\* Professor catedrático emérito da Universidade de São Paulo.

## As letras jurídicas

Há cidades que são como as criaturas humanas, das quais só guardamos alguns traços essenciais. De umas lembramos mais as linhas projetantes de uma catedral, a imponência de uma praça, um teatro que a outros serviu de modelo, um jardim de canteiros simétricos ou, então, um grupo de crianças álares expandindo saúde em seus trajes tradicionais; de outras cidades o que nos resta na memória é apenas uma visão de conjunto, a composição aparentemente arbitraria ou intencionalmente racionalizada de suas vias públicas, ou de sua dominante arquitetura. Segundo nossos pendores afetivos ou culturais, a cada localidade fazemos corresponder um símbolo que nem sempre coincide com aquele que seus habitantes vaidosamente ostentam.

De Bolonha, a douta, o que mais me impressionou não foram as suas arcadas conventuais, nem a vetusta universidade, onde nós brasileiros apontamos, orgulhosos, entre os brasões dos reitores que lhe ornaram os capitéis, grandes nomes da linhagem lusitana ou hispânica, raízes de Coimbra e Salamanca. Nem mesmo domina o campo de minhas lembranças a torre inclinada dos Garisendi, de cujas bases contemplei a passagem das nuvens para reviver a aflição de Dante sentindo pender sobre ele e Virgílio o vulto aterrador do gigante Anteu para os transferir à última plataforma do Inferno:

Qual pare a riguardar la Garisenda  
sotto i chinato, quando un nuvol vada  
sovr'essa, sì che ella incontro penda.  
(*Divina Commedia*, Inf., XXXI, 136).

Da cidade natal dos pintores Caracci e Domenichino e dos físicos Galvani e Marconi, o que mais se fixou em meu espírito com sinais indeléveis – vede como têm força os *idola tribus!* – foram as capelas ou arcas erigidas para lembrar juristas da Escola de Bolonha, a qual, a partir do século XI, reconstruiu amorosamente as lições do Direito Romano hauridas nas matrizes do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Felizes tempos aqueles em que o povo eternizava na praça pública figuras de jurisconsultos, ao lado de santos e de heróis! É que a humanidade, na sua constante aspiração de liberdade e igualdade, sentia que glosadores medievais, como Irnério, Accursio e Odofredo, estavam lançando as bases de uma nova ordem social, legítima porque fundada na constante tentativa de realizar o justo. Foi na mesma época que da alma popular brotaram os cantares dos trovadores, intérpretes espontâneos de sua gente, preparando a emergência das línguas novilatinas, flores do Lácio ainda incultas, mas destinadas a resplandecer na poesia lírica de Petrarca, nas églogas de Garcilaso de la Vega, nos ensaios de Montaigne, ou na epopéia de Camões.

Perdoai, senhores, se, com certo artifício de bacharel, estou reivindicando para as letras jurídicas, não os puros valores estéticos dos poemas ou dos romances, mas apenas a humilde função dos alicerces que somente existem para bem servir. Nem seria por outra razão que as portas desta Academia se abrem, periodicamente, para acolher juristas, desde os fundadores, como Clóvis Bevilacqua, até Pontes de Miranda, que hoje festivamente recebemos, passando por uma plêiade tão grande de diplomados em leis, cujos valores se projetaram nas mais diferentes manifestações do espírito, que incorrem em graves erros e lacunas aqueles que pretendem escrever a história da cultura brasileira fazendo abstração de nossas Faculdades de Direito tradicionais.

### Dois amigos

A Hermes Lima, cultor de Ciência Política e do Direito, sociólogo e ensaísta de excelsos méritos, ligam-me linhas afetivas que remontam à minha juventude, quando, entre surpreso e arrogante, ainda nos bancos da Faculdade de Direito de São Paulo, dele recebia o convite para lecionar Latim e Literatura Latina, talvez no primeiro curso destinado a preparar jovens para exames vestibulares. Foram três anos de convívio, ao lado de Alfredo Ellis, o historiador e antropogeógrafo, três anos em que mais aprendi do que ensinei. Aprendi com Hermes Lima a arte de não ostentar ciência como condição essencial à sabedoria; dele recebi o sereno contemplar dos fatos e dos homens, com aquele seu sorriso aberto que era como que uma ponte estendida à compreensão.

Quando inesperadamente nos deixou, foi parte de minha existência que partiu com ele, como bem o soubestes retratar, senhor Pontes Miranda, nos belos versos em que confidenciais:

À medida que os anos passam, cresce alteando-se, junto a nós, como um suave abrigo, num obscurecer de céus em que anoitece, aquele algo de nós que morre em cada amigo. (*Obras literárias*, Rio de Janeiro, 1960, p. 471)

A um amigo sucede outro amigo; a um jurista, outro jurista. Nossa amizade, senhor Pontes Miranda, é quase tão antiga, pois mesmo antes de contarmos com a vossa prestigiosa presença em São Paulo, no 1º Congresso Internacional de Filosofia realizado no Brasil, como parte das comemorações do IV Centenário da cidade, já compartilhara dos valores de vosso espírito, desde os aforismos da “Sabedoria dos Instintos” e da “Sabedoria da Inteligência”, até ao monumental edifício jurídico que viestes construindo, pedra por pedra, livro sobre livro, com tal dedicação e desvelo que por certo vos cabem, mais do que a qualquer outro, os versos de Castro Alves, o patrono de vossa Cadeira:

Quando ante Deus vos mostrardes  
Tereis um livro na mão:  
O livro – esse audaz guerreiro  
Que conquista o mundo inteiro  
Sem nunca ter Waterloo  
(Espumas Flutuantes, *in Obras Completas*, Rio de Janeiro, 1921, v. I,  
p. 310).

## As convicções do século XIX

Quem, ao dedicar-se à Jurisprudência, desde a década dos vinte, não encontrou em vossos livros manancial inexaurível de doutrina, abrindo caminhos insuspeitados à experiência jurídica ou política de nossa pátria?

Ainda há pouco tempo, convidado por Mario Rotondi, o venerando mestre da Universidade de Pádua, para traçar o panorama da Ciência Jurídica brasileira nos últimos cem anos, tive a oportunidade de assinalar a vossa decisiva presença em quase todos os quadrantes do Direito. Não creio seja esta ocasião adequada para analisar quanto contribuístes para a renovação de nosso saber jurídico, bastando salientar que, se com a obra clássica sobre o *Habeas Corpus* soubestes dar consciência dogmática à defesa dos direitos fundamentais do homem, com as demais colocastes nossa cultura jurídica no mais avançado posto da tradição do Ocidente, desde os domínios do Direito Constitucional aos do Processual, do Civil ao Mercantil, do Internacional Público ao Privado.

A mim, particularmente, logo no início de meus estudos, já tocado pelo sortilégio da Filosofia, o que mais me seduziram foram os vossos livros *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, *Introdução à Sociologia Geral* e *Introdução à Política Científica*.

Mal saídos de uma Conflagração Universal, que iria pôr fim a todo um ciclo de cultura fundada em desmedida crença na capacidade criadora dos indivíduos e nos poderes demiurgos da ciência, ainda continuamos, por algum tempo, tanto no Brasil como no resto do mundo, alimentando a ilusão de podermos manter intocáveis os antigos ídolos que haviam encantado as gerações de Spencer e de Renan. As épocas históricas são dominadas por natural força de inércia, e, mesmo quando o tufão das guerras e das revoluções varre a face da Terra, custa a se recompor, segundo novos lineamentos, a realidade abalada pelos cataclismos sociais que, inesperadamente, cavam brechas e abismos na convivência humana.

Mesmo em tais crises de estrutura, por mais que lancemos olhares perscrutadores e angustiados, tentando romper os mistérios do futuro, jamais nos libertamos das raízes que nos vinculam ao passado. Somos, queiramos ou não, como o

presentiu o gênio de Nietzsche, os eternos portadores do cadáver de nós mesmos ao cimo da montanha, o cadáver das velhas crenças que formam parte essencial de nosso ser, de sentimentos arraigados que pesam como capa de chumbo embaraçando a compreensão dos novos tempos.

Destarte, como seria possível não compreender o sentido da obra que escrevestes por ocasião do primeiro centenário da Independência do Brasil, quando fomos naturalmente levados a fazer o balanço de nosso passado, em visão de futuro? Não foi por acaso que o ano crucial de 1922 acusou um saldo, à primeira vista mingüado, mas do mais alto alcance nos planos político e artístico, com os movimentos da Semana de Arte Moderna e do Tenentismo, duas formas distintas mas convergentes de descobrir Brasil. Não podemos olvidar que é também do mesmo ano o vosso *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, destinado a rasgar novos horizontes à vida jurídica nacional, o que demonstra a sincrônica solidariedade dos valores em cada ciclo cultural.

Focalizada a essa luz, sem o anacronismo perigoso de projetar para o passado as perspectivas do presente, a vossa obra maior de 1922 oferecia à meditação brasileira admirável panorama da cultura jurídica do século XIX, a qual, na realidade, só começa a perder substância a partir da Primeira Guerra Mundial.

Se é certo que ainda vos mantíneis apegado a verdades consideradas definitivas, mas que hoje sabemos também relativas e provisórias, tais como a da universalidade do princípio de causalidade ou o primado do método indutivo; se ainda vos fascinava a idéia do progresso ilimitado, baseado nas leis científicas de pretensa objetividade isenta e transpessoal, já era um grande passo reconhecerdes o caráter estatístico das leis e a lacunosidade dos ordenados legais, reivindicando mais autonomia aos juízes no ato de julgar, como condição de justiça concreta.

Fostes, com efeito, o primeiro a empunhar, no Brasil, a bandeira da *Livre Investigação do Direito*, desde que lastreada em adequados conhecimentos sociológicos; e o fizestes com o entusiasmo que animou a geração que assistia ao declínio da *Belle Époque*, reclamando a supremacia dos fatos sociais perante a presumível plenitude hermética dos códigos.

Filho da “Escola de Recife”, como com acuidade o advertiu Clovis Bevilacqua, comungastes com Tobias Barreto em veneração talvez desmedida pela cultura germânica. Era com incontida alegria de descobridor de novas plagas que fazíeis a enumeração das novas teorias que deveriam nortear o Direito, dando valor de “princípios”, equiparáveis aos das ciências naturais, às diretrizes traçadas por von Büllow, Zitelmann ou Sternberg, princípios esses aos quais vossos discípulos acrescentaram, depois, com igual deslumbramento, aureolando-os com o

vosso nome, outros mais, como o do “espaço social”, da “integração dos círculos sociais” ou da “diminuição do *quantum* despótico”.

Seria enlearnos numa crítica externa infecunda lembrar que a Teoria do Conhecimento, em nossos dias, já superou asserções ilusórias do cientificismo oitocentista, mostrando quão relativa é a objetividade das chamadas ciências exatas, e que, bem longe das certezas inabaláveis, o que caracteriza o saber científico é o reconhecimento de sua constante refutabilidade crítica, através de renovadas tentativas e testes experienciais.

Verdade é, porém, que, se vos empolgavam os triunfos das ciências positivas, tivestes o mérito de não vos deixar seduzir pelas soluções unilaterais ou monocórdicas que erigiam, ora a Física, ora a Matemática, ora a Biologia, em modelo exclusivo da Realidade, talvez porque o hábito da Jurisprudência nos leva, a nós juristas, a uma compreensão unitária e orgânica da vida e do mundo.

### O desafio da realidade

A *Realidade*, palavra que significativamente sempre grafais com maiúscula, foi e talvez continue sendo o vosso tormento, a esfinge que vos devora, ou, consoante vossas próprias palavras, “a sibila de matéria e de espaço”.

Espírito essencialmente positivo, vinculado ao mundo da causalidade e do factual, nem por isto vos contentais com a fácil redução do real à trama tentadora das aparências ou de meros símbolos lingüísticos. Se tudo são relações, não vos iludis confundindo o que nossos sentidos nos oferecem como o *Real em si*. Eis uma afirmação que a alguns parecerá estranha, sobretudo a quantos vos apresentam como adepto ortodoxo do neopositivismo, para qual seriam desprovidas de sentido, porque não suscetíveis de verificação analítica ou empírica, todas as asserções de natureza metafísica sobre o *ser em si*, ou os valores fundantes da Ética.

Ainda agora, ao rever vossas obras principais, desde os escritos da juventude até aos mais recentes pronunciamentos, vi confirmado o vosso persistente reconhecimento de que a rede objetiva das relações, tanto no mundo físico como no mundo moral, submetidos ambos às mesmas leis universais, não exclui, mas, antes, exige a *existência* (o termo é vosso) de *algo* que se furta e se furtará sempre à nossa capacidade cognoscitiva.

De *Sabedoria da Inteligência* destaco alguns tópicos elucidativos desse vosso realismo fundamental, cujo pressuposto é o “ser em si” que recua à medida que a ciência avança, sem que jamais logre decifrá-lo por inteiro: “As relações são reais. Não há realidade que não sejam relações”. (...) “Por mais relativistas que sejamos,

não devemos e não podemos excluir a coisa em si” (...). “Ninguém jamais viu o fundo dos vulcões, mas ele existe”(....) como “existe a coisa em si”(....). “No final todos têm razão: cantorianos e pragmatistas, idealistas e empiristas, o monismo e o pluralismo, porque o *mistério das coisas é o uno no múltiplo*”, e, finalmente: “a Metafísica toca com as suas mãos imensas, com seus milhares de tentáculos, toda a periferia do objeto: a sua afirmação é toda a *esfera* da verdade. Mas não *penetra* a coisa: os dedos só sentem a superfície, o que está fora ou o que a Ciência, para ver, dissociou e discerniu” (*Obras literárias, cit.*, p. 148, 151, 152, 156, e 163).

Os mesmos ensinamentos, com mais rigor técnico, vêmo-los repetidos em *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, onde reiterais que “não há dúvida que é impossível elidir a coisa em si”. No vosso entender, “o terror e a hostilidade à coisa em si é em grande parte o apego à crença vulgar, ao dualismo do senso comum, criador da epistemologia conservadora”. Como se vê, o monismo científico, em virtude de sua pluralidade imanente, não vos leva a repelir, como destituído de sentido, problema da “face oculta do Real”. Com base no princípio do “plúrimo no uno” a concepção unitária do cosmos não exclui, como se vê, mas antes postula o “ser em si”, como tema de inevitável Ontologia. (*Op. cit.*, v. I, p. 6, nota 1, e 121 e ss.).

Dir-se-á que, com o volver dos anos, abandonastes essas teses que, *mutatis mutandis*, seriam redutíveis às do “realismo crítico” que, conscientemente ou não, está implícito em todas as investigações do empiriocriticismo de Mach, Cornelius e Avenarius, os autores mais presentes em vossas páginas filosóficas da década dos 20, mas não é o que acontece.

Se lermos, com efeito, com a devida atenção, a monografia que, consoante consta do Prefácio, sentistes a necessidade de escrever, em 1937, *O Problema Fundamental do Conhecimento*, fácil é perceber que, ao contrário de afirmações correntes, aceitastes com reservas as afirmações que brotavam do “Círculo de Viena”, com Wittgenstein, Schlick e Carnap à frente, bem como os ensinamentos de Bertrand Russell e seus continuadores.

Fácil é compreender o vosso entusiasmo quando após o eclipse de mais de vinte anos, durante o qual haviam predominado as idéias intuicionistas de Bergson ou do pragmatismo anglo-americano, podíeis ver jorrar, novamente, das fontes vivas da experiência um novo fervor em prol de teses tão caras ao vosso espírito, quanto à necessidade de um pensamento essencialmente vinculado às ciências empíricopositivas ou confundido com as ciências mesmas!

Quero aqui sublinhar, antes de mais nada, a modernidade dos conhecimentos revelados nas pesquisas gnoseológicas, que então realizastes ao nível das mais recentes e decisivas disputas em curso na Europa ou na América do Norte, desde

as investigações fenomenológicas de Husserl até as contribuições da Nova Lógica ou da Teoria da Linguagem. Não incorrestes, em suma, no equívoco de tomar nuvem por Juno, enamorando-vos por figuras secundárias como a de Ludwig Noiré, que fora o encanto e o pecado de Tobias Barreto, mas soubestes assumir posição própria perante o que havia de mais representativo nos debates epistemológicos de vosso tempo. É esse um traço que merece assinalado em vossa produção científica: a atualidade da informação essencial, quer se trate de Filosofia, de Política, de Sociologia ou de Direito, orientação que passou a predominar cada vez mais na cultura brasileira, corrigindo-se aquele vazio de gerações a que se referia Silvio Romero, quando anunciávamos como novidades de última hora teorias já superadas, há muito tempo, em suas fontes inspiradoras...

Volvendo, porém, à linha central de vosso pensamento; se a vossa Teoria Fundamental do Conhecimento, entendida como Teoria da Ciência, assume certo ar de auto-suficiência, sob as vestes modernas da linguagem neopositivista, não vos deixastes, no entanto, seduzir pelo “fisicalismo” do primeiro Carnap, assim como vos pareceu que no logicismo de Schlich se ocultavam resquícios de idealismo: antecipando-vos, de certa forma, a mais atuais posições neopositivistas, continuastes fiel às linhas de um realismo crítico assente em novas bases. Chegastes mesmo a reclamar uma nova Ontologia, não como teoria clássica do Ser, mas como estudo das estruturas do Real, muito embora reconhecendo a inviabilidade de penetrar-lhe a natureza íntima (*Op. cit.*, p. 41, nota e p. 49). Poder-se-ia afirmar que o que vos separa dos analistas da linguagem ou do logicismo matemático, cujos altos méritos a todo instante proclamais, é, em sua, a vossa convicção de que não podemos conceber relações que não sejam *relações reais*. No fundo, poderíeis concordar com o espírito subtil de Paul Valéry quando nos adverte sobre a ilusão de contrapormos ao Real as aparências, pois, *bien vite, on vient à penser que ce Réel ne vaut mieux que ses apparences*, e que *le mépris du Réel suit immédiatement le mépris de l'apparence – comme le corps suit son ombre* (*Cahiers*, Paris, 1973, I, p. 502).

É claro que vosso pensamento adquire novos contornos, em 1937, mas o vosso realismo essencial persiste até se converter, na referida monografia, numa teoria sistemática sobre o *jecto*. Que é *jecto*? À primeira vista, parece que tudo se reduz a um signo lingüístico, mas, a bem ver, o que reiterais é a referência imprescindível à *Realidade em si*, oculta, pressuposta tanto naquilo que é asserido pelo *sujeito* como naquilo que é captado do *objeto*. Como ponderou Djacir Menezes, o *jecto* é o que escapa às garras apreensoras de nosso poder cognoscitivo, o “inefável” de Hegel, o “incognoscível” de Spencer, mas, julgo eu, é, sobretudo, a “coisa em si” que, nos escritos juvenis, quisestes transladar do plano transcendental, em que a situara Kant, para o plano empírico, no qual indefinidamente avançam as

pesquisas científicas do Real que, consoante acentuais, “é um deus, e como todos os deuses, invisível e absoluto” (*Obras literárias, cit.*, p. 29).

A bem ver, dais às crenças da mocidade vestes mais adequadas aos novos tempos, mas são roupagens que não logram encobrir a antiga ansiedade, a nudez de nossa insuficiência perquiridora, a incapacidade irremediável do homem perante a essência última das coisas, o que, de início, vos fazia oscilar da finitude à infinitude, até uma confissão inesperada: “É temerário negar a Deus (...) De minha parte não posso não crer: é impertinente a frequência com que O vejo em meus caminhos” (*Obras literárias, loc. cit.*).

Impossível vos parece, portanto, contestar que, além da rede de relações, que as percepções sensitivas vão tecendo, resta sempre algo de intocável e de inatingível, fechada ao homem a via das essências. Daí ser a vossa Teoria Fundamental do Conhecimento, em seu sentido predominante, um diálogo com Edmund Husserl, o qual tentando superar Kant nas linhas de um novo platonismo, visara a alcançar o *eidos*, a essência da Realidade. Não obstante vosso acordo com o mestre da Fenomenologia quanto à necessidade de “volver às coisas mesmas”, reconhecendo que “perceber é perceber algo” (*Op. cit.*, Porto Alegre, 1937, p. 63), reiteradamente contestais a posição husserliana, de cunho idealista, sustentando uma solução que, em última análise, se mantém fiel à filosofia metaempírica de Mach e Avenarius. Trata-se, como se percebe, de assunto que deveria merecer mais atenta e demorada análise por parte de nossos estudiosos das idéias, mas que não se harmoniza com a natureza deste nosso encontro, onde a Filosofia pura pode parecer conviva petulante e intruso...

### Um romântico do naturalismo cósmico

É possível, meu caro Pontes de Miranda, que, a esta altura, já estais estranhando a imagem que faço surgir de vossos escritos, bem diversa da rígida catadura que, em geral, se tem de vossa posição científica, tão habituados andam quase todos com contornos castigados, para não dizer, retorcidos de vosso estilo, mais preocupado com “a verdade fática” do que com o adorno da frase.

Talvez causará maior surpresa se vos disser que, indo ao fundo do vosso sistema de idéias, todo alimentado de aparente positividade escrita, descubro um romântico da universidade cósmica, segundo o princípio que enunciastes nas obras juvenis, e viestes confirmando pelo tempo afora: *a verdade do uno no múltiplo*. Estais convicto de que, na “peregrinação sacra” dos “exploradores da Natureza”, a harmonia só existe no “Real em si” e que, feitas as contas, o não conhecido é a razão última de nossa paixão de conhecer, tanto assim que não vos conformais com o *ignorabimus* desconsoladamente proferido por Du Bois-Reymond. (*O problema fundamental do conhecimento, cit.*, p. 29 e ss.).

Ora, o Direito, em vossa teoria, não é senão um momento da harmonia cósmica, até o ponto de afirmardes que há sempre um aspecto jurídico em todos os seres do universo. Vossa afirmação é, nesse sentido, peremptória, bastando para comprová-lo uma única citação: “Quando o mineral se cristaliza em poliedros, escrevestes, há certo ritmo que, se não é o *nosso* direito, deve ser algo de vivo e de natural como ele” (*Sistema, cit.*, v. II, p. 84).

Por essa razão, o Direito não vos parece ser “fenômeno peculiar ao homem, e nem mesmo ao mundo orgânico”(....) pois “podemos mostrá-lo entre os sólidos inorgânicos (espaço euclidiano) bem como no mundo das figuras bidimensionais”, por significar apenas um sistema de relações e conciliações, de composições de forças, ou, por outras palavras, uma expressão da lei geral de expansão e de adaptação que governa o universo. (*Op. cit.*, v. II, p. 26 e *passim*).

No contexto dessa concepção cósmica, perguntar-se-á como é que, apesar de todo vosso extremado amor pelo determinismo causal, – a tal ponto que o Direito só pertenceria ao “mundo do ser”, e nunca ao do “dever ser”, – toda a vossa obra jurídico-política possa ter como fulcro essencial a idéia de liberdade.

É que em vosso pensamento atua outro *princípio*, não menos relevante, que é o da adaptação contínua dos seres ao processo evolutivo do Real, até culminar na autoconsciência do homem, o que vos aproxima, penso eu, do conceito de liberdade de Espinosa, como “consciência da necessidade”, à medida que esta vai sendo revelada, segundo seus nexos causais, graças à indagação científico-positiva da Natureza, cujos resultados espontaneamente se impõem a todos os espíritos.

Em vossa concepção, a evolução universal atinge o seu momento culminante com o advento do espírito como integração individual plena, quando torna “tudo o que é *seu*, objeto de sua posse”. Nessa ordem de idéias surge, em vossos escritos, a figura do Cristo, do “homem-deus”, como a plenitude da integração e da liberdade: “tudo nele está integrado, assim o dissestes, na sua divina humildade e todo ele entregue a si mesmo. Daí aquela estranha genialidade de ser sublime na fraqueza.... Integrou-se, eis tudo” (A sabedoria dos instintos, em *Obras literárias, cit.*, p. 54).

Não obstante essa visão panteísta (e que outro adjetivo poderia eu empregar?) não falta em vossos escritos a atração rumo à transcendência, não só pelo fato de ser pressuposta *a face oculta* das coisas no nosso processo infundável do conhecimento, como também porque declarais que todas as verdades se refletiram, certo momento, em Jesus, “como no espelho instantâneo da Realidade” (*Op. cit.*, p. 131).

## No jogo das perspectivas

Não estou certo, senhor Pontes Miranda, de ter conseguido oferecer pálida idéia de todo o rico jogo de perspectivas que se projeta no decurso de vossa longa e fecunda existência, nem penso poder sempre contar com a vossa concordância, mas, no dizer acertado de Nicolai Hartmann, o drama maior de todo escritor consiste em não lhe ser dado saber qual o sentido mais profundo e duradouro de sua própria obra.

Está na moda remontarmos aos escritos da mocidade para melhor compreendermos a imagem dos autores, tendo tido sucesso a descoberta do “jovem Hegel” ou do “jovem Marx”. Fui atraído a ver no “jovem Pontes Miranda” a raiz do batalhador que se espalha nas monografias jurídicas e na recém-publicada *Democracia, Liberdade, Igualdade*, na qual a conquista dos valores mais altos da cidadania avança *pari passu* com as crescentes realizações das ciências positivas, o que vos leva a enaltecer o papel da educação do povo como condição primordial à vida democrática. Nem vos falta, perdoai-me se vos digo, o exagero de vincular, por excessivo apego intelectualista, os males dos regimes autocráticos de nossa época à Filosofia intuicionista de Bergson, em cujas lições outros juristas se inspiraram para captar a justiça em sua pureza nascente....

Sei que jamais quisestes pactuar, um instante sequer, com qualquer compreensão jurídica de tipo emocional, tão profunda é vossa crença no encadeamento do universo segundo leis quantificáveis. Em vossos ensaios juvenis já se encontra, com outros ritmos, a mesma concepção cósmica que sempre animou vossa atividade intelectual. Só que nas meditações da adolescência ou da primeira juventude noto mais audácia e fantasia, achegadas ao gênio de Nietzsche, cuja presença me parece marcante em vossos aforismos, mesmo quando radicalmente vos afastais dele.

A escolha mesma do aforismo para expressão do pensamento é de incontestável inspiração nietzscheana; aceitastes, com galhardia, o risco das sentenças atômicas e conceituosas, que tanto se prestam a revelar a pérola de uma idéia criadora encastada na ostra na frase, como para ocultar a pedra dura de um dogma.

Em vossos aforismos, que mereceram elogios encomiásticos de João Ribeiro e justo galardão desta Academia, vossa cosmovisão é a da natureza que progressivamente se auto-revela, graças ao constante esforço humano de perquirir e conhecer, até surgirem o gênio, o sábio, o profeta, o super-homem, personagens que, a todo instante, ressoam em vossas sentenças, confirmando amorável convívio com as obras aliciantes de Nietzsche. Ama-se também por contrastes...

Tudo vos parece governado pela *Energia* primeva, a qual ordena o mundo infindável das relações naturais e humanas segundo leis de simetria e adaptação. É a *Energia* que colocais no princípio de tudo; não o *Verbo*, que é a palavra absoluta e transcendente; nem a *Ação*, que é o impulso criador do poder humano. A *Energia*, ao contrário, é o princípio do Todo englobante, cujo conhecimento, jamais concluso, se impõe como dever e missão irrenunciáveis aos seres humanos, sujeitos às leis do universo, as mesmas para os insetos e as estrelas.

Se vos mantivestes fiel, de maneira geral, a tais premissas, podemos, contudo, observar mutações naturais em vosso pensamento, vinculadas às vicissitudes sociais e históricas de nosso atormentado século. Não ignoro que, na 2ª edição de vosso *Sistema*, julgais poder confirmar, serenamente, o já pensado e escrito meio século antes (*Op. cit.*, 2ª ed., 1972, v. III, p. 317) mas, se a linha essencial de vosso pensamento se mantém inalterada, não posso deixar de observar compreensíveis mudanças, mesmo porque não transitamos pelo espaço social, passando de um a outro “campo de energia”, distintos apenas por diferenças de graus, num cenário neutro e homogêneo, mas participamos, antes, racional e emotivamente, de um mundo concreto de exigências vitais, contrastantes e imprevisíveis.

Assim é que o vosso entusiasmo juvenil pela *Livre indagação do Direito* não se consolida nas obras posteriores de jurista, nos clássicos *Comentários às Constituições*, ao *Código de Processo Civil*, ou no monumental *Tratado de Direito Privado*, cujos sessenta tomos já bastariam para demonstrar que, no que se refere à experiência jurídica, não somos um povo subdesenvolvido, verdade que merece assinalada, desde a produção genial de Teixeira de Freitas.

Nada tenho a criticar-vos, por terdes reconhecido que, por mais que o jurista possa e deva se valer das pesquisas sociológicas, econômicas, psicológicas etc., segundo dados objetivos colhidos nas relações factuais, jamais poderá ele transpor, a seu talante, os horizontes fixados pelo sistema das normas jurídicas, horizontes móveis, é certo, em função de renovadas exigências sociais, mas que excluem o arbítrio do juiz, tão condenável como qualquer outro arbítrio.

Na realidade, a Escola da Livre Pesquisa do Direito, como assinala Max Ascoli, representou uma ventania romântica que percorreu todos os quadrantes do Direito. Ventania benéfica que derrubou os ramos secos do formalismo jurídico imperante numa fase dominada pela compreensão individualista dos valores sociais; ventania que, sacudindo os troncos da Ciência Jurídica, teve a virtude de fortalecer as raízes do Direito, dando início ao processo de sua crescente socialização. O socialismo democrático, que pregais, e que, segundo me parece, corresponde ao ideal da Democracia Social, ao Estado de Direito entendido como Estado da participação e da justiça sociais, acha-se em sintonia com o vosso entendimento do Direito como processo de constante adaptação e integração, visan-

do a compor em unidade os “supedâneos fáticos” com as diretivas consagradas nas regras jurídicas, sempre em busca da justiça que pretendeis possa e deva ser “concreta, social, verificável e conferível como fato”.

Se abrandastes, por conseguinte, a rebeldia juvenil contra o mundo das normas, embora reafirmando a natureza “factual” da Ciência Jurídica, distinta da atividade dos aplicadores das regras, parece-me inegável que, a exemplo dos mestres alemães que teceram a nova Teoria Geral do Direito a partir do Código Civil germânico de 1900, em igual tarefa hercúlea vos empenhastes, elaborando poderoso trabalho hermenêutico sobre as bases de nossa Lei Civil de 1916. Não desejo passar, aqui, sem reparo, que nessa construção de teórico do Direito, atuastes com admirável rigor técnico, bem como com ampla visão histórica, na qual soubestes reservar papel de grande relevo aos antigos ensinamentos tanto dos jurisconsultos romanos como dos praxistas portugueses, os quais preferiam a concretitude do real aos enunciados puramente formais das normas jurídicas.

Mas, se algo de significativo me parece ter mudado em vossa compreensão de jurista, como fruto de diuturnas e desveladas experiências, penso que em outros pontos renunciastes também a certas afirmações da juventude de cunho arrogante varonil. Estou certo de que não diríeis mais, nos dias de hoje, que a mulher é simples reflexo da idealização que dela faz o homem que a ama; nem que a mentalidade feminina “consiste em simples jogo, mais ou menos ardiloso, de imagens e vãs mundanidades”. Nem tampouco corríeis o risco de asseverar que Eva “não foi feita para o Paraíso, mas para ser expulsa...” (A sabedoria dos instintos, em *Obras literárias, cit.*, p. 57 e 59).

Paladino ardoroso dos direitos humanos, aprendestes que, afinal, em matéria de sexos, tudo nos une e nada nos separa..., inclusive no plano dos méritos, das prerrogativas e dos deveres: é essa a lição que, inegavelmente, brota de vossos livros, a partir da maturidade.

Ai de nós se não tivéssemos a oportunidade e encanto de alterar idéias e sentimentos, captando no húmus da vida humana a inspiração de renovadas perspectivas!

É com essa bagagem cultural multiforme, que, esta noite, a nossa Academia vos recebe. Filósofo, jurisconsulto, sociólogo, ensaísta e poeta, por duas vezes laureado por esta Casa, por três vezes batestes à sua porta, e, por fim, foi ouvido o apelo do Don Juan, que, certa feita, enxergastes em todo descobridor da natureza e da vida, em todo aquele que, no ardor da conquista, sabe aguardar, paciente, a resposta oculta no âmago dos seres.

Ninguém entra tarde em nossa Confraria, mas sempre a seu tempo e a sua hora, e, *incontinenti*, o tempo retroage ao instante do nosso primeiro ato criador. No vos-

so caso, senhor Pontes Miranda, podeis lembrar, para vaidade recíproca, o que escrevestes, pouco mais que adolescente:

Na história da inteligência, os últimos lembrados são os mais gloriosos. Glória que tarda é maior, porque exigiu mais altos espíritos que a pudessem sentir e proclamar.

## Problemática da Justiça\*

Miguel Reale\*\*

Resolvera, de início, dar à presente palestra o título genérico de “Teorias da Justiça”, mas, à medida que a pesquisa veio se desenvolvendo, tornou-se claro que a denominação mais adequada é “Problemática da Justiça”.

Meu propósito, com efeito, não é delinear algumas das mais significativas doutrinas sobre a justiça, visando determinar seu *conceito* ou *idéia*, conforme distinção feita por Kant entre um e outra; o conceito como afirmação de algo suscetível de comprovação experiencial; e a idéia como expressão pela razão de algo dotado de força regulativa, mas não possível de prova. O que pretendo é antes verificar como, ao longo da história, o problema da justiça foi posto e estudado.

Quando surgiu a problemática do justo como um *campo autônomo* de conhecimento? Esse foi o resultado de milênios da experiência humana, até o momento em que o homem, sem negar de antemão a divindade, procurou situar-se perante ela, ou seja, *teve a intuição primeira de possuir algo de próprio*, não obstante o supremo poder dos deuses.

Antes desse momento insondável de auto-consciência espiritual, a justiça jazia no plano divino, aventando Cassirer a hipótese de que a primeira idéia de uma *ordem justa* ou *harmônica* (idéias de início intercambiáveis) teria sido inspirada pela ordem dos astros, pela periodicidade da visão regular do sol ou da lua.

Obedecer à ordem cósmica era seguir a ordem justa, de tal modo que a justiça não era senão uma modalidade da ordem posta pelos deuses. *Themis* e *Diké* eram a personificação da ordem divina, a que os seres humanos deviam obediência, não podendo a justiça ser senão um *fato*, ou melhor, *fado*, que é o fato envolto no mistério.

Pode-se, pois, *conjeturar* (no sentido que dou a esta palavra) que, antes de tudo, a justiça imperou como *algo de objetivo*, independente da *subjetividade hu-*

---

\* Texto básico da conferência de abertura do XVIII Seminário Roma-Brasília, realizado no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília/DF, de 23 a 25 de agosto de 2001.

\*\* Professor catedrático emérito da Universidade de São Paulo.

*mana*. Pode-se dizer também que a multimilenar história da justiça é a do *conflito* ou dialética entre o que há de *subjetivo* ou *objetivo*, como se verá.

É que a *idéia* de justiça se confunde com o *ideal de justiça*, envolvendo sempre elementos *subjetivos* e *objetivos*, cuja prevalência depende, no fundo, da concepção que se tem do homem e do cosmos, do significado de *seu* pensar e *seu* querer em confronto com o que, *objetivamente*, deve ser pensado e querido. Daí a dificuldade do tema, mas, por maiores que sejam os obstáculos opostos ao nosso propósito de desvendá-la, e ainda mesmo quando proclamamos desconsoladamente a impossibilidade de chegar até ela pelas vias da razão, devendo contentar-nos com meras intuições de caráter emocional, como declara, por exemplo, Hans Kelsen, o maior jurisfilósofo do século passado, nem por isso desaparece nossa aspiração no sentido de que haja atos justos que dignifiquem a espécie humana. Se não conseguimos defini-la, nem por isso podemos viver sem ela.

Por outro lado, acontece que a justiça nunca se põe como um problema isolado, válido em si e por si, porque sempre se acha em essencial correlação com outros da mais diversa natureza, desde os filosóficos aos religiosos, dos sociais aos políticos, dos morais aos jurídicos, conforme o demonstra sua vivência ao longo da história, estando sempre inserida em distintos conjuntos de interesses e de idéias.

Nem podia ser de outra forma, em se tratando de uma das questões basilares da história, a qual, depois dos estudos de Vico, Spengler, Toynbee, Teilhard de Chardin e tantos outros, não pode ser vista segundo uma continuidade linear, mas, sim, como o desenrolar, nem sempre seqüencial, de *ciclos culturais* diferentes, com diversificadas estruturas material e ideal, nas quais Fernand Braudelsoube encontrar distintas *durações*, a que deu o nome de “conjunturas”.

Ora, cada ciclo ou conjuntura histórico-cultural possui a sua experiência da justiça, a sua maneira própria de realizá-la *in concreto* como equidade, o que leva a maioria dos pesquisadores a concluir que, ao invés de indagar de uma *idéia universal* de justiça, melhor será tentar configurar, no plano concreto da ação, o que sejam *atos justos*.

Compreende-se, assim, que a primeira noção fundamental de justiça, a platônica, tenha resultado da compreensão que Platão tinha do universo como conjunto de arquétipos ideais, não criados pelo homem, mas antes por ele recebidos como complexo de diretrizes a serem seguidas. Partindo da afirmação basilar de que “não há justiça sem homens justos”, Platão, em última análise, via a justiça como a imperativa adequação da conduta humana à ordem ideal do cosmos, constituindo ela a *lei suprema* da sociedade organizada como Estado. Em linguagem moderna diríamos que, a seu ver, não se poderia conceber *direito* sem *justiça*, assim

como não se poderia pensar em sociedade sem Estado, tudo se devendo fazer para realizar uma ordem jurídico-política justa, sem a qual o homem se divorciaria dos mandamentos divinos.

Essa subordinação da idéia de justiça a uma prévia visão do universo e da vida, nós a vemos também nos ensinamentos seguintes de Aristóteles, que foi quem, pela primeira vez, estabeleceu os parâmetros em função dos quais deve ser situada a problemática da justiça.

Com efeito, ao procurar determinar as bases estáveis da *polis*, ou seja, da organização política, Aristóteles parte da idéia de natureza (*Physis*) na qual enquadra a *natureza humana*, ponto de partida imediato de sua concepção. No seu entendimento, o ser humano é, em si e por si mesmo, um ente que *é o que é* (visão ontológica) e que, ao mesmo tempo, *implica o que tem de ser* (visão deontológica). É, em suma, uma realidade diferente das dos demais seres, por ser-lhe imamente *um fim a realizar*. Esse fim que ele denomina “bem” é o objeto da *Ética*, que se desdobra em estudo do *bem individual* e em estudo do *bem social* ou *político*. Nesse quadro valorativo é que surge a idéia de *justiça* como *conformidade ao bem*, tanto individual como social ou político, uma vez que, até então, não houvera sido feita a distinção entre o social e o político.

O importante é salientar que nessa com-preensão está implícito o que depois seria denominado o “valor da igualdade” entre os seres humanos, para ser possível atribuir, proporcionalmente, *o bem que cabe a cada um* dos membros da coletividade. Aqui cabem duas observações. A primeira é a de que Aristóteles, homem de seu tempo (ninguém é superior à sociedade a que pertence), não estendia a toda a espécie humana essa sua idéia de igualdade, admitindo a escravidão; e a segunda é a de que ele via a igualdade mais como *proporcionalidade*, a reger as duas formas fundamentais de justiça, a *distributiva* e a *corretiva*, aquela como relação do todo para com as partes (*em proporção geométrica*) e esta como relação das partes entre si, conforme atos de vontade e, como tal, tanto por tanto, em proporção *aritmética*.

A minha convicção de que o conceito de *justiça* não constitui uma *idéia a se*, mas, sim, uma idéia sempre inserta numa visão eidética complexiva, ou, por outras, palavras, em uma *Weltanschauung* ou *cosmovisão*, eu a vejo confirmada no mundo romano, cujo direito se desenvolve em consonância com o pensamento de Aristóteles e dos estóicos, os quais davam ênfase à natureza, que devia ser obedecida necessariamente.

Pois bem, o que os romanos, notadamente com Cícero, nos dão de novo é a idéia de *ratio naturallis*, isto é, a conexão íntima entre a natureza e a razão, o que não é de se estranhar em se tratando de um povo que foi, sem dúvida, o fundador do Direito como ciência autônoma.

Quando Cícero fala em *recta ratio*, ou *os juristas romanos*, a propósito do Direito, insistem na exigência de atender a *natura congruens*, é toda uma cosmovisão social e política englobante que se nos antolha, na qual a justiça só podia ser vista como resultante de nosso poder de querer, o que era próprio de um povo voluntarista como o romano. Esse entendimento estava, aliás, em consonância com a crítica de Cícero ao naturalismo fatalista dos estóicos, proclamando que, apesar de tudo algo está em nosso poder de decidir (*aliquid est et si in nostra potestate*).

Com o advento do Cristianismo, ocorre uma verdadeira revolução da subjetividade, prevalecendo a atitude ou disposição de ser justo sobre a aspiração de ter uma idéia precisa de justiça. Continua esta, porém, a ser vista em um quadro superior de idéias, já agora subordinado a uma visão teológica, a partir do princípio de um Deus criador, do qual emana a harmonia do universo.

É nessa visão global que se situa a teoria da justiça de Santo Tomás de Aquino, não concordando com Bobbio quando diz que Santo Tomás nada teria acrescentado a Aristóteles. Em primeiro lugar, parece-me que o autor da *Summa Theológica*, ao tratar da justiça, apresenta-nos o conceito de igualdade mais como *proportio ad alterum*, a partir da idéia nuclear de analogia *entis*, o que era impossível em uma concepção naturalista como a de Aristóteles, cujo Deus não é o criador, mas um *motor imóvel* que atua como suprema força atrativa e harmoniosa do cosmos.

Além disso, ao lado das justiças “distributiva” e “comutativa” (termo que, ao depois, prevaleceu, em vez de “corretiva”), Santo Tomás, como bom teólogo, acrescenta o que as criaturas devem ao Criador, referindo-se, por analogia, ao que as partes devem ao todo, segundo a *justiça legal*, a qual, no mundo contemporâneo, dominado pelo economismo, é vista sobretudo como *justiça fiscal*, exigida dos contribuintes.

Dada a apontada conexão entre *visão de justiça e cosmovisão*, compreende-se que, quando o homem do Humanismo e do Renascimento produziu uma inversão de 180 graus na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo, e não a partir de Deus, o tratamento do problema da justiça tenha logo sentido uma inflexão no sentido de suas deliberações individuais no seio da sociedade. Nada mais lógico, nesse contexto histórico, do que o advento da *idéia contratualista*, apresentando as deliberações da vontade como fonte da própria sociedade humana, e, por conseguinte, das relações justas que nelas devam existir.

É claro que, nesse contexto, o contrato social e seus consectários assumem a feição que resulta da concepção que se tem do homem. Para Hobbes, cujo realismo o leva a ver o homem como lobo de outro homem, a convenção somente pode ter por fim a preservação da ordem e da paz graças ao fortalecimento sobrepessoal

do poder estatal; para Rousseau, ao contrário, otimista quanto à bondade natural dos homens, o contrato social é a base de uma comunidade democrática. Por tais motivos, no primeiro caso, a justiça é concebida como constante fidelidade ao Leviathan todo poderoso, enquanto que no segundo, tem o objetivo de assegurar o livre exercício de direitos iguais a quantos decidiram viver em sociedade.

O *jusnaturalismo* – ou concepção de um Direito Natural legitimador do Direito positivo – abrange diversas formas de composição de vontades entre os indivíduos e os grupos sociais, e durou nada menos de três séculos, culminando na Revolução Francesa. Nela a idéia de justiça variou segundo distintas composições dos interesses em jogo, primando ora a *liberdade*, segundo pendores *subjetivos*, ora a *igualdade* vinculada a esta ou àquela outra razão *objetiva* ou *utilitarista*.

Daí a preocupação de Kant de superar o plano empírico no qual se defrontavam tais contrastes, a fim de atingir uma regra de justiça de validade universal. Note-se que me refiro à *idéia* e não ao conceito kantiano de justiça, atento à sua fundamental distinção entre conceito e idéia, a que já fiz referência.

Algo de novo surgia, com Kant, na dramaturgia da justiça, alçando-se ele ao plano transcendental – que se não confunde com o da transcendência – no qual a justiça se impõe como um imperativo da razão, segundo duas regras que se complementam: *Age de modo a tratar a humanidade, na sua como na pessoa de outrem, sempre como fim, jamais como simples meio, e Age segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei de sentido universal*. Somente assim, a seu ver, poderá haver um acordo universal de liberdade, base de uma comunidade universal.

Como se vê, Kant não cuida de definir a justiça, ao contrário do que faz com o Direito, preferindo inseri-la no sistema de sua visão transcendental da vida ética, o que vem, mais uma vez, confirmar minha tese de que a justiça somente pode ser compreendida em uma visão abrangente de valor universal, tal como já o fizera Leibniz e eu saliento em meu livro *Nova fase do Direito Moderno*.

Ora, se Kant se elevava a uma idéia universal de justiça, pareceu Hegel, na primeira metade do século XIX, que ele o fizera de maneira formal ou abstrata, à margem da experiência social e histórica, em cujo processo vai se modelando, constantemente, o que deve ser considerado justo.

Para quem, como Hegel, o que é real é racional e o que é racional é real, não há como distinguir entre conceito e idéia de justiça, constituindo ambos uma unidade concreta que se realiza dialeticamente através da história, compondo interesses opostos dos indivíduos e dos grupos, em uma escala ascendente de valores idéias que culminam, a seu ver, na ordem jurídico-política do Estado.

Essa concepção historicista da justiça iria ressurgir, como veremos, no século passado, mas com um sentido novo, devido ao papel que a Axiologia ou Teoria dos Valores iria exercer na compreensão dos fenômenos culturais.

Antes, porém, houve uma reação contra a visão idealista da justiça de Hegel, a qual não satisfazia às aspirações de *positividade* que dominaram as inteligências quando entrou em declínio o idealismo hegeliano, e foi dada mais atenção à *sociedade civil*, cuja natureza e estrutura passaram a ser estudadas como ponto de partida da teoria do direito e da justiça.

A compreensão da justiça iria sofrer, com efeito, profunda alteração com o advento da *era positivista*, tomada esta expressão em sentido lato, abrangendo tanto a posição de Comte como a de Spencer, tanto a de Haeckel como a de Stuart Mill.

Os positivistas, em diversas maneiras de compreender a sociedade, tratam do problema da justiça como *fato social*, ora como expressão da *consciência coletiva*, ora como composição de *interesses* ou de utilidades, ora como natural resultado da *evolução histórica* segundo leis consideradas determinantes. A concepção marxista da justiça não deixa de ser, a seu modo, positivista, como um ideal a ser alcançado mediante luta de classes em prol do triunfo do proletariado, em um processo histórico determinado apenas por valores econômicos.

No fundo, cada positivista elege o *fato* de sua predileção e o converte em parâmetro da justiça: *igualdade* ou *paridade de direitos*; *participação igual* ao que é útil ao indivíduo e às classes sociais; *solidariedade* entre os indivíduos e os grupos; liberdade de iniciativa para o maior número etc. Têm os positivistas, por conseguinte, variável entendimento sobre o que seja sociedade justa, mas todos coincidem em seu propósito de determiná-la em função de leis causais suscetíveis de comprovação pela experiência.

No já citado livro *Nova fase do Direito Moderno*, lembro que, a cavaleiro dos séculos XIX e XX, quando se exauriram as correntes empiristas e se sentiu a necessidade de indagar dos pressupostos ideais da experiência, houve significativa volta a Kant, com natural repercussão na Filosofia do Direito e, por conseguinte, na problemática da justiça.

Exemplos dessa orientação temos com as teorias de Rudolf Stammler e Giorgio Del Vecchio. O primeiro, neo-kantiano da Escola de Marburgo, optou pelo retorno à idéia de Direito Natural, mas como *Direito Natural de conteúdo variável*, ou seja, como uma forma abstrata capaz de abranger e condicionar o incessante desenvolvimento dos fatos sociais segundo uma regra universal de igualdade. Nessa concepção, a justiça passa a significar “a livre coordenação das liberdades iguais”, sendo o fato econômico o seu conteúdo essencial.

Já Del Vecchio, numa tentativa de conciliar Kant com o Direito Natural tradicional de fonte tomista, prefere distinguir entre duas formas de *bilateralidade* ou *alteridade*, uma de ordem gnoseológica, que seria a da Ciência do Direito; outra de ordem deontológica, que seria propriamente a da teoria da justiça.

Essas duas doutrinas marcaram um passo decisivo no sentido da compreensão *axiológica* do Direito e da justiça, resultante do impacto que teve na filosofia em geral o advento da *Teoria dos Valores*, abrindo campo ao *culturalismo jurídico* de Lask Radbruch, cuja relevância salientei em *Fundamentos do Direito*, a tese que redigi para meu concurso à cadeira de Filosofia do Direito, em 1940.

Foi integrado nessa linha de pensamento que desenvolvi a teoria tridimensional do Direito, em cujo contexto o que importa não é a definição da justiça – dependente sempre da cosmovisão dominante em cada época histórica –, mas, sim, o seu processo experiencial através do tempo, visando realizar cada vez mais o valor da igualdade, em razão da pessoa humana, valor fonte de todos os valores.

À luz desse entendimento, a idéia da justiça implica a de outros valores essenciais, como a de liberdade ou solidariedade, exigindo um regime político capaz de garantir sua pacífica realização, o que somente pode corresponder à democracia, o que é proclamado por juristas alheios ao culturalismo, como é o caso, por exemplo, de Hans Welzel e John Rawls, aquele adepto de uma concepção axiológica do Direito Natural, este empenhado em conciliar Kant com o pragmatismo que tem sido a diretriz dominante da filosofia anglo-americana.

Pode-se afirmar que, nesse contexto, a justiça se apresenta como condição transcendental da realização dos demais valores, tendo Nicolai Hartmann a considerado um *valor elementar*, por ser a base sem a qual os demais valores, inclusive o ecológico, não poderiam se desenvolver de forma coordenada e harmônica, em uma comunidade de homens livres. É por tal razão que, em meu curso de Filosofia do Direito, qualifico a justiça como *valor franciscano*, vendo nela um *valor-meio*, sempre a serviço dos demais valores para assegurar-lhes seu adimplemento, em razão da pessoa humana que é o *valor-fim*.

Demonstração, porém, de que existe perene correlação entre justiça e igualdade é a recorrência, nas últimas décadas do século passado, da idéia contratualista, provocada pela teoria do jurista norte-americano John Rawls. Entende ele que se é absurdo pensar em um contrato como origem da sociedade, é plausível admitir-se que, originariamente, os homens teriam sido todos iguais, sendo legítimo, pois, o ideal de igualdade. Integrado numa cultura pragmática como a de seu país, Rawls entende, porém, não ser injusta a existência de uns mais ricos do que outros, desde que todos concomitantemente melhorem a própria situação,

vigorando a democracia como condição de paz e mútuo desenvolvimento. Não creio se possa melhor ajustar o problema da justiça às contingências da sociedade capitalista.

As teorias até agora lembradas – e muitas outras perspectivas que foram omitidas em razão do espaço disponível – vêm confirmar o dito inicialmente sobre a justiça como uma idéia sempre enquadrada em uma visão geral do universo e da vida (*Weltanschauung*), sujeita às mutações históricas, o que me leva a preferir estudá-la na concepção do processo histórico-cultural.

Essa vinculação da *justiça à história* resulta da natureza mesma do homem, que é um ser histórico, ou seja, não apenas um ente que “está aí” (como uma coisa), mas que, ao contrário, continuamente se transcende visando a realizar os valores que lhe são imanentes e dos quais ele adquire consciência ao longo do processo histórico, conferindo-lhes a força de invariantes axiológicas, como se fossem inatos. Se, como Ortega y Gasset o demonstra, o homem é a sua circunstância, compreende-se a natureza ao mesmo tempo circunstancial e histórica da justiça, tornando-se transparente a complementaridade destas duas asserções: o Direito positivo pressupõe a justiça como condição de sua legitimidade; e a justiça põe o Direito positivo como condição de sua realizabilidade.

## Do Processo contra o Presidente da República por Crime de Responsabilidade

Miguel Reale\*

Miguel Reale Júnior\*\*

### I Parte

#### A competência da Câmara dos Deputados

Restou claramente definido, no julgamento do mandado de segurança impetrado pelo Presidente Fernando Collor de Mello perante o Supremo Tribunal Federal, que compete tão-somente à Câmara dos Deputados proferir um juízo de admissibilidade da acusação a ela apresentada.

A competência privativa da Câmara, de conformidade com o art. 51, I, da Lei Fundamental, circunscreve-se a autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração do processo, por entender, à vista dos elementos constantes da denún-

---

\* Professor catedrático emérito da Universidade de São Paulo.

\*\*Professor titular da Universidade de São Paulo, ex-Ministro da Justiça.

cia e dos contrapostos pelo acusado, que há necessidade ou conveniência de ser a denúncia objeto de processo e julgamento.

Nessa fase preliminar, por conseguinte, tudo se resume na edição de um juízo político que enseja a devida apuração da verdade, motivo pelo qual é assegurado ao acusado o direito de contestar a denúncia, arguindo sua improcedência ou falsidade, mas sem que haja, nessa fase, propriamente, produção de prova com oitiva de testemunhas, diligências ou perícias. Nada impede, é claro, que o acusado ofereça documentos em reforço de suas alegações.

Em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, de 15 de setembro último, o primeiro signatário do presente parecer salientou que cabe à Câmara dos Deputados “tão-somente editar um juízo político quanto à admissibilidade da acusação formulada”, ressaltando, logo a seguir, “que não há que falar em produção de provas”.

Como é notório, foi esse o entendimento que prevaleceu na histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, supra-referida, por seis votos, tendo os eminentes Ministros Carlos Veloso, Celso Mello, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Néri da Silveira e Sidney Sanchez, aqui nomeados segundo a ordem da votação, aduzindo argumentos da mais alta investigação jurídica, cujo teor infelizmente não podemos aqui reproduzir por não ter sido ainda publicado o venerando acórdão. É certo, todavia, que nossa mais alta Corte de Justiça reconheceu caber à Câmara dos Deputados tão-somente admitir a procedibilidade da denúncia, visto ter a Carta de 1988 transferido para o Senado Federal, conforme art. 52, I, a atribuição privativa de “processar e julgar o presidente” na espécie ora analisada.

Foi essa a diretriz seguida, outrossim, pelo douto Relator da Comissão Especial, eleita pela Câmara, Deputado Nelson Jobim, nos seguintes termos:

Desta forma e neste foro de admissão da denúncia e de autorização para instauração do processo e do julgamento, compete, exclusivamente, indagar se os fatos narrados constituem-se ou podem constituir-se, em tese, em crimes de responsabilidade.

Opinando favoravelmente à admissão da denúncia, o mencionado relator teve o cuidado de analisá-la, à luz da Constituição e da legislação em vigor, nos seguintes termos:

Ora, a denúncia descreveu conduta do senhor presidente da República e as classificações nos arts. 8, número 7, e 9, número 7, ambos da Lei 1.079/50, que dispõem:

“Art. 8 – São crimes contra a segurança interna do País:

7 – permitir, de forma expressa ou tácita a infração da lei federal de ordem pública;

Art. 9 – São crimes de responsabilidade contra a probidade da Administração.

7 – proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.”

A imputação acusatória procedeu a seguinte classificação:

a) a mentira, como hipótese de crime contra a probidade na Administração, por constituir-se em procedimento incompatível com a honra do cargo (fls. 10 e 13).

b) “o recebimento de vantagens indevidas”, “a desordem e imoderação de vida” e a “ligação com pessoas desonestas”, como hipótese de crime contra a propriedade, na Administração, por constituírem-se em procedimentos incompatíveis com o “decoro” e a dignidade exigíveis para o exercício do cargo (fls. 13 e 14).

c) “grave omissão” quanto ao recebimento injustificado de vultosas quantias por meio de correntistas “fantasmas” e quanto ao tráfico de influência exercido por Paulo César Farias, como hipóteses de crimes contra a segurança interna do País, por configurarem conduta que, expressa ou tacitamente, permitiu a infração da lei federal de ordem pública, a saber: art. 5º, I e VII, da Lei 8.027/90; art. 117, IX e XII, da Lei 8.112/90 (fls. 15, 1º parágrafo, e 16, último parágrafo).

Estão, portanto, os fatos devidamente descritos e classificados, com a indicação das normas legais pertinentes.

Assim sendo, já está definido o âmbito da acusação, seja pela denúncia, plenamente admitida pela Câmara dos Deputados, seja no relatório da comissão, que claramente a especifica.

Finalmente, a memorável votação do dia 29 de setembro representou a última decisão que cabia à Câmara dos Deputados tomar, consoante estatui o art. 86 da Constituição Federal.

Em verdade, admitida a acusação contra o presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, está finda a sua alta missão, não lhe cumprindo senão encaminhar os papéis da instrução da admissibilidade ao Senado Federal para que o acusado seja submetido a julgamento, por tratar-se, como vimos, de crimes de responsabilidade.

Não há, portanto, que se cogitar de eleição, pela Câmara dos Deputados, de uma comissão de três membros para acompanhar o julgamento do acusado, como reza o § 3º do art. 23 da Lei 1.079/50, uma vez que isto importaria em converter a Câmara em órgão acusatório, em contradição manifesta com o papel que desempenhou dando justa interpretação à Carta de 1988, que deixou de conferir-lhe

– como faziam os Estatutos de 1946 e 1969 – processo de acusação (*judicium accusationis*).

Pelas mesmas razões, não compete mais à Câmara dos Deputados participar do processo no Senado Federal, por meio de uma comissão acusadora, para apresentar libelo, inquirir testemunhas etc., de conformidade com os arts. 24 e 27 da citada Lei 1.079, que está, nesse ponto, em manifesto conflito com a atual Constituição.

Donde deve-se concluir que a acusação, que deve ser objeto de processamento e julgamento pelo Senado Federal, é aquela que consta da denúncia, que a Câmara dos Deputados soberanamente considerou conter imputações e elementos bastantes para o processo.

Além disso, os atos que antes a Lei 1.079 outorgava à comissão acusadora da Câmara deve competir aos denunciantes, a começar pelas provas por eles já requeridas, participando do processo no Senado Federal *ex vi* da autorização recebida da Câmara dos Deputados.

## II Parte

### Competência do Senado Federal

Nenhuma dúvida pode substituir, a esta altura das decisões já havidas, de ordem judicial e parlamentar, quanto ao fato de caber por inteiro ao Senado Federal tanto o processo como o julgamento do presidente da República, fazendo-o com base na Constituição, no que resta de válido e eficaz na Lei 1.079/50, bem como nas disposições de seu Regimento Interno, o qual, por sinal, em seu art. 382, só admite a aplicação dessa lei “no que couber”.

Não é demais lembrar o alcance da decisão da Câmara ao autorizar a instauração do processo pelo Senado Federal.

Foi destacado por vários ministros do Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do mandado de segurança impetrado pelo sr. presidente da República que, autorizada a instauração do processo pela Câmara dos Deputados, não cabe ao Senado, senão obrigatoriamente, dar cumprimento à decisão qualificada da Câmara.

Esta é a posição de José Afonso da Silva, ao afirmar:

Não cabe ao Senado Federal decidir se instaura ou não o processo. Quando o texto do art. 86 diz que, admitida a acusação por dois terços da Câmara, será o presidente submetido a julgamento perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade, não deixa a este possibilidade de emitir juízo de conveniência de instaurar ou não o processo, pois que esse juízo de admis-

sibilidade refoge a sua competência e já fora feito por quem cabia. (*Direito Constitucional positivo*, São Paulo, 1990, p. 473).

Nesse sentido também foi enfático o voto do ilustre Ministro Aldir Passarinho no Mandado de Segurança 20.941-1, do qual foi o Relator, nos seguintes termos:

Inicialmente, é de se observar que, embora nenhuma disposição constitucional diga expressamente que a instauração do processo deve, obrigatoriamente, fazer-se ante a autorização da Câmara, ou se ainda dependerá tal instauração de algum procedimento anterior no Senado, podendo este vir a iniciar ou não o processo, penso que a instauração é obrigatória, após a manifestação da Câmara dos Deputados em tal sentido, sob pena da atuação desta ficar extremamente limitada, ou seja, somente prevalecendo no caso de negativa. Caso contrário, a autorização cairia no vazio, se o Senado Federal, de pronto, se recusasse a instaurar o processo.

Assente esse ponto, há que se destacar os dois claros e distintos momentos a se darem no Senado Federal, tomando-se como pressuposto o acima lembrado, de que a instauração do processo é feita como consequência lógica do votado pela Câmara dos Deputados.

Importa, em verdade, situar com precisão os dois momentos processuais destacados no Texto Constitucional (art. 52, I), que correspondem ao *processo*, no sentido específico de instrução probatória, e ao *juízo*.

Os dois instantes, processo e juízo, devem ser examinados à luz da Lei 1.079/50, bem como do Regimento Interno do Senado Federal, que deve ser seguido toda vez que as disposições daquele diploma legal conflitarem com a Constituição.

O processo compreende a plenitude do contraditório, consagrado na Constituição Federal, art. 5º, LV, respondendo o denunciado à imputação, ou seja, aos fatos alinhados na denúncia e, ao depois, considerados no relatório aprovado pela Câmara dos Deputados como tendo sido devidamente descritos.

Cumprido, desde logo esclarecer-se, em razão da essencial alteração operada pela Carta de 1988, que todo processo e juízo se realiza no Senado, sob a presidência do presidente do Supremo Tribunal Federal, e não somente o juízo, como ocorria sob o regime das Constituições anteriores e era, conseqüentemente, previsto no Capítulo III da Lei 1.079/50, arts. 24 e 27.

Quer parecer-nos que se impõe a primeira assertiva em virtude da determinação contida no parágrafo único do art. 52 da Constituição, segundo o qual, no caso do inciso I (processar e julgar o presidente):

Funcionará como presidente (do Senado Federal) o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois

terços do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para exercício de função pública sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Esse artigo, aliás, vem confirmar que não há processo acusatório na Câmara dos Deputados, tal como sempre o entendeu o primeiro dos signatários deste parecer.

No que se refere ao processo, a matéria acha-se adequadamente disciplinada no Capítulo I do Título X do Regimento Interno do Senado, arts. 377 *usque* 382, iniciando-se a sua tramitação da seguinte forma:

a) recebida pela Mesa do Senado a autorização para julgamento dos crimes de responsabilidade, “será o documento lido na hora do expediente da sessão seguinte”;

b) na mesma sessão em que se fizer a leitura, caberá ao Senado receber a denúncia, em virtude da autorização dada pela Câmara e;

c) na mesma sessão, “será eleita comissão constituída por um quarto da composição do Senado, obedecida a proporcionalidade da representação partidária ou dos blocos parlamentares, que ficará responsável pelo processo”.

Isto posto, quer parecer-nos que a instauração do processo se dá no ato em que o Senado recebe a denúncia e elege a comissão supra-referida, porquanto é óbvio que, se a denúncia é recebida e se constitui tal comissão, é porque com esses atos se instaura, concomitantemente, o processo, não tendo sentido falar-se que a instauração somente se dará após a citação do presidente da República, quando completada a relação processual, tese esta de cunho jurídico-formal inaplicável, a nosso ver, à espécie examinada.

Pois bem, da instauração do processo, em razão da eleição da comissão mencionada, decorrem duas ordens de conseqüências:

a) ao presidente da República dever-se-á enviar cópia dos autos existentes na Câmara dos Deputados, com a sua citação, para apresentar sua defesa e oferecer os meios de prova que entender necessários.

b) ao presidente da República será dada ciência, concomitantemente, de que, em razão da instauração do processo, se acha suspenso de suas funções, tal como dispõe o § 1º, inciso II, do art. 86 da Carta Magna.

É oportuno esclarecer que essa disposição constitucional não possui caráter sancionatório, como comumente se pensa, porquanto tem por finalidade preservar a rigidez do processo, impedindo que o presidente da República, no exercício das suas atribuições, possa interferir no processo e julgamento.

Perguntar-se-á sobre qual acusação se baseia a instauração do processo, visto como, conforme esclarecido, a Câmara dos Deputados se limita a dar licença à tramitação da denúncia em virtude de reconhecer sua procedibilidade e a necessidade ou conveniência de se apurar o que nela foi articulado. Assim sendo, a resposta nasce da colocação mesma do problema: a acusação é aquela que ficou consubstanciada na denúncia, devendo a instrução do processo resultar das arguições articuladas nessa denúncia, a começar pela produção das provas por ela requeridas.

Estabelecida, assim, a base da acusação, a comissão eleita pelo Senado tem, como reza a letra *c* do art. 380 do Regimento, a atribuição de responsabilizar-se pela instrução do processo.

Dispõe, ainda, a letra *c* do art. 380 do Regimento Interno do Senado, que:

a comissão encerrará seu trabalho com o fornecimento do libelo acusatório, que será anexado ao processo e entregue ao presidente do Senado Federal, para remessa, em original, ao presidente do Supremo Tribunal Federal, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

Note-se que se declara que dita comissão conclui seus trabalhos “com o fornecimento (*sic*) do libelo acusatório” (nosso o grifo) o que quer dizer que lhe cabe fornecer como libelo acusatório o que, a seu ver, resultar da instrução do processo, a fim de determinar e circunscrever o âmbito da acusação, objetivo essencial do libelo acusatório, o qual consiste em articular a acusação, delimitando-lhe o objeto. Ademais, nada obsta, e seria mesmo aconselhável, que a comissão se limitasse a fornecer ao Senado o libelo acusatório oferecido pelos denunciante.

Dir-se-á que aqueles que acusam não podem, ao depois, julgar, mas devemos, em primeiro lugar, ponderar que cumpre nos atermos à Constituição, que atribui ao Senado competência unitária e indissociável para processar e julgar o presidente, e que, em última análise, o juízo opinativo emitido pela comissão sobre os resultados da instrução é consubstanciado em libelo no interesse da própria defesa.

Fornecido o libelo, terá lugar o julgamento, obedecido o disposto nos arts. 24 e ss. da Lei 1.079/50, com a eliminação, porém, de tudo que importe em conferir à Câmara dos Deputados poder de interferência no processo por meio da antiga e superada sua comissão acusadora, sendo assegurado aos denunciante o papel que o novo sistema de *impeachment*, instituído pelo Estatuto de 1988, implicitamente lhes confere.

Em breves palavras, a comissão acusadora é substituída pelos denunciante para a prática dos atos que a lei especial antes atribuía àquele órgão.

É o nosso parecer.

# A Interpretação Jurídica segundo o Código Civil

\*Francisco Amaral

## 1. Introdução

### O tema da interpretação jurídica nos trabalhos sobre o Código Civil

A publicação e vigência do novo Código Civil brasileiro<sup>1</sup> provocou, como era natural e desejável, uma rica floração doutrinária sobre os aspectos inovadores do novo diploma legal. Congressos e seminários, conferências e cursos, livros e artigos de doutrina, coletâneas de estudos<sup>2</sup> e obras de comentário aos artigos do código,<sup>3</sup> têm realizado um processo de análise e crítica do novo diploma, destacando e explicitando as modificações que com ele se introduzem na ordem jurídica privada. Nessa atividade hermenêutica, utilizando-se este termo no sentido de compreensão do texto, tem sido porém, modesto, ou até inexistente, o interesse dos juristas pelo tema da interpretação jurídica, confiantes, talvez, doutrina e jurisprudência, na permanência do modelo tradicional de interpretação, próprio da modernidade jurídica que marcou o Código Civil de 1916, o chamado Código Beviláqua.<sup>4</sup>

Esse modelo seguia a concepção tradicional, o método exegético, que estava na base do Direito francês, de grande influência na primeira codificação brasileira. Para esse modelo, a interpretação jurídica, que não era uma simples interpretação literária, cultivava grande fidelidade ao texto legal, de modo a dizer-se que culto da lei substituía o culto do Direito. O direito é o que estava na lei, a única fonte do direito, e os juízes deviam ser apenas “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”.<sup>5</sup> Se o texto era claro, não devia ser interpretar-se a lei (*in claris non fit interpretatio*). Se obscuro, devia pesquisar-se a vontade do legislador, recorrendo-se à exposição de motivos, aos trabalhos preparatórios. A interpretação jurídica era assim concebida como tarefa secundária, ocasional e meramente declaratória<sup>6</sup>. Quanto ao processo adotado, seguia-se o método lógico-dedutivo, na forma do silogismo judiciário. Hoje o conceito e o processo de interpretação submetem-se à revisão profunda, impondo-se outro paradigma, coerente com as mudanças que a sociedade pós-industrial produz. E o novo código, enriquecido na sua estrutura por princípios e cláusulas gerais, que lhe dão o carácter de um sistema aberto, pode contribuir para a consolidação desse novo modelo, que é mais condizente com o espírito de renovação metodológica que perpassa pelo Direito contemporâneo. Como afirma Miguel Reale, “É indispensável ajustar os processos her-

---

\*Professor titular de Direito Civil e Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

menêuticos aos parâmetros da nova codificação pois, como nos ensina o insigne filósofo Hans Georg Gadamer... a hermenêutica não se reduz a mero conjunto de normas interpretativas, porque é da essência mesma da realidade cultural que se quer compreender. Nada mais seria prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída”.<sup>7</sup>

É precisamente esse tema, a interpretação jurídica segundo o novo Código Civil, que aqui pretendo desenvolver, como singela mas sentida homenagem a Miguel Reale, uma das maiores figuras do Direito brasileiro, que se enriqueceu com sua concepção culturalista, antipositivista e personalista do Direito, seu historicismo axiológico e seu tridimensionalismo concreto<sup>8</sup>. Em termos de interpretação, inovou em nosso pensamento jurídico com o seu modelo hermenêutico de caráter metodológico, segundo o qual “a interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, é de natureza axiológica, e não pode obedecer a puros critérios da lógica formal”.<sup>9</sup>

## **2. O Código Civil de 2002. Âmbito de juridicidade. Estrutura**

O Código Civil é o conjunto unitário e sistemático de princípios e regras que disciplinam as relações jurídicas de natureza privada.

Constitui-se em um ato de política legislativa que representa determinado momento histórico da sociedade brasileira, em que razões políticas, filosóficas e técnicas justificam a feitura de um novo código, superando a discussão doutrinária da segunda metade do século XX sobre a conveniência de uma nova codificação. A existência de um Código Civil tem vantagens. Sistematiza o saber jurídico de sua época no campo da matéria privada, facilita o conhecimento do Direito positivo, formal, e legitima as decisões proferidas com base nas suas regras, cuja extensão, no sentido lógico das situações jurídicas que comporta, se determina no seu art. 1º. Por sua importância, é visto como o estatuto jurídico da sociedade civil, a Constituição do homem comum<sup>10</sup>.

Coerente com as características do Direito Civil, que é um Direito de formação histórica e jurisprudencial, estável, personalista e liberal, o novo diploma mantém, no possível, a estrutura e a redação do Código de Beviláqua, de 1916, atualizando-o e enriquecendo-o com novos institutos e redistribuindo a matéria. Com significativas opções axiológicas e normativas, que lhe dão um caráter inovador, apto a enfrentar os desafios da sociedade contemporânea, apresenta-se como um texto aberto e flexível que permite ao intérprete maior liberdade de criação e, particularmente ao juiz, maior poder de decisão, porque chamado eventualmente a decidir com base em princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, con-

ceitos de incerta compreensão e extensão. É o caso, por exemplo, dos conceitos de negócio jurídico, de apreciação livre do juiz (CPC, art. 131), modificação equitativa das condições do contrato, montante excessivo da cláusula penal (CC, art. 413), prestação manifestamente desproporcional (CC, art. 517), vida em comum insuportável (CC, art. 1.572), grave violação (CC, art. 1.572), fixação equitativa (CC, art. 953, parágrafo único)<sup>11</sup>.

Quanto ao seu âmbito de incidência, o art. 1º do Código Civil dispõe que *Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*. Significa isso que todos os seres humanos e as pessoas jurídicas são titulares de situações jurídicas, de poderes ou de deveres, reconhecidos e passíveis de exercício no âmbito do direito privado. Ordem, ou ordenamento, é hoje sinônimo de sistema jurídico. O Código Civil é, portanto, um sistema jurídico de direito privado, salientando-se que hoje o direito privado é Direito Civil, dada a unidade das obrigações e a recepção que se fez da disciplina da empresa no sistema do Código Civil. Todas as pretensões decorrentes da violação ou descumprimento dos direitos ou dos deveres exercem-se e decidem-se primeiramente no âmbito do sistema de Direito Civil, que se complementa com a disciplina do Código de Processo Civil. Inicia-se no sistema do Código Civil o processo de raciocínio jurídico que, encadeando a interpretação e a integração, elabora construtivamente a norma jurídica adequada à solução do caso concreto que se apresenta ao jurista.

### 3. Os princípios jurídicos do Código Civil

O Código Civil de 2002 é um sistema aberto, uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais.<sup>12</sup> Elementos desse sistema são os princípios jurídicos, as regras de direito, a doutrina e a jurisprudência. Considerem-se aqui os princípios, por sua importância na fundamentação e no desenvolvimento do processo de interpretação jurídica.

Princípios são os fundamentos que servem de alicerce ou de garantia e certeza a um conjunto de juízos. É a definição de Miguel Reale.<sup>13</sup> Os princípios são proposições normativas dotadas de tal grau de generalidade que, em geral, não podem aplicar-se sem a adição de ulteriores premissas normativas,<sup>14</sup> isto é, verifica-se uma concretização dos princípios com a ajuda de outros enunciados normativos.<sup>15</sup> Têm função interpretativa, integrativa, diretiva ou pragmática e construtiva. Poder-se-ia também dizer que os princípios jurídicos têm uma função *metodológica*, quando se usam para orientar o conhecimento, interpretação e aplicação das normas; uma função *ontológica* quando se constituem em fonte de direito (LICC, art. 4º), e uma função *axiológica* quando exprimem valores fundamentais que inspiram e legitimam o Direito positivo (justiça, segurança, bem comum etc.).

Os princípios contribuem, assim, para a unidade e permanência do sistema, como fonte normativa ou como critérios de interpretação ou de integração, dando-lhe o sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais,<sup>16</sup> o que se reflete, também, na interpretação do novo código. Exigem do intérprete não mais um trabalho de simples exegese, mas um trabalho de permanente construção jurídica, principalmente do juiz, dando azo ao chamado processo atual de jurisdicização do Direito.

Como diretrizes gerais e básicas, servem também para fundamentar e dar unidade a um sistema ou a uma instituição. O Direito, como sistema, seria, assim, um conjunto ordenado segundo princípios, o que se atesta e comprova com o novo Código Civil brasileiro.

Os princípios podem distinguir-se em princípios constitucionais e princípios institucionais, conforme pertençam à Constituição Federal ou à da legislação ordinária, servindo, neste caso, de orientação e fundamento aos institutos de direito privado, especificamente, a personalidade, a família, a propriedade, a obrigação e o contrato. Ou, ainda, em princípios normativos verdadeiros elementos de Direito positivo, e princípios informativos.<sup>17</sup>

No Direito brasileiro, são princípios constitucionais, superiores, que se projetam no direito privado, os princípios da dignidade da pessoa humana, o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.<sup>18</sup> Já no campo do Direito Civil, são princípios institucionais, ou legislativos, os princípios da personalidade jurídica (CC, art. 1º), segundo o qual todo ser humano é pessoa pelo fato de nascer ou até de ser concebido, em uma normatização jurídico-privada do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, no campo infraconstitucional, os princípios da autonomia privada, o da boa-fé e da responsabilidade patrimonial. Em matéria contratual, destacam-se ainda os princípios da liberdade de associação<sup>19</sup> e o da função social do contrato.<sup>20</sup> Nos direitos reais, o princípio da função social da propriedade.<sup>21</sup> No Direito de Família, o princípio da igualdade dos cônjuges<sup>22</sup> e o princípio da igualdade dos filhos.<sup>23</sup>

O princípio da autonomia privada reconhece o poder que os particulares têm de regular, por sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado<sup>24</sup> que funciona como princípio informador do sistema jurídico, isto é, como princípio aberto, no sentido de que não se apresenta como norma de Direito, mas como idéia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico.<sup>25</sup> E funciona ainda como critério interpretativo, já que aponta o caminho a seguir na pesquisa do sentido e alcance da norma jurídica, e de que são exemplos, no Direito brasileiro, os arts. 112, 114, 819 e 1.899 do Código Civil. O princípio da autonomia privada tem sua principal sede

no art. 421 do Código Civil, que reafirma a liberdade contratual, desde que exercida nos limites da função social do contrato. Esta é, por sua vez, uma das manifestações da sociabilidade do Direito e, por isso mesmo, um dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos subjetivos. Articula-se também o referido princípio com o disposto nos arts. 1º e 170 da Constituição Federal brasileira, que estabelecem a livre iniciativa como valor fundante do Estado de Direito Democrático e da ordem econômica, e tem o negócio jurídico como instrumento de sua realização no campo do direito privado patrimonial.<sup>26</sup> Limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica intervindo na economia, criando mecanismos de proteção ao consumidor e regulamentando determinadas espécies contratuais. E bons costumes como o conjunto de regras morais da sociedade que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.

O princípio da boa-fé objetiva, como norma interpretativa (CC, art. 113), que recomenda sejam os negócios jurídicos interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, e como regra de comportamento (CC, art.422), que dispõe serem os contratantes obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé, é significativa inovação do novo Código. Traduz um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual, pelo que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé (CC, art.422). Recomenda um comportamento que se baseie na honestidade, na retidão, na lealdade, e impõe um dever de conduta não abusiva e razoável das partes contratantes em relação ao conteúdo das respectivas prestações. Implica também deveres acessórios de cuidado e segurança, aviso e esclarecimento, informação e colaboração, segredo, proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte. A boa-fé objetiva tem a ver com os processos de formação, interpretação e execução dos negócios jurídicos, de modo geral, mas com alcance, também, na atividade extranegocial, já que aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se no que couber, as disposições legais do negócio jurídico (CC, art.185). Destinatários do princípio da boa-fé são os intérpretes da declaração de vontade, as mais das vezes os magistrados chamados a resolver um conflito de interesses.

O princípio da responsabilidade patrimonial significa que o devedor responde, para o cumprimento das suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (CPC, art. 591), assegurando,

assim, o cumprimento da obrigação de indenizar nascida de atos ilícitos (CC, art. 927).

O princípio da equidade é um princípio ético que orienta a realização do direito no sentido de evitar-se uma injustiça, dada a eventual rigidez da fórmula legal. Princípio básico no campo das relações obrigatórias, apresenta-se sob a forma de cláusula geral. A ela se recorre como critério de decisão de casos singulares,<sup>27</sup> visando uma perfeita igualdade material. Tem função interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo aos critérios da igualdade e da proporcionalidade, uma função corretiva, no sentido de temperar o Direito positivo, principalmente, em matéria contratual, e uma função quantificadora, quando se constitui em medida de quantificação dos efeitos a que a norma conduz, como ocorre, por exemplo, no caso de se fixarem os valores de uma indenização. No Código Civil brasileiro registram-se diversas referências a esse princípio, quase todas no campo das obrigações (CC, arts. 413, 479, 944, 953, parágrafo único, 954, 928, parágrafo único, 156, 1.638, III).

#### **4. Os princípios informativos do Código Civil. Socialidade. Eticidade. Concretude**

Os princípios informativos não representam direito efetivo.<sup>28</sup> São apenas critérios-guias, úteis para o desenvolvimento do Direito. São princípios jurídicos informativos do Código Civil, os princípios da socialidade, da eticidade e o da operabilidade ou concretude.<sup>29</sup>

O princípio da socialidade orienta no sentido de prevalecerem os valores coletivos sobre os individuais, sem prejuízo do valor fundante da pessoa humana.<sup>30</sup> Manifesta-se, por exemplo, no novo conceito de posse, a posse-trabalho, que reduz o prazo de usucapião de um imóvel de 15 para 10 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de carácter produtivo,<sup>31</sup> e também nas limitações ao direito de propriedade, que deve ser exercido de acordo com as suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados o ambiente, o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico.<sup>32</sup> O proprietário pode ainda ser privado da coisa, se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.<sup>33</sup>

O princípio da eticidade sobreleva os critérios ético-jurídicos em relação aos critérios lógico-formais, no processo de concreção jurídica. O juiz é chamado a criar a norma para o caso concreto, pela mediação de princípios e regras do sistema, de conformidade com valores dominantes. Representa esse princípio,

também, a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional<sup>34</sup> o que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo. Os arts. 156 e 157 do Código Civil, que introduzem, respectivamente, o estado de perigo e a lesão no elenco dos defeitos do negócio jurídico, tornando-o anulável, e o art. 478 que, de modo coerente com tal princípio, no sentido de um equilíbrio econômico contratual, permite a resolução contratual por onerosidade excessiva, podem considerar-se também aplicações do princípio da eticidade. Ainda em matéria contratual, outro limite que o mesmo princípio estabelece é a função social do contrato, assim como as disposições pertinentes ao contrato de adesão, segundo as quais deve adotar-se interpretação mais favorável à parte aderente no caso de cláusula ambígua ou contraditória, e também que são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio.<sup>35</sup>

O princípio da operabilidade ou, se quisermos, o princípio da concretude ou concreitude,<sup>36</sup> orienta no sentido de que a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, mas, sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto. Apresentando-se as regras jurídicas como proposições lingüísticas de caráter geral, deve o intérprete, a partir do seu texto, construir a norma-decisão específica para o caso em tela,<sup>37</sup> tendo em vista o ser humano *in concreto*, situado, não o sujeito de direito *in abstracto*, próprio do direito liberal da modernidade que o espírito do código repudia.

## 5. As cláusulas gerais

As cláusulas gerais são disposições normativas abertas, preceitos jurídicos vazios ou incompletos, que podem compreender, por sua generalidade e abstração, grande número de casos, permitindo ao intérprete criar, com mais liberdade, as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que enfrentem. Cláusulas gerais no novo Código Civil são as que dizem respeito à boa-fé, aos bons costumes, à ordem pública, à correção, à diligência do bom pai de família, ao abuso de direito, aos usos do comércio, à equidade. Princípios e cláusulas gerais fazem com que o Código Civil de 2002 se apresente como um sistema aberto, no sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que lhe permite superar o formalismo do sistema de 1916 e promover significativa mudança no modelo metodológico de interpretação jurídica, uma verdadeira “principalização” do modelo interpretativo. A profusão de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 implica maior autonomia do intérprete, na sua função criadora e, conseqüentemente, no reconhecimento de maior poder ao juiz, caracterizando a chamada *jurisdicização* do Direito contemporâneo, já referida. Sendo “cláusulas

abertas”, propiciam ampla compreensão hermenêutica e maior interferência do juiz na solução dos conflitos.<sup>38</sup>

## 6. A interpretação jurídica. O modelo tradicional

O termo “interpretação” tanto indica a atividade que atribui um significado a um texto, a uma expressão lingüística ou a um comportamento humano, quanto o resultado dessa atividade, isto é, ao produto da interpretação.<sup>39</sup>

No campo jurídico, a interpretação é tema do maior interesse doutrinário, constituindo-se hoje no problema central da metodologia da realização do Direito. Reflete a concepção fundamental do Direito de cada época, pressupõe o contexto cultural em que o Direito se situa e vê-se orientada pelos objetivos práticos da realização do Direito.<sup>40</sup> Compreende-se, assim que, tomando como referência o modelo tradicional do Código Civil de 1916, e levando em conta as mudanças da sociedade brasileira contemporânea, seja tema em processo de franca revisão.

A idéia ainda dominante em nosso Direito é no sentido de que a interpretação jurídica consiste em simples exegese do texto. Interpretar seria descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, pré-constituída e oferecida de antemão ao intérprete. O termo *sentido* refere-se ao significado dos conceitos, das fórmulas verbais dos enunciados jurídicos, e o termo *alcance* significa o âmbito de incidência, a extensão, os casos individuais abrangidos pelo conceito.<sup>41</sup> Desenvolver-se-ia o processo interpretativo, porque realizar o Direito exige um prévio entendimento de suas regras, pois sua concretização depende do seu exato sentido e significado. Para essa perspectiva tradicional, objeto da interpretação jurídica seria apenas o texto legal prescritivo, o texto jurídico, e sua natureza seria de índole hermenêutica,<sup>42</sup> isto é, sua finalidade seria apenas de compreensão do significado do texto.

Ainda no campo do modelo tradicional interpretativo, cabe recordar que interpretação e aplicação, interpretação e integração, eram atividades metodologicamente distintas, que orientavam o processo de realização do Direito em um sentido que, se era plenamente coerente com a tradição histórica que nos vinha da ciência jurídica medieval, era completamente inadequada aos desafios que o Direito enfrenta na sociedade contemporânea.

Quanto à natureza da interpretação, duas concepções teóricas, a dos formalistas e a dos realistas. As primeiras entendem que interpretar consiste em descobrir o significado de um texto. A interpretação seria uma atividade de conhecimento das normas.<sup>43</sup> Para os realistas, a interpretação é uma atividade criativa de normas, o intérprete não descobre, mas cria o significado de um texto.

Outra perspectiva classifica as teorias em subjetivistas e objetivistas. A orientação subjetivista, ou intencionalista (Dworkin), historicamente a primeira, defende que interpretar consiste em descobrir a intenção do legislador (*mens legislatoris*), formulada no texto legal. Para a objetivista, ou construtivista (Dworkin) não é a vontade do legislador que se visa, mas o sentido do próprio texto da lei (*mens legis*), sob a sua melhor perspectiva. A lei, promulgada, separa-se de seu autor e alcança uma existência objetiva.<sup>44</sup> O elemento comum entre estas teorias é considerar o texto da lei como objeto de interpretação.<sup>45</sup>

Uma teoria, a da escola da livre pesquisa do Direito (*Freirecht*), considera que o juiz determina a norma, levando em conta as concepções jurídicas, morais e sociais de cada época.<sup>46</sup> A interpretação jurídica seria, assim, uma atividade criadora da norma, critério ou diretiva para solucionar o caso. O trabalho do jurista, dirigido à solução de problemas concretos, não é uma tarefa mecânica, mas um raciocínio prático vinculado a um marco normativo.<sup>47</sup> A interpretação jurídica não é apenas de natureza hermenêutica, mas principalmente de natureza normativa.

Quanto aos elementos de que se utiliza, e de acordo com o modelo tradicional de Savigny, a interpretação pode ser gramatical, lógico-sistemática, histórica e teleológica. Interpretação *gramatical* ou *literal*, a que se processa apenas no campo lingüístico, procurando o sentido e o alcance das palavras, dos conceitos da norma. Seria o elemento básico e a primeira fase do processo interpretativo. A interpretação *lógico-sistemática* implicaria considerar a unidade e coerência do sistema, de modo a afastar a interpretação que leve a um “resultado contraditório” com o disposto em outras normas. As palavras da lei deveriam relacionar-se com o contexto em que se situam, levando-se em conta o contexto legal em que a norma se inscreve, o livro, o título, o capítulo, a seção, o parágrafo. A interpretação *histórica* veria a norma na dimensão temporal em que ela se formou, pesquisando a *occasio legis*, as circunstâncias que presidiram à sua elaboração, de ordem econômica, política e social, o que se reflete particularmente no Direito Civil, um Direito de formação histórica e jurisprudencial, profundamente influenciado por tais elementos. Tem-se, ainda, a interpretação *teleológica*, que investigaria a finalidade social da lei, isto é, os interesses predominantes ou os valores que, com ela, se pretende realizar: a justiça, a segurança, o bem comum, a liberdade, a igualdade, a paz social, como, aliás, dispõe o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Diversamente da concepção tradicional, defende-se hoje, porém, que a interpretação jurídica é um ato unitário em que concorrem esses elementos de modo integrativo, não sendo suscetíveis de consideração individual. Haveria um elemento gramatical, não uma interpretação gramatical.<sup>48</sup>

Quanto aos agentes da interpretação, ela diz-se *judicial*, quando feita pelos tribunais. Geralmente, não se limita à interpretação do texto legal, mas, sim, à

construção de uma decisão de um problema concreto. E *doutrinária*, se feita pelos cientistas do Direito. Neste caso, mais propriamente uma recomendação dirigida aos juízes, atribuindo a uma disposição um determinado significado. A primeira tem caráter oficial, produz efeitos jurídicos.

## 7. Crítica e superação

Diversamente dessa concepção, típica da modernidade jurídica, que via o Direito apenas como um sistema de normas e estas como o seu elemento fundamental, adequadas ao raciocínio lógico-dedutivo, o Direito contemporâneo vê-se como um sistema aberto e constituído não só de regras mas também de princípios que exprimem os valores supremos do sistema jurídico e a ele concedem abertura e flexibilidade. Esta nova concepção implica necessariamente mudança de perspectiva quanto ao problema da interpretação jurídica, que passa a ser considerada pelos estudos mais recentes de teoria e metodologia do Direito, não mais como simples atividade declarativa, mas como processo de obtenção de decisões, um verdadeiro processo constitutivo do Direito.

Superam-se as teorias de ontem (normativismo, realismo, jusnaturalismo) em que os fatos, os valores e as normas apresentavam-se como realidades pré-constituídas, a norma era o ponto inicial da atividade lógica (o raciocínio jurídico) e o pensamento jurídico se orientava para a aplicação da norma. A teoria de hoje, inversamente, considera o caso concreto como o ponto de partida, os princípios como fundamento do raciocínio, e o pensamento jurídico como razão prática que realiza o Direito por meio de uma interpretação jurídica criativa-normativa. Os intérpretes do Código Civil têm, assim, de levar em conta essa mudança, e adotar um novo modelo interpretativo das regras de Direito Civil.

Em face dessa nova perspectiva, pode-se definir então a interpretação jurídica como sendo um ato metodológico de determinação do sentido normativo de uma fonte jurídica, a fim de obter dessa fonte um critério normativo para a realização do Direito.<sup>49</sup> A interpretação jurídica deixa de ser, assim, um problema simplesmente hermenêutico, meramente exegésico, para tornar-se um problema normativo. Seu objeto (o que se interpreta) é não só o texto da lei, como a doutrina tradicional defendia, e era próprio do positivismo jurídico, mas principalmente a regra que desse texto o intérprete constrói.<sup>50</sup>

A teoria tradicional da interpretação jurídica encontra-se, portanto, em vias de franca superação, reconhecendo-se que, diversamente do modelo de ontem, a atividade interpretativa deve partir hoje do caso concreto, procurando conjugar “os ideais da justiça e da segurança jurídica”<sup>51</sup>. Diversamente do que se verificava no raciocínio lógico-dedutivo da subsunção, próprio do pensamento jurídico po-

sitivista da modernidade jurídica, que considerava a regra jurídica, o texto legal como ponto de partida do raciocínio jurídico, é o problema, o caso jurídico a resolver, o *prius* metodológico,<sup>52</sup> desenvolvendo-se uma dialética sistema-problema. O caso seria o *prius* problemático, e os princípios jurídicos, de natureza axiológica-normativa, o fundamento jurídico e, por isso mesmo, objeto da interpretação. A realização do Direito seria um ato normativo, um ato constitutivo de direito, não o resultado de um processo de determinação hermenêutica. A perspectiva atual é, portanto, no sentido de que a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de lógica formal, nem se reduz a uma análise lingüística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica, entendida como razão problemática ou conjetural.<sup>53</sup>

O sentido tradicionalmente hermenêutico e positivista vem a ser substituído por um sentido prático-normativo,<sup>54</sup> entendendo-se que o processo de realização do Direito é um ato decisório que não consiste na mera aplicação da regra jurídica, mas, sim, em uma constitutiva concretização dessa regra.<sup>55</sup> Além disso, a interpretação não se considera mais uma atividade distinta da aplicação, nem da integração. No processo criativo da norma jurídica adequada ao caso concreto, não se distinguem momentos interpretativos, integrativos e aplicativos. Ligam-se todos em um processo contínuo e unitário, uma verdadeira unidade metodológica.<sup>56</sup>

## 8. A interpretação conforme aos princípios jurídicos

O primado dos princípios jurídicos faz crescer a importância do raciocínio jurídico e constitui-se na causa principal da necessidade de revisão dos temas tradicionais da ciência jurídica,<sup>57</sup> permitindo reconhecer que a determinação da norma jurídica funda-se nos elementos do sistema, agora os princípios jurídicos. O reconhecimento dos princípios como fundamentos constitutivos e normativos do Direito e como elementos do sistema do Código Civil, conduz então à possibilidade de um novo modelo interpretativo, a interpretação conforme os princípios. Aplicar um princípio significa formular uma regra com base na qual se resolve o caso em questão, modificando-se a convicção, comum na ciência do Direito, de que as regras jurídicas já se encontram definidas antes da sua aplicação e que, portanto, a tarefa do juiz seja limitada a pescar a regra adaptada ao caso.

A interpretação conforme os princípios, que pode ser simultânea com as outras modalidades, implica, portanto, a passagem metodológica da *ratio legis* à *ratio iuris*,<sup>58</sup> isto é, do sentido da norma legal ao sentido dos fundamentos do próprio sistema, isto é, os princípios jurídicos. Ocorrendo contradição entre estes e as normas do sistema, uma contradição entre a norma e seu fundamento normativo (o princípio-fundamento), suscita-se duas soluções diversas. Uma primeira, de

correção da norma, conforme aos princípios. A norma deve adequar-se ao princípio. Uma segunda solução, no caso da norma ser claramente contraditória ou oposta aos fundamentos axiológicos que o princípio representa, deve preferir-se a *ratio iuris* à *ratio legis*.<sup>59</sup> Há, assim, uma preterição e superação da norma, pois os fundamentos normativos (os princípios jurídicos) devem prevalecer contra os critérios jurídicos positivados (as normas). Verifica-se uma decisão jurídica *contra legem*, mas *secundum iuris*. O decidir *contra legem* legitima-se pelos fundamentos axiológicos do sistema.

## 9. Conclusão

O Código Civil é um sistema que exprime, como todo o Direito, a sociedade e a cultura do seu tempo. Reúne princípios, regras, conceitos e decisões jurisprudenciais a que o intérprete recorre para obter os critérios necessários à solução dos casos concretos que se lhes apresentam. Apresenta-se como um sistema aberto e flexível, no sentido de incompleto, mutável e evolutivo, graças aos princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados que enriquecem a sua estrutura. Sistema aberto significa a existência de uma certa imprecisão, indeterminação. Isso implica mudanças na metodologia da realização do Direito Civil que, da concepção tradicional de interpretação jurídica, que tinha por objeto e princípio as normas do texto legal, a caracterizar um sentido hermenêutico-positivista,<sup>60</sup> passa a ter um sentido prático-normativo. A interpretação jurídica deixa de ser uma simples hermenêutica do texto legal para transformar-se numa atividade prático-criativa do Direito a cargo do jurista intérprete. Segundo Miguel Reale, a interpretação é um processo unitário, integrado e de natureza axiológica, não obedecendo a puros critérios de lógica-formal, nem se reduzindo à simples análise da linguagem, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão problemática ou conjetural.

O Código Civil brasileiro não dispõe sobre a interpretação legal, contendo disposições apenas quanto à interpretação das normas decorrentes da autonomia privada (arts. 112, 114 e 1.899), com o predomínio de critérios objetivos, pois dispõe no art. 112 que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem. “Tratando-se de testamento, prevalece o critério subjetivo (art. 1.899).”

Ainda em matéria de autonomia privada dispõe o código que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (CC, art. 113). Outras disposições, como as da equidade, demonstram a presença e determinação dos princípios no código.<sup>61</sup>

A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece, todavia, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais do Direito e às exigên-

cias do bem comum” (art. 5º). Tendo-se em vista a unidade do processo interpretativo, deduz-se que esse dispositivo compreende, também, a interpretação. Consigna-se, então, de modo expresse, o recurso ao critério teleológico, ao referir-se o dispositivo aos fins sociais do Direito e às exigências do bem comum, valores que o legislador considerou primordiais e que representam o predomínio do social sobre o individual. Fica patente a existência de princípios a orientar e a presidir o raciocínio jurídico, pelo que agora, em face do novo código, pode-se sustentar a existência de uma interpretação conforme aos princípios do Direito Civil.

---

#### Notas

<sup>1</sup> A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no dia 11 do mesmo mês, com *vacatio legis* de um ano, após a sua publicação.

<sup>2</sup> *O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins, coordenadores, 2ª ed., São Paulo, LRT, 2006; *Aspectos controvertidos do novo Código Civil. Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003; J. M. Othon Sidou. *Sobre o novo Código Civil*, 2ª ed., Revista e Ampliada, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004; Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

<sup>3</sup> Cf. *Comentários ao Código Civil*, 22 volumes, Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Editora Saraiva, 2004.

<sup>4</sup> Considera-se aqui a modernidade como sendo a cultura e a organização social que emergiram na Europa no século XVII, tão intimamente ligada ao racionalismo ocidental (Max Weber, *apud* Habermas, *O discurso filosófico da modernidade*, p. 13). O chamado paradigma da modernidade, caracterizado pelo normativismo legalista, que considerava a norma jurídica como ponto de partida de raciocínio jurídico, o Direito como um sistema de normas, e sua realização como a aplicação dedutiva desse sistema por meio do silogismo de subsunção. Outros aspectos dessa modernidade, mais propriamente um legado do Estado de Direito, são o normativismo jurídico, o monismo jurídico, a nítida separação entre a esfera pública e a privada, a sistematização do Direito e o conseqüente movimento de codificação, a generalidade e a abstração da lei e das regras jurídicas, a segurança jurídica como valor fundamental do Direito, garantindo a ordem, estabilidade e certeza na realização do Direito, o formalismo jurídico, que identifica o Direito com a justiça, a centralidade do Código Civil no quadro das fontes do Direito, a separação entre o conceito de criação e de aplicação do Direito, a redução do processo interpretativo à exegese, cfr. do autor. *Direito Civil. Introdução*, 6ª ed., revista aumentada e atualizada, 672 p., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 120.

<sup>5</sup> Mostesquieu. *O espírito das leis*, XI. cap.VI, *apud* Castanheiras Neves. *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 184.

<sup>6</sup> Javier de Luccas. *Introducción a la teoría del derecho*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994, p. 312.

<sup>7</sup> Miguel Reale. *História do novo Código Civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

<sup>8</sup> Francisco Olmedo Llorente. *A Filosofia crítica de Miguel Reale*, São Paulo: Convívio, 1985, 141 e s.

- <sup>9</sup> Miguel Reale. *Fontes e modelos do Direito*. Para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 112.
- <sup>10</sup> Miguel Reale. *O Projeto do novo Código Civil*, 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 48.
- <sup>11</sup> Cfr. Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 325.
- <sup>12</sup> Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Berlim, 1983, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 280.
- <sup>13</sup> Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, São Paulo, 17ª ed., Editora Saraiva, 1996, p. 60 e s.
- <sup>14</sup> Robert Alexy. *Theorie der grundrecht*, 1986, p. 205.
- <sup>15</sup> Idem. P. 193.
- <sup>16</sup> Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 280 e s.
- <sup>17</sup> Giuseppe Zacaria. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, seconda edizione, 2000, p. 80.
- <sup>18</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º.
- <sup>19</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XVII.
- <sup>20</sup> Código Civil, art. 421.
- <sup>21</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 170, III.
- <sup>22</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 226, § 5º.
- <sup>23</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 227, § 6º.
- <sup>24</sup> Werner Flume. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, p.343.
- <sup>25</sup> Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 576.
- <sup>26</sup> Antonio Menezes Cordeiro. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 343 e ss.
- <sup>27</sup> José de Oliveira Ascensão. Equidade, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 32, São Paulo, Editora Saraiva, 1977, p. 394.
- É raro o recurso à equidade nos tribunais brasileiros. Inexiste qualquer súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito. Cfr. Roberto Rosas. *Direito Sumular*, 11ª ed., São Paulo, revista e atualizada, Malheiros Editores Ltda., 2002.
- <sup>28</sup> Giuseppe Zacaria, *op. cit.*, p. 83.
- <sup>29</sup> Miguel Reale. *O projeto do novo Código Civil*, p. 7 e s.
- <sup>30</sup> Idem, *ibidem*.
- <sup>31</sup> Código Civil, art. 1.238, parágrafo único.
- <sup>32</sup> Código Civil, art. 1.228, § 1º.
- <sup>33</sup> Código Civil, art. 1.228, § 4º.
- <sup>34</sup> Miguel Reale, p. 9.
- <sup>35</sup> Código Civil, arts. 421, 423 e 424.
- <sup>36</sup> *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, 2001, Editora Objetiva, p. 789.

- 
- <sup>37</sup> Friedrich Müller. *Discours de la méthode juridique*, tradução francesa de Juristisches Methodik, Berib, 1993, por Olivier Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996, p. 223.
- <sup>38</sup> Miguel Reale. *História do novo Código Civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 53.
- <sup>39</sup> Francesco Viola/Giuseppe Zaccaria. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, seconda edizione, 2000, p. 405.
- <sup>40</sup> Castanheira Neves. Interpretação jurídica, in *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, v. 3. P. 651.
- <sup>41</sup> English, *op. cit.*, p. 99. *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. de Batista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 7<sup>a</sup> ed., 1996.
- <sup>42</sup> Castanheira Neves. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, p. 97.
- <sup>43</sup> Riccardo Guastini. Interpretation et description de normes, in *Interprétation et Droit*, direction de Paul Amselek, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 89.
- <sup>44</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 185. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1993.
- <sup>45</sup> Castanheira Neves. *Digesta*, p. 354.
- <sup>46</sup> Ghestin, *op. cit.*, p. 115. Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux. *Traité de Droit Civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> ed., Paris, LGDJ, 1994; Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 682. Hoje em dia, “toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística), fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito”. Reale, *op. cit.*, p. 293.
- <sup>47</sup> Ricardo Guastini, in *Interprétation et Droit*, p. 101.
- <sup>48</sup> Castanheira Neves. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, p. 106.
- <sup>49</sup> Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 12.
- <sup>50</sup> *Idem, ibidem*.
- <sup>51</sup> César Fiúza. “Crise e interpretação no Direito Civil. Da escola da exegese às teorias da argumentação” in *Direito Civil. Atualidades*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 34.
- <sup>52</sup> Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 125.
- <sup>53</sup> Miguel Reale. *Fontes e modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 112.
- <sup>54</sup> Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 115.
- <sup>55</sup> *Idem*, p. 124.
- <sup>56</sup> *Idem*, p. 125.
- <sup>57</sup> Viola, *op. cit.*, p. 368.
- <sup>58</sup> Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 189.
- <sup>59</sup> *Idem*, p. 191.
- <sup>60</sup> *Idem*, p. 115.
- <sup>61</sup> Código Civil, arts. 413, 953, parágrafo único, 156, 1.638, III.
-

## O Culturalismo Jurídico e a Teoria Tridimensional de Reale

Carlos Fernando Mathias\*

Entre as correntes do pensamento jurídico destaca-se a que se conhece como culturalismo jurídico, posto que, para ela, o direito pertence ao reino da cultura e não ao da natureza. Iniciado na Alemanha, com Josef Kohler (a idéia central de sua obra é o Direito como fenômeno cultural, construído com elementos fornecidos pela civilização) e prosseguido por Emil Lask, que, apoiado em Kant, reafirma o Direito como realidade cultural, teve (e tem) o culturalismo jurídico grande expressão na América Latina. É bastante recordar que se inserem nessa corrente do pensamento jurídico (cada qual a seu modo) a teoria vitalista do Direito ou raciovitalista, de Recaséns Siches (que mais tarde aderiria à formulação teórica de Miguel Reale), a teoria egológica do Direito, de Carlos Cossio (apoiado, principalmente, nas idéias de Ortega y Gasset), e a própria teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale.

Paulo Dourado de Gusmão (*in Introdução ao estudo do Direito*), em síntese didática, assim resume o culturalismo jurídico: “1º) situa o Direito no reino da cultura; 2º) integra o Direito em um todo cultural; 3º) faz acompanhar a sorte do Direito à sorte da cultura em que está integrado, podendo emigrar para outra, quando moribunda a que o criou, como foi o caso do Direito sumeriano ou do Direito romano; 4º) faz depender o conhecimento jurídico do método diferente do aplicado às ciências físico-naturais; 5º) entende o Direito como realidade orientada por valores, destinado a atingir finalidades; 6º) considera a estrutura do Direito composta de dois elementos, um pertencente ao reino da natureza (conduta, perda, papel ou bronze em que o nome está escrito ou gravado), outro normativo, formulado em valores, carregado de sentido”.

Em síntese muito apertada pode-se dizer que, com relação a Recaséns Siches – espanhol de nascimento, naturalizado mexicano e notável jurista que assinalou que a lógica do Direito é a do razoável e não a do racional –, que sua teoria vitalista afastou o Direito do reino da natureza física “e, de igual modo, da natureza psicológica” e do “reino dos valores”, para situá-lo na sua dimensão humana, sob a forma de norma resultante de valores advindos, sob pressão, de fatores sociais. Recorde-se, ainda uma vez, que mais tarde Recaséns Siches aderiria à teoria tridimensional de Reale.

Quanto ao argentino Carlos Cossio, registre-se que teve como ponto de partida básico em sua concepção a fenomenologia de Husserl, e assim pode ser resu-

---

\* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e professor titular da Universidade de Brasília.

mida sua teoria egológica ou do egologismo existencial, segundo nota de Maria Helena Diniz (*in Compêndio de introdução à Ciência do Direito*): “Todo objeto cultural compõe-se de: a) um substrato, que é a sua matéria; conforme esse suporte seja um objeto físico, como mármore, papel etc., ou uma conduta humana, o objeto cultural é, respectivamente, mundanal ou egológico; b) um sentido, onde reside o caráter valioso ou desvalioso do objeto cultural, que está ligado a um valor ou a uma finalidade, porque o homem sempre age em função de valores.”

Em outras palavras, “no pensamento de Cossio, a norma não é o objeto da ciência do Direito. A norma é apenas o instrumento de expressão do Direito, portanto ela não cria ou extingue o Direito. A norma tem um papel constitutivo dos modos de ser do Direito (faculdade, prestação, ilícito ou sanção). A criação legislativa do Direito pode apenas confirmar ou modificar os modos de vida existentes e não elaborar a vida existente”.

Quanto à teoria tridimensional do Direito, desde logo assinala-se que ela pode exprimir-se, de modo muito sintético, em três palavras com denso significado: fato, valor e norma. Vale dizer, os significados do Direito são delineados segundo esses três elementos fundamentais.

Assim, o Direito, de um lado, é fato social; é fenômeno social, valha a antiga parêmia: *ubi societas, ibi jus*. De outro, é norma ou um conjunto de normas, objetivando naturalmente a disciplina da convivência social. Já o direito, como valor, insere-se no campo do axiológico e expressa o valioso em sua projeção temporal, no sentido histórico do seu desenvolvimento total.

Observa Hermes Lima sobre o particular que Miguel Reale se insurge “contra a concepção dos valores como existentes em si e de per si”, porque os valores (e aí usando palavras do próprio Reale) “não são simples objetos ideais, pois valor ou deve ser ou não há indiferente plano de existência, visto como todo valor em si é condicionante da experiência histórica e na história se revela, sem que esta esgote suas virtualidades afirmativas”.

Mestre Reale, em linguagem nitidamente didática, sintetiza suas teoria (*in Lições preliminares de Direito*): “Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao

outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (e lembra que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram”.

Oportuno assinalar que o jurista e filósofo lembra que sua teoria “não surgiu de repente, desde logo plenamente constituída, mas veio sendo completada e aperfeiçoada ao longo do tempo, graças a um constante trabalho de autocrítica e também em função da emergência de novas diretrizes doutrinárias no domínio da Ciência ou da Filosofia do Direito.

É claro que, como sói acontecer, essa teoria foi fruto de uma intuição inicial, quando, ao constatar a persistência de uma divisão tripartida da Filosofia do Direito para fins didáticos – desde o positivista Icilio Vanni até os neokantistas Giorgio Del Vecchio e Adolfo Ravà –, me ocorreu perguntar se essa tripartição não ocultava um problema de fundo relativo à estrutura mesma do fenômeno jurídico, até então não devidamente analisado.

Essa primeira tomada de posição ocorreu em 1940, com a simultânea publicação de duas obras básicas na história de meu pensamento jurídico, *Fundamentos do Direito e Teoria do Direito e do Estado*, de concepção geminada, como foi bem observado, na época, por Waldemar Ferreira.

Nesses dois livros já saliento a existência de três elementos constitutivos, sempre presentes em toda experiência jurídica, a que denominei fato, valor e norma, segundo terminologia ao depois universalizada.

E universalização é o que está na escala precisa da obra de Reale. *O Direito como experiência*, registre-se em abono da assertiva, outro trabalho seu, vindo a público no Brasil em 1968, já em 1973 era divulgado em versão italiana, com longa nota introdutória do professor Domenico Coccopalmerio, da Universidade de Trieste, e logo considerado um dos livros fundamentais da Filosofia do Direito Contemporâneo.

A propósito, Guido Fassó, que a crítica, quase se diria unânime, aponta como o maior historiador da Filosofia Jurídica italiana (na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1956, XI, 4, 1957), ao tratar dos estudos de Miguel Reale sobre a experiência jurídica, considera-os “mais coerentes e lógicos do que outros”. E o já citado Recaséns Siches divisa neles “pontos de enorme alcance para a determinação de um conceito mais apurado de experiência jurídica” (*Dianoia*, 1965, XI, 2).

Miguel Reale, contudo, tanto como jurista quanto como filósofo, não é conhecido só nos grandes centros culturais da Europa e da América, o é também – e isso é impressionante – em países onde normalmente pouco se fala de Brasil. É o caso, por exemplo, da Finlândia e da Croácia. Na Finlândia, em virtude dos estudos sobre a teoria tridimensional do Direito, feitos pelo professor Seppo Laaksi, pertencente à *Universität Tampere* e da *Akademie Finnlands*. Na Croácia, Reale é conhecido como filósofo do Direito devido aos trabalhos de Nicole Viscovic, da Universidade de Split. Sobre o seu pensamento filosófico, outro professor croata, Zdenek Kourin, enviou longa comunicação ao Congresso Latino-Americano de Filosofia (realizado na Espanha), afirmando que é graças ao pensamento conjectural de Reale, e à sua colocação dos problemas dos valores ou da Axiologia, que o Brasil se projeta com contribuições originais na Filosofia Ocidental.

Reale, porém, não escreve apenas para juristas e filósofos. Cuida dos estudantes também. Para eles, por exemplo, escreveu o já mencionado *Lições preliminares do Direito*, um livro cuja estrutura e espírito se firmaram na sala de aula. É obra que contém lições ditas preliminares, de Direito, do alfa ao ômega. Isto é, indo da Introdução à Ciência à própria Filosofia do Direito.

São palavras de Reale sobre o “compêndio” em destaque: “Não será demais ponderar que, com este livro, se demonstra que a teoria tridimensional do Direito, além de seus possíveis valores no plano filosófico, abre algumas perspectivas originais também no plano da Teoria Geral do Direito. De certo modo, é uma contraprova de seu alcance, na medida em que é aplicada visando à compreensão positiva e técnica da experiência jurídica”.

## Miguel Reale\*

Roberto Rosas\*\*

O Instituto dos Advogados do Distrito Federal reúne-se para a entrega do Prêmio Pontes de Miranda, instituído em 1982 e distribuído com parcimônia, e foi a três saudosos juristas Hely Lopes Meirelles, Coqueijo Costa e Orlando Gomes. Mantendo essa tradição, o Conselho Superior escolheu nesta premiação a figura paradigmática, insuperável e extraordinária do Professor Doutor Miguel Reale. O orador poderia invocar o célebre chavão oratório de que o homenageado dispensa apresentação tal o valor de sua vida e de sua obra. Não há como silenciar, porque é importante para os jovens e para outras gerações, para que na expressão

---

\* Entrega do prêmio Pontes de Miranda a Miguel Reale, em 06/04/99, no Instituto dos Advogados do Distrito Federal.

\*\* Professor titular da Universidade de Brasília, conselheiro federal da OAB, membro fundador e ex-presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal.

do homenageado haja saudade do futuro, nostalgia precursora e receosa daquilo que pode, deve ou tem de acontecer. Para o futuro ficará essa imensa obra jurídica do professor, do advogado, do administrador, do filósofo, produto de abnegação e amor ao Direito nesses longos mais de sessenta anos de atividades, marcada pontualmente a partir de 1940 quando Reale candidata-se à cátedra de Filosofia do Direito da grandiosa Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que desde 1828 já espalhara pelo Brasil os seus ensinamentos e suas glórias, por seus professores e alunos. Reale apresentara sua tese sobre os Fundamentos do Direito com os pródromos da fundamentação, formação e validade do Direito. Dizia “O Direito, em verdade, só pode ser compreendido como síntese de ser e dever ser”. É o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente segundo uma ordem de valores. Então o fato e norma, numa dimensão bidimensional. Faltava o valor. Mas o passo seguinte daria a dimensão extraordinária da teoria tridimensional do Direito – fato, valor e norma. Toda conduta ética é a realização (fato) de um valor, mediante uma norma. Tal a influência dessa teoria, que o notável Luiz Recaséns Siches, grande professor de Filosofia do Direito, reconheceu a incorporação do pensamento de Reale à sua própria Filosofia do Direito. Estava estabelecido um marco na Filosofia do Direito no Brasil, antes e depois de 1940. A Faculdade de Direito de São Paulo trazia a grande glória de Pedro Lessa, luzeiro de Direito e de sua disciplina magisterial. Essa expressão foi retomada por Reale ao fixar a Filosofia do Direito como entendimento do *jus* como concreção social e de experiência. Mas Reale não ficou no mundo da Filosofia, porque ligou o Direito à experiência, e isso transparece de seu livro *O Direito como Experiência* – nele a dogmática jurídica corresponde ao momento quando a experiência jurídica põe-se como efetivo sistema jurídico. O Direito é uma das ciências fundamentais da experiência humana. Retoma o tema da experiência em seu livro *Experiência e Cultura* – como complexo de formas e processos mediante os quais procuramos nos certificar da validade de nossas interpretações da realidade, e consagra-se no livro *Pluralismo e Liberdade* com as exigências essenciais de sua época, traduzindo o substancial no ser histórico. Para Reale, o Direito desenvolve-se à medida que a necessidade vai exigindo e os fatos vão ditando. E isso sentiu como advogado que é até hoje em suas demandas e seus pareceres formidáveis, como os de interpretação da atual Constituição – a ordem econômica, meio ambiente, o Judiciário e a missão da justiça, a ética do juiz, e a conceituação jurídica do Binacional Itaipu como pessoa jurídica internacional. Estabelece-se uma relação entre o filósofo do Direito e o advogado, tal qual na convivência de D. Quixote com Sancho Pança com a transposição de personalidades. O escudeiro recepcionou a alma do amo. O advogado recepcionou o filósofo do Direito lembrando o pensamento de Eduardo Couture – o advogado transforma a vida em lógica, e o juiz transforma a lógica em justiça. A vida do pensador não

impediu a atividade administrativa de Reale. Reitor, por duas vezes, em 1948 empreendeu a interiorização da Universidade de São Paulo, destacando-se a criação da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, hoje importante núcleo do ensino médico. Foi o ambiente universitário o seu mundo, como bem refletiu em seu discurso de posse na Academia Brasileira de Letras ao suceder ao grande educador paulista Fernando de Azevedo, ou como o doutor *honoris causa* em Coimbra, Lisboa e Gênova. A tudo com a imensa dedicação que transformou o Instituto Brasileiro de Filosofia numa grande instituição de cultura filosófica. Duas vezes Secretário de Justiça do governo paulista, empreendeu em 1969 a descentralização dos órgãos do Judiciário, e criou as varas distritais, hoje importantes núcleos de distribuição da justiça na capital paulista. Homem do seu tempo e seus problemas não fugiu do debate político e o circunscreveu à defesa do parlamentarismo, escrevendo livro sobre o tema. Não fuge ainda hoje, na sua coluna quinzenal do jornal *O Estado de São Paulo*, pregando e discutindo os temas de hoje – governo, ação, políticas, como não fugiu às musas escrevendo poesia enfeixada em seu livro *Poemas do Amor e do Tempo*. O Instituto dos Advogados do DF acertou, ao conjugar essas duas figuras notáveis da vida jurídica: Pontes Miranda e Miguel Reale. Ao escrever sobre os cem anos da ciência do Direito no Brasil dedica-se a Pontes Miranda – como figura exemplar de jurisconsulto. Pontes foi um dos maiores juristas brasileiros, por seu pensamento original, por seus ensinamentos, por sua obra monumental. Ninguém acima de Reale para receber este prêmio. Numa conjugação de coincidências, em 1979 Reale recebeu Pontes Miranda na Academia Brasileira de Letras. Lembrava Reale a Pontes – “na história da inteligência, os últimos lembrados são os mais gloriosos. Glória que tarda é maior, porque exigiu mais altos espíritos que a pudessem sentir e proclamar”. Professor Miguel Reale, V. Exa. tem o tempo a seu favor, o tempo da memória, como disse Norberto Bobbio, das lembranças, de seus discípulos, amigos e admiradores, e também do Instituto de Advogados do Distrito Federal que o abraça nesta noite.

# Acórdãos Inteiros Teores

## Corte Especial

**Agravo Regimental na Suspensão de Segurança**  
**2005.01.00.074064-4/DF**

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Presidente

---

Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Requerente: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel  
Procurador: Dr. Antônio Domingos Teixeira Bedran  
Requerido: Juízo Federal da 7ª Vara/DF  
Autora: Telemig Celular S/A  
Advogados: Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros  
Publicação: DJ 2 de 18/04/06

---

### **Ementa**

*Processo Civil. Suspensão de segurança. Grave lesão à ordem econômica.*

I. Não examina, em princípio, o presidente do Tribunal, se a decisão é ou não correta, justa ou injusta, legal ou ilegal, se foram ou não analisados os pressupostos para a concessão da liminar ou para a procedência da ação. Deve, tão-somente, apreciar se o ato judicial causa grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

II. Por ordem pública, entende-se uma situação de normalidade, de um estado de legalidade, em que há observância às normas que disciplinam e ordenam a sociedade. Se a decisão causa transtorno profundo a essa ordem, deve ser suspensa.

III. A lesão causada a um determinado número de consumidores não configura *grave lesão* à ordem econômica. Na hipótese, não há, inclusive, prova inequívoca de grave lesão à economia pública.

### **Acórdão**

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencidos o Relator, Juiz Presidente, Aloísio Palmeira, e os Juízes Assusete Magalhães, Olindo Menezes, Luciano Tolentino Amaral e I'talo Mendes, dar provimento ao agravo regimental.

Corte Especial do TRF-1ª Região – 16/03/06.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator p/ acórdão.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima:* — 1. A Telemig Celular S/A opõe embargos de declaração à decisão do Des. Federal Olindo Menezes, em plantão, no exercício da Presidência, que deixou de reconsiderar decisão profe-

rida pelo eminente Des. Federal Carlos Fernando Mathias, também no exercício da Presidência, a qual sustou liminar concedida pela Juíza Federal Substituta da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal para “*determinar a suspensão dos efeitos do Ato 54.326, do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, de 28/11/05, ficando a Stemar Telecomunicações Ltda. impedida de operar na área constante do item 3.1 do Edital 2/04/SPV/Anatel, até ulterior deliberação deste Juízo*”.

2. Afirma que a decisão ora embargada não examinou a questão no aspecto da lesividade à ordem pública e que o suposto prejuízo dos usuários da Stemar, em razão da interrupção das atividades, não se insere no conceito de dano à ordem pública, que autoriza o presidente do Tribunal a suspender execução de decisão judicial, uma vez que a quantidade de usuários – 6.000 – corresponde a apenas 0,007% do total de usuários do País e 0,07% de Minas Gerais.

3. Requer, assim, o acolhimento dos embargos “*para o fim específico de reduzir a extensão da decisão suspensiva decisão (sic) de 21/12/05, proferida pelo Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias no exercício da Presidência, de forma que a suspensão da execução da liminar beneficie apenas os usuários que tenham contratado com a Empresa Stemar até a data de protocolo do presente Incidente, mantendo a continuidade da prestação de serviço a quem já dele usufruía até então (continuidade do serviço prestado)*”.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima: — 1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Telemig Celular S/A contra a seguinte decisão, proferida pelo Des. Federal Olindo Menezes, em plantão, no exercício da Presidência:*

A Anatel, no uso de sua competência legal, deu curso à Licitação 2/04/SPV, para a exploração de serviço móvel pessoal em certas áreas do País, na subfase de Radiofrequências E, saindo vencedoras do certame as empresas Telemig Celular, para o Lote 3.2, e a Stemar, para o Lote 3.1, estando as duas empresas no momento – depois de uma verdadeira “maratona” de ações judiciais e administrativas –, em virtude da decisão da Anatel, expressa no Ato 54.326, de 28 de novembro de 2005, prestando os devidos serviços licitados.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães, Olindo Menezes, Luciano Tolentino Amaral, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Tourinho Neto, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Souza Prudente, Fagundes de Deus, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Maria do Carmo Cardoso. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Mário César Ribeiro e Carlos Olavo. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Selene Maria de Almeida. Afirmou suspeição, por motivo de foro íntimo, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

Essa normalidade institucional é que avulta no momento, em nome da ordem jurídica e da ordem econômica, ficando em segundo plano interesses menores da recorrente, com a devida vênia. Foi isso que deixou claro o despacho recorrido, de fls. 252 – 254, não somente dando como violado, por parte da última decisão da 7ª Vara Federal/DF, o § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92 – e o momento não é próprio para encetar contraditório a respeito –, como também demonstrado o atendimento ao interesse público, pois, com a prestação dos serviços, por quem resultou habilitado no processo de licitação – as duas empresas, entre elas a ora recorrente! –, resultam atendidos os usuários (seriam 6.000 os adquirentes dos planos da Stemar) finais do serviço pessoal móvel.

Por ora é o que basta à manutenção da decisão recorrida, em desatendimento ao pedido de reconsideração, cujo atendimento só seria admissível em casos de extrema ilegalidade ou abuso de direito, obviamente não ocorrente. Ademais, não fica bem (a Justiça vive também de imagem); não é edificante, com toda a vênia, que no Tribunal recomece o “festival” de recursos e contra-recursos ocorridos em primeira instância.

A mais disso, o juízo revisional natural da decisão ora recorrida é a Corte Especial do Tribunal, a tempo e modo que a recorrente, que já manifestou recurso, deverá aguardar. Tal o contexto, indefiro o pedido de reconsideração, devendo aguardar-se o julgamento natural do agravo.

2. As decisões do Superior Tribunal de Justiça têm se inclinado pelo cabimento de embargos de declaração em qualquer decisão judicial (EREsp 159317/DF, *DJU* 26/04/99). Todavia, este Tribunal se posiciona na linha de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que sustenta ser cabível agravo regimental, nos termos do art. 249 e § 1º do Regimento Interno, para impugnar decisões proferidas pelo relator. Vejam-se os seguintes precedentes deste Tribunal: EDAG 2001.01.00.019205-0/DF, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, *DJU* de 21/05/02; AGA 1999.01.00.033249-8/BA, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, *DJU* de 14/08/01; EAGAMS 1999.01.00.122461-6/MG, Rel. Juiz convocado Ricardo Machado Rabelo, *DJU* de 23/05/03; AGMS 1999.01.00.026832-4, Rel. Des. Federal Catão Alves, *DJU* de 19/08/99.

3. Recebo, portanto, os embargos, que deduzem pretensão com efeito modificativo, como agravo regimental e passo à análise do pedido.

4. A pretexto de omissão no exame da lesão ao interesse público, pré-requisito da suspensão de segurança, pretende a requerente, em verdade, forçar o julgamento do agravo regimental interposto contra decisão do Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, que suspendeu a execução de liminar do Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para permitir à Stemar Telecomunicações Ltda. a continuidade da prestação de serviço móvel pessoal no Estado de Minas Gerais.

5. Argumenta ser incabível o deferimento da suspensão, uma vez que a alegada quantidade de usuários da Stemar – seis mil – não é suficiente para acarretar grave lesão ao interesse público e que *“não há um só documento nos autos que prove o número de clientes que a Stemar possui ou possuía à (sic) época do protocolo da inicial suspensiva. São meras alegações, insuficientes a justificar a extrema medida postulada”*.

6. Não há, entretanto, nenhuma omissão na decisão que manteve a suspensão da liminar, com base na necessidade de proteção à normalidade institucional, uma vez que as diferentes e sucessivas decisões proferidas pela MM. Juíza Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ora concedendo permissão para o exercício das atividades da Stemar e ora proibindo sua continuidade, produzem insegurança jurídica e afetam a credibilidade do Poder Judiciário, independentemente do número de pessoas ou usuários do serviço. Demais, como reforço da argumentação, vale mencionar declaração da Anatel, a fls. 608 dos autos: *“...segundo informações constantes do cadastro da Anatel (doc. anexo), até 31/01/06, a Stemar já detinha 75.055 (setenta e cinco mil e cinqüenta e cinco) acessos (estações) móveis de assinantes no Estado de Minas Gerais”*.

7. Acrescente-se, ainda, que a doutrina e a jurisprudência reconhecem compreender-se no conceito de ordem pública a ordem administrativa em geral, assim entendida como o devido exercício das funções administrativas pelas autoridades constituídas, bem como a normal execução dos serviços públicos.

8. A Anatel editou o Ato 54.326/05, em que reconheceu a extinção do vínculo societário entre a Telemig e a Stemar, como requisito indispensável ao exercício de atividades da Stemar em Minas Gerais, visto que decisão anterior da própria Anatel, com base no art. 2º do Ato 53.250/05, impedia a operação da Stemar naquele Estado enquanto não fosse desfeita a coligação.

9. Assim, a decisão que suspende deliberação do órgão regulador no exercício da competência e das atribuições que foram fixadas pela União, com fundamento na Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97, é suscetível de acarretar lesão à ordem administrativa e, conseqüentemente, à ordem pública.

10. Na ponderação dos riscos, sobrelevam, portanto, os danos que a manutenção da liminar poderá trazer à ordem pública.

11. Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental e mantenho a decisão agravada.

É o voto.

## Voto Vogal Vencedor

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Senhor Presidente, veja, Vossa Excelência, quando a Anatel entrou com o pedido de suspensão, o número de usuários (que já não podia ser, porque ele tinha de cumprir a liminar da juíza) era de seis mil. Quer dizer, seis mil, segundo o cálculo que a Telemig faz, corresponderiam a 7/100 (sete centésimos) de usuários no Brasil ou 7/10 (sete décimos) de Minas Gerais. E a empresa que deveria, segundo estou lendo aqui da decisão da juíza, ter cumprido o edital de licitação, não cumpriu, desfazendo a coligação. Ela continuou. Sabendo de tudo que estava ocorrendo, ela continuou. E chegou, nessa última da Anatel, como Vossa Excelência disse, a 75.000 usuários.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira:* — É dessa empresa Stemar. Já são 75.055 usuários.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Eu não vejo nenhuma lesão à economia pública, não. Lesados foram os usuários. E o que é que dá nisso? A Stemar indenizar os usuários, devolver aos usuários, porque esses usuários é que foram enganados pela Stemar. Portanto, não vejo aí, *data venia* de Vossa Excelência ...

## Esclarecimento

*O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira:* — A Anatel havia dado uma decisão anterior, impedindo a operação da Stemar em Minas Gerais, enquanto não fosse desfeita a coligação com a Telemig. Mas, depois, a Anatel editou um outro ato. O Ato anterior é 53.205; depois, editou um novo Ato 54.326, declarando reconhecer a extinção do vínculo societário entre a Telemig e a Stemar. Assim, depois disso, foi que ...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Veja, Vossa Excelência: a Anatel baixou o edital, dizendo que deveria haver a desvinculação das empresas. Muito bem. Depois, baixa um outro ato contrariando o edital que ela tinha baixado; e que as empresas submeteram a esse edital. Como pode isso? Que segurança há, não só jurídica como econômica, para as empresas? Quer dizer, ela baixa um ato de licitação ...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira:* — Mas a própria Anatel corrigiu o erro. Quando a Anatel o inquiriu, foi no pressuposto de que as duas empresas eram coligadas. Mas, depois, fez a correção.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Não é isso. As empresas continuaram coligadas. Ela, quando recebeu (no início era bem menor que 6.000) esses 6.000 usuários, na verdade, ela não poderia. Aí a Anatel mudou, quer dizer, contrariou o seu próprio edital (estou lendo isso no que está no memorial e no documento que recebi). Quer dizer, ela muda o edital e, depois, diz que, se já tem 75.000, não pode mais votar, porque isso aí é lesar a economia pública. Lesar a economia pública, não; lesão aos usuários, *data venia* de Vossa Excelência. E ela tem que pagar é aos usuários.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira:* — Olha aqui. “A Anatel no uso de sua (...) (lê) (...) serviços licitados.”

Houve uma primeira decisão do Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, que deu efeito suspensivo na suspensão de segurança; (depois foi o que ocorreu), a Telemig entra com um pedido de reconsideração, e o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, ambos no exercício da Presidência, negou esse pedido de reconsideração da decisão proferida pelo Desembargador Federal Olindo Menezes, no exercício da Presidência, dando efeito suspensivo. Desse despacho do Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias no exercício da Presidência é que a Telemig Celular interpôs os embargos de declaração.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Quando o Juiz Fernando Mathias fez a suspensão, deu o despacho suspendendo (só tinham 6.000 usuários). É nesse momento que ele tinha que avaliar, e não agora que há 75.000. E na data que foi dada a decisão? Onde estaria? Porque essa questão de impedir suspensão é muito grave. Onde estava na hora, no momento em que ele deu a decisão? Onde estava a grave lesão à ordem econômica? Lesionados estavam os usuários, naquele momento. Agora, são 75.000. Se Vossa Excelência não trouxesse hoje, daqui a dois, três meses, estaria em 100.000, 200.000. Oh, 200.000! Aí é questão realmente de grave lesão à ordem econômica, à ordem pública. Não pode!

*O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira:* — Agora, essa é uma questão que tem que ser resolvida nas vias ordinárias.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Não. É aqui no pedido de suspensão. Isso é no pedido de suspensão. A questão lá controlada é outra coisa. E a Juíza da 7ª Vara decidiu que, após a adjudicação do objeto de licitação em favor da Stemar, a Superintendência de Serviços Privados da Anatel instaurou procedimento de averiguação para analisar a existência de suposta coligação. Ora, até esse momento tinha que ser cumprido o edital. Não tenho dúvida.

*Data venia* de Vossa Excelência, dou provimento ao agravo regimental. Não vejo grave lesão à ordem pública nem à ordem econômica. Vejo que foram lesionados os usuários, e, se hoje são 75.000, é em razão da suspensão, do despacho que suspendeu, exatamente pela razão do despacho.

## Afirmação de Suspeição

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Senhor Presidente, declaro minha suspeição por motivo de foro íntimo.

### Voto Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Senhor Presidente, a minha posição é essa que já exteriorizei no despacho constante dos autos. Esses problemas de ordem fática, intercorrentes, devem ser analisados na Turma, como juízo natural, no julgamento do agravo de instrumento.

As seguidas manifestações das partes interessadas na interrupção ou na manutenção dos serviços de telefonia, seguidas de pressões de toda ordem sobre o juízo, levaram a seguidas alterações da decisão recorrida. As seguidas manifestações das partes, na linha do já referido, não permitem que o processo se estabilize para uma correta decisão. É indispensável que o processo tenha um mínimo de estabilidade fática e argumentativa, para que o julgador possa emitir um juízo; se os fatos mudam, a decisão de ontem já não vale hoje.

As discussões desta sessão, portanto, estão sendo travadas em campo indevido. *Data venia* do ilustre advogado, tenho que a decisão agravada preserva melhor a estabilidade do processo, evitando, sobretudo, o que chamei no meu despacho de “torneio” de decisões judiciais. Os grandes escritórios não se conformam, no interesse dos seus clientes, com as decisões judiciais que lhes são adversas, procurando, a todo ritmo, alterá-las antes do momento de julgamento. É petição atrás de petição; memoriais, contramemoriais etc., ensejando a revogação e a revalidação de despachos e decisões antes do tempo natural de julgamento, o que não é bom para a imagem do Judiciário. Não é cabível que também o Tribunal passe a agir dessa forma, passando uma impressão de insegurança e de falta de critérios decisórios. Proferida a decisão suspendendo o despacho recorrido, até que a Turma, como juízo natural, sobre ele se manifeste, em princípio não se deve alterá-lo. Peço vênias, mais uma vez, a quem assim não pensa, e acompanho o voto de Vossa Excelência, negando provimento ao agravo regimental.

É o voto.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor Presidente, a decisão ora agravada embasou-se no texto da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, que con-

tém dispositivos flagrantemente aniquiladores da garantia fundamental do acesso pleno à Justiça, senão vejamos:

Art. 1º: Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Vejam Vossas Excelências que este art. 1º da referida lei é um anátema à garantia fundamental que diz que nenhuma lei neste País poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV). Observem que historicamente essa lei foi editada pelo então Presidente Fernando Collor, visando exatamente amordaçar os magistrados brasileiros para não liberar os cruzados bloqueados durante seu governo. Está aqui escrito embaixo do texto legal: Fernando Collor. Ademais, essa lei comete a ignomínia, em seu § 3º do art. 1º, de estabelecer que não será cabível medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação. O legislador não sabe sequer qual a natureza jurídica de uma medida liminar e diz tolices, e, ainda assim, negando vigência à garantia fundamental do inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Mas é no art. 4º desta Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, que se embasa a decisão ora agravada. E diz o texto:

Art. 4º: 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.

Invoco aqui a autoridade do doutor, literalmente assim escrito, João Batista Moreira, que, na sua bela tese de doutorado, tratou com pena de mestre sobre a dimensão dos conceitos indeterminados. E Sua Excelência sabe que essas expressões, nascidas nas entranhas do regime de exceção, tais como lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, equivalem também à expressão lesão à segurança nacional. O que significa isso? No caso concreto, como já bem fora observado, não nos cabe aqui discutir do acerto ou do desacerto da decisão singular, não é esse o âmbito da suspensão de segurança, maliciosamente previsto no art. 4º da Lei 8.437, de 1992. Aqui há de se verificar se realmente essa contrariedade à economia pública está caracterizada nos autos. E a agravante nos trouxe com clareza lapidar a resposta a essa pergunta.

A resposta a essa pergunta está escrita no memorial da agravante que no regimento demonstrou-se que os seis mil usuários da Stemar representavam cerca de 0,007% dos usuários do País e algo em torno de 0,07% dos usuários de Minas

Gerais (em dezembro de 2005). Já os 75 mil acessos mencionados na última petição da agência representam hoje cerca de 0,008% do mercado nacional e 0,82% do mercado mineiro (em janeiro/06). Não há dessarte como subsumir isso no conceito de lesão à ordem pública e à economia do País. Ademais os clientes não serão tão prejudicados com a revogação da suspensão. Eis que há outras três operadoras que podem absorvê-los imediatamente com aproveitamento do aparelho, já que todas usam a tecnologia GSM. A meu ver essa é a questão a se encarar na apreciação do feito de suspensão de segurança. Não há mesmo nem um suporte fático para caracterizar lesão à ordem pública. E nem se diga que daí resultaria a insegurança jurídica pelo fato de nove dias após a concessão da tutela cautelar pelo douto Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal nesta matéria, o mesmo juízo revogara a sua tutela cautelar e logo em seguida, após alguns dias, ele revigorara a mesma tutela cautelar. Não vejo como em um tempo tão exíguo, o que é próprio da natureza do juízo de retratação em uma decisão interlocutória, possibilitar-se um aumento assim expressivo de assinaturas de usuários de telefonia para caracterizar a contrariedade à ordem pública e à economia popular.

Com a devida vênia carece de substrato fático e jurídico a douta decisão que suspendeu a medida cautelar acertadamente produzida pelo douto Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, e sem adentrar a outros argumentos aqui trazidos à colação pela agravante, porque entendo que tão-só este é o bastante para que esta Corte dê provimento ao agravo regimental. E assim o faço, com a devida vênia do voto de Vossa Excelência, Senhor Presidente.

Acompanho a divergência.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus:* — Senhor Presidente, peço vênia a Vossa Excelência e aos demais ilustres pares que o seguiram para acompanhar a divergência ao entendimento de que não está evidenciada na situação dos autos grave lesão à economia pública.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves:* — Também ouvi os debates, tenho entendimento de que há um abuso na utilização deste instrumento de exceção de suspensão de segurança. É uma medida excepcional que deve ser deferida excepcionalmente. O órgão natural para examinar a questão é a Turma. Se o juiz concedeu ou negou liminar, se a parte agravou, penso até que a Presidência deveria ter cuidado de olhar. Se é um agravo sendo apreciado na

Turma, não tem que, *data venia*, a Presidência, que está longe da questão fática, que está longe da questão fundamental, proferir uma decisão suspendendo ou não. Penso que a sede apropriada para se discutir o acerto ou desacerto de uma decisão é a Turma. Portanto, não me impressiona essa concessão de liminar, revogação. Realmente é lamentável que essas coisas aconteçam, mas as partes certamente representadas por bons advogados saberão interpor recursos apropriados ao órgão competente. Não vejo com fundamento essas suspensões que se proliferam por aí, e não são poucas.

Peço vênia ao eminente Relator e acompanho a divergência.

## Primeira Seção

### Ação Rescisória

2003.01.00.002544-5/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Itelmar Raydan Evangelista

Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradora: Dra. Adriana de Almeida Menezes

Ré: Maria Helena de Oliveira Félix

Advogada: Dra. Inês Margarida de Souza

Publicação: DJ 2 de 05/04/06

### Ementa

*Processual Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Violação a literal dispositivo de lei. Art. 485, V, do CPC. Art. 124 da Lei 8.213/91. Acumulação indevida de pensão por morte. Condenação no pagamento de pensão por morte a beneficiário já em gozo daquela prestação pela morte de outro segurado. Matéria não objeto de apreciação na ação originária. Irrelevância. Rescisória admitida. Direito adquirido à época da CLP – Decreto 89.312/84, que admitia a acumulação do benefício de pensão. Ação rescisória improcedente.*

I. A questão processual suscitada pelo Ministério Público quanto à carência de ação, por não haver o dispositivo legal violado tratado na ação de origem, está diretamente relacionada com a necessidade de prequestionamento acerca da lei tida por violada, para que restasse autorizada a admissibilidade da rescisória sobre aquele específico fundamento. Embora a possibilidade ou não da acumulação de pensões não tenha sido objeto de discussão na ação original, este fato é, a meu sentir, irrelevante para o ajuizamento da ação rescisória, se é possível inferir

dos efeitos da condenação imposta pelo acórdão rescindendo manifesta ofensa a dispositivo de lei que a desautorizava. Precedentes do STF RTJ 97/699, 116/871, 124/1.101.

II. Resta inequívoco que os fatos determinantes das pensões cuja acumulação restou determinada, ocorreram em 04/04/84 e 28/08/86, época em que à evidência não se encontrava em vigor o art. 124 da Lei 8.213/91. Na época disciplinava as relações jurídicas previdenciárias a Consolidação da Legislação Previdenciária, instituída pelo Decreto 89.312/84, que, a cuidar dos benefícios inacumuláveis, assim estabelecia em seu art. 20: “**Art. 20.** Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto de: a) auxílios-natalidade, quando o pai e a mãe são segurados; b) aposentadoria e auxílio-doença; c) aposentadoria e abono de permanência em serviço; d) duas ou mais aposentadorias; e) renda mensal vitalícia e qualquer benefício da Previdência Social urbana ou outro regime, salvo o pecúlio de que tratam os arts. 55 a 57.”

III. Como se vê, não existia impedimento legal a que o dependente percebesse dois benefícios de pensão, caso houvesse o fato determinante de cada um, qual seja, o óbito dos respectivos segurados, não havendo infringência, por parte do acórdão rescindendo ao dispositivo de lei invocado – art. 124 da Lei 8.213/91.

IV. Ação rescisória julgada improcedente. Honorários de sucumbência em R\$ 1.000,00.

### Acórdão

Decide a Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, admitir a ação rescisória e julgá-la improcedente, nos termos do voto do Juiz Federal Relator convocado.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 14/03/06.

Juiz *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator convocado.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Itelmar Raydan Evangelista:* — Cuida-se de ação rescisória pela qual postula o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a rescisão de acórdão da Primeira Turma da Primeira Seção, proferido na Apelação Cível 94.01.23657-7/MG, publicado em 23/01/00, que, confirmando sentença recorrida, reconheceu à ré direito à pensão pela morte de seu marido, ocorrido em 04/04/84.

Arrima a pretensão rescisória no art. 485, V, do Código de Processo Civil, afirmando haver incorrido o acórdão rescindendo em violação a literal dispositivo

de lei, porquanto em outra ação obtivera a condenação do INSS a pagar igual benefício de pensão, em razão da morte de seu companheiro, ocorrida em 28/08/86. E a sentença condenatória já fora confirmada por este Tribunal quando do julgamento da Apelação Cível 96.01.02260-0/MG, cujo acórdão fora publicado em 20/11/00.

À luz do que estabelece o art. 124 da Lei 8.213/91, não é permitido a acumulação de dois benefícios de pensão. Assim, o acórdão rescindendo, por último proferido – AC 94.01.23657-7/MG – assim o foi em detrimento de expressa e literal disposição legal a desautorizar o direito postulado naquela ação.

Requer seja rescindido o acórdão com prolação de outro, julgando improcedente o pedido formulado.

Ao contestar a ação, argúi a ré a inépcia da petição inicial porque não comprovado o depósito da importância de 5% (cinco por cento), previsto no art. 488, II, do CPC.

Quanto ao mérito, diz não haver o impedimento à pensão, ao fundamento de estar abrigada pelo direito adquirido, já que ocorrido o óbito em 1985.

Sob outro aspecto, ainda que acolhida a tese de inacumulabilidade das pensões, existe dependente filho menor a fazer jus ao respectivo benefício até setembro de 2004, quando completará 21 anos de idade.

Oportunizada a especificação de outras provas, as partes as dispensaram.

Em parecer de fls. 117/122, o Ministério Público Federal manifestou pela extinção do processo sem exame do mérito, por carência de ação ao específico fundamento de que o dispositivo legal tido por literalmente violado não restou apreciado no acórdão rescindendo. Caso examinado o mérito, o parecer é pela improcedência da ação.

É, em síntese, o relatório.

### **Voto\***

*O Exmo. Sr. Juiz Itelmar Raydan Evangelista: —*

### **Da admissibilidade da ação rescisória**

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Neuza Maria Alves da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Manoel José Ferreira Nunes (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

Em preliminar, manifesta o Ministério Público Federal pela inadmissibilidade da ação rescisória, ao fundamento de que o dispositivo legal tido por literalmente violado não foi objeto de apreciação pelo acórdão rescindendo.

A questão processual suscitada pelo Ministério Público está diretamente relacionada com a necessidade de prequestionamento acerca da lei tida por violada, para que restasse autorizada a admissibilidade da rescisória sobre aquele específico fundamento.

Embora a possibilidade ou não da acumulação de pensões não tenha sido objeto de discussão na ação original, este fato é, a meu sentir, irrelevante para o ajuizamento da ação rescisória, se é possível inferir dos efeitos da condenação imposta pelo acórdão rescindendo manifesta ofensa a dispositivo de lei que a desautorizava.

Neste sentido se orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, espelhada nos seguintes arestos que colaciono:

*Não é requisito da ação rescisória o prequestionamento do texto legal violado, no acórdão rescindendo. Inocorrência de transação.*

1. Alegação de ofensa à coisa julgada, não apreciada no acórdão rescindendo.

2. RE conhecido e provido, em parte, para, afastadas as prefaciais de prequestionamento e transação julgue o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região a ação rescisória, decidindo se a sentença da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento ofendeu ou não a coisa julgada. (RTJ 97/699 – Tribunal Pleno).

*Venda em hasta pública. Fraude à execução não configurada.*

1. O requisito do prequestionamento não se aplica à rescisória, que não é recurso, mas ação contra a sentença transitada em julgado, atacável, ainda que a lei invocada não tenha sido examinada na decisão rescindenda.

2. Orientação dominante, na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é a de que a venda de bens sujeitos, eventualmente, aos efeitos da sentença a ser proferida em ação real ou reipersecutória, só é presumida, em caráter absoluto, como feita em fraude à execução quando a citação para a demanda tiver sido inscrita no Registro de Imóveis.

3. Ação rescisória julgada procedente, por maioria. Embargos infringentes rejeitados. (RTJ 116/871).

*Ação rescisória. Recurso extraordinário. Óbice regimental não ultrapassado.*

1. Embora não seja necessário que tenha havido, no acórdão rescindendo, o prequestionamento do texto legal tido como violado (precedente: RE 89.753-SP Plenário), é preciso, contudo, que seja prequestionado, no aresto que julgou a rescisória, o preceito constitucional tido como violado, para justificar o extraordinário, se é este o fundamento que o alicerça, inclusive para

ultrapassar o óbice regimental que se interpõe ao prosseguimento do recurso (art. 325, incisos, V, a e VIII, c/c o art. 325, *caput*). (RTJ 124/1.101).

Admito a ação rescisória.

### ***Do *judicium rescindens****

Lastreiam-se as razões para pedir a desconstituição do acórdão na literal violação ao disposto no art. 124 da Lei 8.213/91, que expressamente proíbe a acumulação do benefício de pensão por morte.

Ao exame do contexto fático e jurídico que os autos claramente permitem visualizar, o acórdão rescindendo, ao confirmar sentença que condenou o INSS no pagamento de pensão por morte, já estando a interessada percebendo pensão por relação de dependência com outro segurado, não incidiu em ofensa a qualquer dispositivo legal.

Resta inequívoco que os fatos determinantes das pensões reconhecidas ocorreram em 04/04/84 e 28/08/86, época em que à evidência não se encontrava em vigor o art. 124 da Lei 8.213/91.

Na época disciplinava as relações jurídicas previdenciárias a Consolidação da Legislação Previdenciária, instituída pelo Decreto 89.312/84, que, a cuidar dos benefícios inacumuláveis, assim estabelecia em seu art. 20:

**Art. 20** Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto de:

- a) auxílios-natalidade, quando o pai e a mãe são segurados;
- b) aposentadoria e auxílio-doença;
- c) aposentadoria e abono de permanência em serviço;
- d) duas ou mais aposentadorias;
- e) renda mensal vitalícia e qualquer benefício da Previdência Social urbana ou outro regime, salvo o pecúlio de que tratam os arts. 55 a 57.

Como se vê, não existia impedimento legal a que o dependente percebesse dois benefícios de pensão, caso houvesse o fato determinante de cada um, qual seja, o óbito dos respectivos segurados.

Há nítido direito adquirido da ré, aliás preservado pela norma posterior do art. 124 da Lei 8.213/91, que dispôs:

**Art. 124** – Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

**VI** – mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.

Por estes fundamentos, julgo improcedente a ação rescisória. Condeno o autor no pagamento de honorários de sucumbência que arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

## Segunda Seção

### Mandado de Segurança 2005.01.00.068012-8/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo  
Impetrante: Antônio dos Santos Damaso  
Advogados: Dr. Roberto Duarte Butter e outro  
Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara/GO  
Interessada: Justiça Pública  
Publicação: DJ 2 de 17/04/06

### Ementa

*Mandado de segurança. Processual Penal. Prisão provisória. Permanência de aparelho de rádio no interior da cela. Desnecessidade. Recebimento de jornais e revistas. Possibilidade.*

I. Nos termos da Lei de Execução Penal, é assegurado ao preso acesso a jornais, revistas e outros meios de comunicação impressos, situação que deve ser estendida também ao preso provisório, cuja proibição exige ato motivado (art. 41, XV, e parágrafo único).

II. O mero temor de que a introdução de papéis na cela pode implicar risco à segurança não justifica a sua proibição, cabendo à autoridade prisional estabelecer meios necessários para o seu controle.

III. Em virtude dos avanços tecnológicos que permitem a redução no tamanho dos componentes eletrônicos e a dificuldade de identificação de suas aplicações, a entrada de receptor de radiodifusão na cela não é recomendável, razão pela qual a proibição deve ser mantida.

IV. Segurança parcialmente concedida.

### Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, conceder parcialmente a ordem.

---

2ª Seção do TRF-1ª Região – 15/03/06.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Antônio dos Santos Damaso, devidamente qualificado, que se encontra preso provisoriamente à disposição do Juízo Federal da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em virtude de ato daquela autoridade judiciária que reputa ilegal, consistente na negativa da entrada, no ambiente prisional, de jornais, revistas e de aparelho de rádio.*

Afirma o impetrante que, por força do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, é assegurado a todos o acesso à informação, bem assim que o inciso XV do art. 41 da Lei de Execução Penal (7.210/84) elenca, como direito do preso, “*contato com o mundo exterior por meio da leitura de (...) outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes*”.

A liminar foi indeferida (fls. 39).

A autoridade coatora prestou as informações (fls. 43/44).

Parecer do MPF, fls. 47/52, da lavra do Dr. José Adércio Leite Sampaio, pela concessão parcial da ordem, “*a fim de permitir ao impetrante o acesso apenas a jornais e revistas ou outros meios de comunicação impressas, mantendo-se a proibição do acesso a equipamentos eletrônicos*”.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Depreende-se dos autos que a autoridade judiciária indeferiu pleito do impetrante de acesso a jornais, revistas e transmissões radiofônicas. A entrada de aparelho de rádio na carceragem foi de plano rechaçada, permitindo-se a entrada de jornais e revistas. Posteriormente, revendo a questão, o juiz impetrado revogou a autorização, “*tendo em conta o risco à segurança da carceragem, na permanência de produtos altamente inflamáveis nas celas. Além disso, não foi indicado quem forneceria diariamente as ditas revistas e jornais*” (fls. 34).*

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Olindo Menezes, Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro.

O impetrante fundamenta seu pedido na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, que assim regulamenta a questão, *litteris*:

Art. 41 – Constituem direitos do preso:

(....)

XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

(....)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Depreende-se, pois, da literalidade desses dispositivos, que o acesso a notícias constitui direito do preso, que só pode ser afastado por ato motivado. Nesse sentido, o mero temor do juiz de que a entrada de papéis no ambiente carcerário pode importar em risco para a segurança, nem a ausência de indicação de quem forneceria o material, não é suficiente para impedir-lhe o direito. Tais cautelas poderiam ser determinadas pelo próprio juízo ou definidas pela autoridade responsável pelo presídio.

Sob esse enfoque, tenho que o pedido pode ser dividido em duas vertentes: entrada de equipamento de rádio e entrada de material impresso.

Quanto ao primeiro, tenho como temerária sua admissão.

Devido à permanente evolução tecnológica que permite, cada dia mais, a redução nas dimensões dos componentes eletrônicos, o deferimento ao pleito em questão poderia resultar danoso para a administração carcerária. Qualquer equipamento de comunicação, dissimulado como rádio, poderia adentrar à cela, sem detecção, permitindo ao detento manter-se integrado e participando da atividade criminosa, o que não se pode admitir.

Quanto à segunda questão, tenho-a como admissível.

A leitura de jornais e revistas é medida que deve ser admitida e até mesmo incentivada no ambiente prisional, porque seu acesso ao preso não configura, *de per se*, os riscos temidos pelo juízo impetrado.

Aliás, a segregação nos moldes adotados pela moderna execução penal não permite que o preso seja isolado do mundo exterior sem a oportunidade de manter-se atualizado, notadamente em face do efeito ressocializador da pena.

No caso concreto, é de se observar que se trata, ainda, de prisão provisória, o que mitiga ainda mais essa limitação.

Pertinente, ainda, ao deslinde da questão o parecer do MPF, do qual destaco os seguintes trechos, *verbis*:

De fato, assiste, em parte, razão ao impetrante. A justificativa para a revogação de parte da decisão que permitiu que o impetrante possuísse contato com jornais e revistas afigura-se um tanto quanto desprovida de razoabilidade, se não pela violação ao direito do recluso de contato com o mundo exterior, ao menos pelo alegado e exagerado risco decorrente da comburência do papel.

No que tange ao direito à informação assegurado ao recluso, este insere-se no âmbito dos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, sendo ainda internacionalmente consagrado no que a doutrina denominou de Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais precisamente no rol das garantias que visam assegurar o contato do preso com o mundo exterior.

Dessa forma, o respeito à chamada “fundamentalidade material” das normas de direitos fundamentais de J.J. Gomes Canotilho, segundo a qual “o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”, impede que seja dado tratamento ao recluso diferente daquele previsto nas normas nacionais e internacionais de proteção aos seus direitos, sob pena de violação a um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a explicitar a internacionalidade do direito em questão, traz-se à baila as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, de 13 de Maio de 1977. Além de prever a diferença de tratamento entre o preso provisório e o condenado, essa norma especificou a ampliação do direito à informação daqueles com relação a estes, prevendo na Parte II, Seção C, regra 90:

#### Parte II

##### *Regras aplicáveis a categorias especiais*

(....)

##### c. Reclusos detidos ou aguardando julgamento

(....)

90. O preventivo deve ser autorizado a obter a expensas próprias ou a expensas de terceiros, livros, jornais, material para escrever e outros meios de ocupação compatíveis com os interesses da administração da justiça e a segurança e boa ordem do estabelecimento. (Fls. 48/50).

(....)

No caso dos autos, a revogação do despacho, no ponto em que permitiu a entrada de jornais e revistas no estabelecimento prisional, careceu de fundamentação. No próprio despacho que concedeu o direito ao impetrante, posteriormente revogado, o pedido de utilização de um rádio foi negado de plano, devido “aos procedimentos de segurança determinados pelo Departamento de

Polícia Federal” (fls. 43), mas nada foi afirmado acerca de óbice à entrada de jornais e revistas na cela. (Fls. 51).

(....)

Ademais, não se trata de preso condenado, submetido a um juízo de execuções penais, em que a palavra do magistrado está em harmonia com o cumprimento da pena, bem como com as condições, proibições e permissões do preso. O impetrante é preso provisório, recolhido na Superintendência da Polícia Federal, não podendo o magistrado decidir em favor da segurança do estabelecimento sem a devida fundamentação, ainda mais com a alegação desarrazoada de que o papel de jornais e revistas é altamente inflamável. Tal argumento até poderia ser admitido se houvesse notícia de que aquela superintendência possui regimento proibindo o ingresso de qualquer tipo de papel, tecido ou plástico em todas as celas, ou que a própria administração do estabelecimento fizesse essas recomendações, ou que o impetrante fosse um notório incendiário, o que não parece ser o caso.

Dessa forma, apesar de existir vedação à utilização de aparelhos eletrônicos dentro da cela da carceragem da Polícia Federal, vedação essa que deve ser mantida, não há razões para se proibir o acesso do impetrante aos serviços de comunicação impressos, sendo certo que caberá ao procurador do impetrante e a seus familiares o ato de providenciar o acesso aos serviços. (Fls. 51/52).

Por todo o exposto, concedo parcialmente a ordem para permitir ao impetrante o recebimento de jornais, revistas e outros meios de comunicação impressos.

É como voto.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Desembargador Carlos Olavo, também acompanho o voto de Vossa Excelência, acrescentando que se faça uma recomendação ao magistrado: que o recebimento dos jornais e revistas, pelo impetrante, seja submetido a controle por quem de direito.

É o voto.

## **Terceira Seção**

---

### **Conflito de Competência**

**2004.01.00.018261-2/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira

Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Albernaz

---

Autor:	Ademi de Castro Reis
Advogados:	Dr. Melquíades Montelo Ferreira e outro
Ré:	Caixa Econômica Federal – CEF
Suscitante:	Juízo Federal da 11ª Vara/DF
Suscitado:	Juízo Federal da 7ª Vara/DF
Publicação:	DJ 2 de 03/04/06

---

### **Ementa**

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação cautelar preparatória de ação revisional. Contrato objeto de execução judicial. Dependência. Competência da vara especializada.*

I. “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal” (art. 800, CPC).

II. A ação indicada como principal se trata de “ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais”, a qual, por se referir a contrato objeto de execução, deverá ser distribuída por dependência ao processo executivo. Precedentes.

III. Conflito julgado improcedente, declarando-se competente o juízo suscitante.

### **Acórdão**

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito, declarando-se competente o juízo suscitante, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 07/03/06.

Juiz *Marcerlo Albernaz*, Relator convocado.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Albernaz:* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz Federal Substituto na Titularidade da 11ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em face da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Titular da 7ª Vara Federal daquela Seccional, que, com base no art. 800 do CPC, deu-se por incompetente para conhecer, processar e julgar ação cautelar que objetiva suspensão de leilão vinculado à execução em trâmite naquela vara.

Sustenta o juízo suscitante que “o juízo especializado de execução não é competente para apreciar ação civil de revisão contratual, em que a finalidade da cautelar preparatória, por seu caráter instrumental e acessório, é justamente resguardar a utilidade do direito material a ser futuramente discutido, e não sendo o juízo competente para uma, não será para outra”.

Designou-se o juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (art. 120 do CPC).

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência do conflito, aduzindo que “a presente *ação cautelar inominada* visa, exatamente, *suspender* o aludido *leilão*, logo, deve ser dirigida ao *juiz da causa principal*, dado o seu *caráter acessório*”.

É o breve relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Albernaz: —*Visa a ação cautelar suspender leilão de execução que tramita na 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A teor do art. 796 do CPC, o procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal.

A ação indicada como principal se trata de “ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais”, a qual, por ser referir a contrato objeto de execução, deverá ser distribuída por dependência ao processo executivo.

Sobre o assunto, já decidiu esta Seção:

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação de execução diversa fundada em título executivo extrajudicial. Ação revisional de contrato de mútuo habitacional. Conexão. Reunião das ações. Segurança jurídica. Economia processual. Precedentes do egrégio STJ e do TRF-1ª Região.*

1. O Superior Tribunal de Justiça, no que vem sendo seguido por esta Terceira Seção do TRF-1ª Região, tem-se manifestado pela necessidade de reunião das ações de execução fiscal e a ação anulatória de débito fiscal, a fim de serem julgadas pelo mesmo juízo, evitando, assim, a ocorrência de decisões contraditórias e preservando, ainda, a segurança jurídica e a economia processual.

2. No caso, reconhecida a conexão entre a ação de execução diversa por título extrajudicial e a ação de revisão de contrato de mútuo habitacio-

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Selene Maria de Almeida e Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Fagundes de Deus.

nal, é de se aplicar o mesmo entendimento, uma vez que o julgamento da ação revisional poderá influir diretamente no título exequendo, afigurando-se recomendável a reunião dos feitos, com a finalidade de serem julgados pelo mesmo juízo.

3. Conflito julgado improcedente para declarar competente o Juízo da 27ª Vara Federal de Minas Gerais, o suscitante. (TRF-1ª Região. 3ª Seção. CC 2004.01.00.026100-8/MG. Relatora: Juíza Federal Gilda Maria Carneiro Sigmaringa. Data do julgamento: 15/03/05. *DJ* de 06/04/05, p. 6).

*Processual Civil. Conflito de competência. Ação de execução e ação anulatória. Ações conexas. Reunião dos processos. Julgamento em simultaneus processus.*

1. O rigor da técnica processual recomenda a reunião da ação anulatória de débito com o processo de execução que se pretende nulificar, para julgamento *simultaneus processus*, de modo a se evitar o risco de decisões conflitantes. Precedentes do STJ.

2. Competência da vara especializada para processar e julgar a ação anulatória de que se trata.

3. Conflito julgado procedente, para declarar competente o Juízo Federal suscitado da 26ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais. (TRF-1ª Região. 3ª Seção. CC 2003.01.00.000605-8/MG. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Data do julgamento: 14/09/04. *DJ* de 20/10/04, p. 4).

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Execução fiscal e ação anulatória. Conexão.*

1. A jurisprudência deste Tribunal se orienta no sentido de determinar a reunião da ação de execução e da ação desconstitutiva do título executivo perante o mesmo juízo, em razão da conexão existente entre elas. Precedentes do STJ.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 27ª Vara de Minas Gerais, ora suscitado. (TRF-1ª Região. 3ª Seção. CC 2005.01.00.019995-2/MG. Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Data do julgamento: 16/08/05. *DJ* de 10/11/05, p. 3).

Por conseguinte, cabe ao juízo suscitante a competência para processar e julgar a causa, nos termos do art. 800 do CPC.

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito para declarar competente o Juízo Federal da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitante.

É o voto.

**Voto Vogal  
Vencido**

*O Exmo Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Com a devida vênia do eminente Relator, entendo que o juízo competente, no caso, para o julgamento da ação principal, nos termos do art. 800 do CPC, e que, por conseguinte, é o competente para conhecer da ação cautelar, é o da 7ª Vara Federal, onde foi inicialmente ajuizado o feito. Lembro que, a propósito da especialização de varas na Justiça Federal, inclusive em matéria de execução, foi baixado provimento da Corregedoria disciplinando as hipóteses em que, inclusive, não se observaria a prevenção para evitar, como no caso aqui, que o juízo especializado em matéria de execução venha a ser abarrotado com outras causas estranhas a sua especialização; este provimento, embora muito questionado, nunca foi declarado inconstitucional.

Assim, sigo a sua orientação e julgo procedente o conflito para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara, o suscitado.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor Presidente, o art. 800 do Código de Processo Civil, que por sinal está muito bem redigido e dispensa qualquer investida inoportuna da reforma processual na espécie, estabelece, claramente, que: “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

A única impropriedade constante no texto legal em referência é que, a rigor e tecnicamente, em termos processuais, a expressão juiz da causa está errada, pois o correto é o juízo da causa, pois o juízo é o órgão de jurisdição, por isso é maior do que o juiz, que é apenas um dos agentes da jurisdição, que integra esse órgão. Daí por que existe juízo com mais de um juiz, vale dizer, um juiz titular e um juiz substituto. Mas a discussão *sub judice* dispensaria até essas explicações ao legislador equivocado.

A rigor, é que o art. 800 do CPC, ao dispor que as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa, aqui, efetivamente, quis referir-se ao juízo da causa principal, pois, logo a seguir, explicita que ao juiz competente para conhecer da ação principal é que deve ser submetida a medida cautelar preparatória.

Senhor Presidente, na espécie dos autos, assim nos informa o eminente Relator: houve o ajuizamento de uma ação cautelar preparatória de uma ação revisional de contrato, esse contrato já é objeto de uma execução por título extrajudicial que tramita perante o douto Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e o objeto dessa ação cautelar é o de suspender possível medida de alienação do bem imóvel, objeto da execução hipotecária, e de sustar qualquer medida de negativação do mutuário titular do bem.

Sendo assim, não há dúvida alguma quanto à conexão existente entre a ação cautelar proposta e a ação de execução hipotecária que tramita perante o Juízo da 11ª Vara Federal na Seção Judiciária do Distrito Federal.

O eminente Relator não tem elementos para nos informar se já fora ajuizada a ação revisional de contrato noticiada, aqui, em seu douto voto. O fato de já ter sido ajuizada ou não essa ação revisional, a meu ver, é irrelevante para se definir a competência do juízo da vara especializada em execução para processar e julgar ação cautelar que, a rigor, deve ser processada como incidental dessa execução hipotecária, pois o objeto da medida cautelar postulada interfere diretamente na execução hipotecária em referência.

Com essas considerações, declaro competente o douto Juízo suscitante da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para processar e julgar a ação cautelar que, sem dúvida alguma, é incidental dessa execução hipotecária. É preciso de uma vez por todas afastar a idéia de que as varas especializadas em execução só podem processar execução e conseqüentes embargos a essa execução. As varas especializadas em execução, principalmente por título extrajudicial, como no caso, haverão de processar toda e qualquer ação incidental de conhecimento a essas execuções; é exatamente isso que está ocorrendo na espécie sob apreciação.

Acompanho, assim, o voto do eminente Relator em sua douta conclusão.

## Quarta Seção

### Conflito de Competência

**2006.01.00.008026-4/GO**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Autor: Instituto Auxiliadora

Advogado: Dr. Janir Adir Moreira

Ré: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Anápolis/GO

Suscitado: Juízo Federal da 9ª Vara/GO

Publicação: DJ 2 de 03/04/06

### Ementa

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Criação e instalação de novas varas (subseções judiciárias). Provimento/Coger/TRF1 19, de 15/08/05: critérios ob-*

*jetivos para redistribuição dos processos. Violação aos princípios do juiz natural e da perpetuação da jurisdição: não-ocorrência.*

I. A redistribuição de processos entre juízes da mesma competência, em face da criação e instalação de nova vara (subseção judiciária), nos termos em que disciplinada pelo Provimento/Coger/TRF1 19, de 15/08/05, não viola o princípio do juiz natural nem da perpetuação da jurisdição.

II. Conflito de competência de que se conhece para declarar competente o suscitante, Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Anápolis/GO.

III. Peças liberadas pelo Relator, em 22/03/06, para publicação do acórdão.

### **Acórdão**

Decide a 4ª Seção conhecer do conflito e declarar competente o suscitante, Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Anápolis/GO, por unanimidade.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 22/03/06.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Instituto Auxiliadora, sediado em Silvânia/GO, ajuizou (fls. 8/37), perante o Juízo Federal da 9ª Vara/GO, mandado de segurança contra ato do delegado da Receita Federal em Anápolis/GO, objetivando eximir-se da Cofins, porque sociedade civil.

A MMA. Juíza Federal Substituta Pollyanna Kelly Maciel Medeiros Martins Alves, da 9ª Vara/GO, por decisão (fls. 54) datada de 12/01/06, declinou da competência para a Subseção Judiciária de Anápolis/GO, instalada posteriormente ao ajuizamento da ação, em face do disposto no Provimento/Coger/TRF1 19, de 15/08/05 e Resoluções/Presi/TRF1 600-17 e 600-18.

O MM. Juiz Federal Carlos Roberto Alves dos Santos, da Vara Única da Subseção Judiciária de Anápolis/GO, suscita conflito negativo de competência, forte no princípio do juiz natural e no princípio da perpetuação da jurisdição.

A PRR opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o juízo suscitante, forte em jurisprudência antecedente deste TRF1.

Autos recebidos em gabinete, com parecer, em 16/03/06.

É o relatório.

**Voto\***

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* —A matéria não é nova nesta Corte, embora ainda não apreciada por esta 4ª S, as então 1ª S, 2ª S e 3ª S já tiveram oportunidade de apreciar a matéria quando da criação de varas federais pela Lei 9.642, de 25/05/98 e pela Lei 9.788, de 19/02/99, quando o Provimento/Coger/TRF1 68, de 16/04/99 disciplinou a redistribuição dos feitos às novas varas federais.

Esta a jurisprudência:

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Criação e instalação de novas varas federais. Redistribuição de feitos. Violação a princípios constitucionais. Inexistência.*

1. A redistribuição de processos entre juízes da mesma competência, na forma como determinado pelo Provimento 68/99 desta Corte Regional Federal, em virtude da criação e instalação de novas varas federais na Seção Judiciária do Estado de Goiás, não violam os princípios constitucionais do juiz natural, da legalidade, da indelegabilidade da jurisdição e da *perpetuatio jurisdictionis* Precedentes da 2ª Seção deste Tribunal... (CC 1999.01.00.076229-1/GO, 2ª S, Rel. Des. Federal Ítalo Mendes, DJ II de 02/10/00, p. 12).

No mesmo sentido, entre dezenas: CC 1999.01.00.084678-6/GO, DJ II de 27/11/00, p. 2; CC 1999.01.00.076238-0/GO, DJ II de 11/12/00, p. 02.

O Provimento/Coger/TRF1 19, de 15/08/05, em seu art. 1º, dispõe:

Art. 1º Ressalvados os processos de competência dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01, art. 25), os demais feitos em tramitação nas varas da seção judiciária abrangidos pela competência territorial fixada na Resolução 600-17 – TRF-1ª Região<sup>1</sup> de 28 de junho de 2005, serão redistribuídos às novas varas (Resolução 600-018/2005<sup>2</sup>), quando implantadas as subseções judiciárias respectivas, observadas, todavia, as vinculações previstas em lei, notadamente quanto ao disposto no art. 575, II, do Código de Processo Civil.

§ 1º Para fins de redistribuição, deve ser considerado o endereço fornecido no momento do ajuizamento da demanda. Na esfera mandamental, considera-se a sede da autoridade impetrada. Eventual mudança de domicílio ou de sede não provoca o deslocamento do respectivo processo.

A autoridade coatora tem sede em Anápolis/GO.

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro competente o suscitante, Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Anápolis/GO.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa, Catão Alves e Carlos Fernando Mathias. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

---

É como voto.

---

Notas:

<sup>1</sup> Resolução/Presi/TRF1 600-17, de 28/06/05: define a jurisdição das varas federais da Primeira Região nos Estados da Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí e Rondônia.

<sup>2</sup> Resolução/Presi/TRF1 600-018, de 28/06/05: autoriza a instalação e define a estrutura e a organização das subseções judiciárias criadas pela Lei 10.772/03 com funcionamento autorizado a partir de 2005.

---

## Primeira Turma

---

### Apelação Cível

**2000.01.00.092479-0/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira  
Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Itelmar Raydan Evangelista  
Apelante: Ozório Luiz de Souza  
Advogados: Dr. José de Paula Ribeiro e outro  
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Henrique Albuquerque de Araújo  
Publicação: DJ 2 de 24/04/06

---

### Ementa

*Previdenciário. Indenização por erro médico. Responsabilidade. Lei 6.349/77. Sinpas. Inamps. Prestação de serviço relativo à saúde. INSS. Prestação de benefícios de natureza eminentemente previdenciária. Ilegitimidade passiva para a causa. Revisão de benefício. Manutenção do valor real. Critérios de recomposição do valor dos benefícios. Desvinculação e aplicação de índices variados. Reajuste de 147%. Pagamento administrativo. Portarias 302 e 485 de 1992. Presunção de legitimidade dos atos da Administração. Ausência de lastro probatório. Recurso desprovido. Sentença mantida.*

I. A pretensão de indenização por erro médico é inerente a atos atribuíveis ao antigo Inamps e restritos à atividade de prestação de saúde, não competindo ao INSS responder por eventual falha na prestação daquele serviço típico. Ao apelado, por força de específica disposição legal (Lei 6.349/77, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – Sinpas), compete prestar benefício de natureza exclusivamente previdenciária. É assim parte ilegítima para responder por pretensão fundada em erro médico.

II. Amparado o apelado pela presunção de legitimidade dos atos da Administração e consoante reiterada orientação jurisprudencial, sobretudo após a égide da Carta Magna de 1988, todos os benefícios previdenciários passaram a ser contemplados com índices suficientes a preservar-lhes o valor real, em caráter permanente, segundo previsão constitucional. Não é devido qualquer outro critério de reajuste diverso daqueles estabelecidos pela legislação previdenciária, mormente quando inexistente qualquer elemento instrutório que enseje dúvida quanto à ocorrência de erro ou ilegalidade havida quando da concessão ou revisão do benefício do apelante.

III. Notadamente quanto ao reajuste de 147% (cento e quarenta e sete por cento), o apelado implementou, mediante a edição das Portarias 302/92 e 485/92 – administrativamente – o pagamento do percentual vindicado, em parcelas pagas de forma atualizada e corrigida, restando de forma notória solvido todo e qualquer débito a este título. Sob outro aspecto, não restou comprovado nos autos a inobservância da legislação aplicável à espécie por parte do apelado.

IV. Recurso a que se nega provimento.

V. Sentença mantida. Condenação em verbas sucumbenciais suspensa a teor de justiça gratuita deferida ao apelante.

### Acórdão

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Federal Relator convocado.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 13/03/06.

Juiz *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator convocado.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Itelmar Raydan Evangelista:* — Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença que:

a) acolhendo preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelo apelado, julgou extinto, sem julgamento do mérito, o primeiro pedido do ora apelante, em relação à indenização por erro médico;

b) julgou improcedente o segundo pedido, de correção dos cálculos efetuados quando da apuração da renda mensal inicial do benefício previdenciário percebido pelo apelante, bem como o pagamento do reajuste de 147% (cento e quarenta e

sete vírgula zero seis por cento), deixando de condenar o INSS a reajustar o valor percebido pelo mesmo a título de aposentadoria por invalidez.

A sentença monocrática considerou o INSS parte ilegítima para responder pelas lesões decorrentes de cirurgia feita nos olhos do apelante, da qual o mesmo alega que advieram danos sofridos em face de erro médico. Isso porque, com base na Lei 6.349/77, considerou que era da competência do Inamps a responsabilidade pela prestação da assistência médica em tela, a qual posteriormente passou a ser atribuição do Ministério da Saúde, ao qual foi vinculado o Inamps por determinação do Decreto 99.060/90. Sob outro aspecto, analisando o pedido de que o cálculo inicial do benefício fosse feito mediante apuração de média global em salários mínimos, verificou a ausência total de suporte legal da referida pretensão, acrescentando que os critérios para apuração da renda mensal inicial dos benefícios encontram-se definidos na legislação previdenciária. E que o apelante não trouxe qualquer elemento instrutório a supedanejar o seu pedido. Por fim, ressaltou que a questão relativa ao direito ao pagamento do reajuste de 147% dos benefícios em geral e que também resta incomprovada, já foi objeto de solução administrativa, de notório conhecido público, a teor das Portarias 302/92 e 485/92 do MPAS, sendo certo que a legislação previdenciária vem sendo cumprida, na íntegra, pelo INSS, no tocante aos reajustes para manutenção de seus valores.

Insurge-se o apelante contra a sentença recorrida, alegando não só que restou confirmada – por perícia judicial – a lesão que o acometeu decorrente de erro médico e que lhe garante o pagamento de aposentadoria em valor integral; mas também que o INSS negou provimento à pretensão administrativa por ele intentada, pelo que só lhe restou a via jurídica para obter o seu direito. Aduz, mais, que os proventos que percebe são inferiores aos inicialmente deferidos e que o apelado não comprovou haver reajustado o benefício no percentual de 147% (cento e quarenta e sete por cento), deferido por imposição de lei, ônus que se lhe incumbiam.

Contra-razões a fls. 106/111.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Itelmar Raydan Evangelista:* — Trata-se de recurso de apelação contra sentença que, a uma, julgou extinto o feito, sem julgamento do

---

\*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado e os Exmo. Sr. Juiz Manoel José Ferreira Nunes (convocado).

mérito, acolhendo preliminar de ilegitimidade passiva do apelado, com fincas no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Neste aspecto, não merece censura a sentença recorrida.

Tratando-se de pretensão inerente a atos atribuídos ao antigo Inamps, restritos à atividade de prestação de saúde, não compete ao INSS responder por eventual falha na prestação daquele serviço típico. Ao apelado, por força de específica disposição legal (Lei 6.349/77, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – Sinpas), compete prestar benefício de natureza exclusivamente previdenciária. É assim parte ilegítima para responder por pretensão fundada em erro médico.

A duas, insurge-se o apelante contra a sentença no tocante ao julgamento da improcedência dos pedidos que fez, de recálculo da renda mensal inicial do benefício percebido, bem como da revisão relativa aos reajustes aplicados ao mesmo, considerando-os ilegais, notadamente quanto ao reajuste de 147%, concedido a todos os aposentados.

Também sob este aspecto, ante a ausência de lastro probatório, merece ser mantida a sentença recorrida.

É sabido que o INSS vem corrigindo os benefícios previdenciários mediante os reajustes legais previstos na legislação previdenciária no decorrer do tempo. Sob outro aspecto, não restou comprovado nos autos a inobservância da legislação aplicável à espécie por parte do apelado. Amparado o apelado pela presunção de legitimidade dos atos da Administração e consoante reiterada orientação jurisprudencial, sobretudo após a égide da Carta Magna de 1988, todos os benefícios previdenciários passaram a ser contemplados com índices suficientes a preservá-los o valor real, em caráter permanente, segundo previsão constitucional. Não é devido qualquer outro critério de reajuste diverso daqueles estabelecidos pela legislação previdenciária, mormente quando inexistente qualquer elemento instrutório que enseje dúvida quanto à ocorrência de erro ou ilegalidade havida quando da concessão ou revisão do benefício do apelante.

Notadamente quanto ao reajuste de 147% (cento e quarenta e sete por cento), o apelado implementou, mediante a edição das Portarias 302/92 e 485/92 – administrativamente – o pagamento do percentual vindicado, em parcelas pagas de forma atualizada e corrigida, restando solvido todo e qualquer débito a este título.

Neste sentido, confira-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 198.743/RJ, Quinta Turma, Min. Gilson Dipp, *DJ* de 13/03/00; TRF-1ª Região, AC 95.01.18797-7/MG, Primeira Turma Suplementar, Juiz Federal convocado Ricardo Machado Rabelo, *DJ* de 21/01/02 e AC 95.01.33393-0/MG, Primeira Turma Suplementar, Juiz Federal convocado João Carlos Mayer Soares, *DJ* de 05/09/02).

Merece ainda referir o que dispõem o art. 1º da Portaria Ministerial 302, de 20 de julho de 1992, e os arts. 1º e 2º da Portaria 10, de 27 de abril de 1992 (c/c Portaria MPS 3.485, de 16/09/91), que resolvem, respectivamente:

Art. 1º Fixar com efeito retroativo, a partir de 1º de setembro de 1991, o percentual de 147,06% para reajuste dos benefícios de valor igual ou superior a Cr\$17.000,00, em março de 1991, que corresponde ao índice de reajuste do salário mínimo no período de março a agosto de 1991, deduzido o percentual de 79,96%, objeto da *Portaria 10, de 27 de abril de 1992*. (Portaria Ministerial 302. Grifos do administrador).

*Art. 1º* Fixar com efeito retroativo, a partir de 19 de setembro de 1991, o percentual de 79,96% para reajuste dos benefícios de valor igual ou superior a Cr\$17.000,00, em março de 1991, que corresponde à variação do INPC no período de março a agosto de 1991, deduzido o percentual de 54,60%, objeto da *Portaria 3.485, de 16 de setembro de 1991*.

*Art. 2º* As diferenças decorrentes deste reajuste serão pagas, devidamente atualizadas pela variação acumulada do INPC, observando-se os seguintes critérios:

I – as diferenças relativas às competências de setembro, outubro, novembro e dezembro e o abono anual (gratificação natalina) de 1991 serão pagas em duas parcelas com as competências de junho e julho de 1992;

II – as diferenças relativas às competências de janeiro, fevereiro e março de 1992 serão pagas juntamente com a competência de abril de 1992. (Portaria MPS 10. Grifos do administrador. Negritei.).

Ante essas considerações, nego provimento ao recurso interposto pelo apelante para manter *in totum* a sentença recorrida.

É como voto.

## Segunda Turma

---

### Apelação Cível

**2003.01.99.002700-6/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradora: Dra. Marlene Mariano da Silva

Apelado: José Higino Teixeira

Advogados: Dr. Rinaldo dos Santos Xavier e outros

Publicação DJ 2 de 06/04/06

---

---

## Ementa

*Processual Civil. Execução fundada em título judicial. Unicidade do processo.*

I. O processo de execução é uno, não comportando duas ordens de citação para o mesmo fim para o qual se destina, isto é, a cobrança do valor devido.

II. Determinada, mediante deliberação nos embargos do devedor, a elaboração de nova conta com observância ao critério enunciado na Súmula 260 da jurisprudência dominante no extinto Tribunal Federal de Recursos, objeto do título judicial exequendo, incabível outra citação do executado para os novos cálculos elaborados e uma segunda oposição de embargos, impondo-se apenas, diante da discordância com o valor reclamado, deliberação incidental, pelo próprio juízo da execução, a propósito da controvérsia, inclusive com auxílio, se necessário, de exame pericial para solucioná-la.

III. Recurso de apelação a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Segunda Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

2ª Turma do TRF-1ª Região – 22/03/06.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — O Instituto Nacional do Seguro Social manifesta recurso de apelação por meio do qual pede a reforma de respeitável sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Corações, no Estado de Minas Gerais, que, após declarar a nulidade do processo de execução a partir de fls. 107/109, julgou, por consequência, extintos, sem exame de mérito, com base no quanto disposto no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, os embargos opostos a ela e, por não haver concordância das partes quanto ao valor devido, nomeou perita judicial para a elaboração dos cálculos pertinentes, nos termos do aresto que decidira anterior ação de defesa do devedor.

Diz, em síntese, que diante da reforma do julgado proferido nos primeiros embargos, determinando observância, na determinação do *quantum debeatur*, ao critério enunciado na Súmula 260 da jurisprudência predominante no extinto Tribunal Federal de Recursos, teve início novo processo de execução, passível de ser embargado sob alegação de excesso quanto ao valor reclamado, por descon-

formidade com o julgado que decidira a lide. Pondera, outrossim, descumprido o quanto disposto no art. 604 do Diploma Processual Civil, ao se nomear perito para a elaboração dos cálculos do valor devido.

Contra-razões a fls. 69/70, afirmando inadmissível o recurso interposto.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Sendo certo que o recurso de apelação impugna sentença extintiva dos embargos à execução, em virtude da declaração de nulidade da execução contra a qual deduzidos, não há dúvida no tocante a seu cabimento, a teor do quanto disposto no art. 513 do Código de Processo Civil. Passo, pois, ao exame de mérito da questão nele suscitada.

Para extinguir a ação de defesa do devedor, salientou a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau:

Após detalhada análise aos presentes autos, deles se depreende o seguinte:

O INSS, nos autos da execução em apenso, às suas fls. 119, foi novamente citado para os fins do art. 730 do Código de Processo Civil, apresentando, então, os novos embargos à execução.

Ocorre que se pode verificar dos autos algumas irregularidades que devem ser saneadas.

Primeiramente, o INSS já havia ajuizado os embargos à execução, igualmente em apenso (Autos 693.01.005866-9), no qual, pelo que se pode ver de sua inicial, trata o mesmo tema com iguais argumentos; ou seja, a correção do débito previdenciário pelos ditames da Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Aqueles embargos receberam sentença, às suas fls. 17/19, na qual foram os embargos julgados improcedentes. Ocorre que, em resposta à apelação do INSS, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em respeitável acórdão da lavra do culto Juiz Relator, Catão Alves, literalmente cassou a sentença de primeiro grau, assim determinando expressamente:

“Pelo exposto, *dou provimento* ao recurso de apelação de fls. 24/28, para, reformando a sentença em discussão, determinar que outra conta seja elaborada, nos termos da Súmula 260 do Tribunal Federal de recursos, *tão-somente*” (grifados no original).

---

\*N.E.: Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Francisco Neves da Cunha(convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

Assim, lê-se claramente daquele acórdão, que houve reforma da sentença, com precisa determinação para que apenas outra conta fosse feita, esta em obediência ao que preceitua a referida Súmula 260 do TFR.

Ocorre que assim não se sucedeu. Apresentaram, ambas as partes, cálculos novos nos autos da execução. Seguiu-se, pois, ainda que processualmente de forma inadequada, nova execução pelos novos cálculos apresentados pelo embargado nos autos da execução, sem que se decidisse, na forma determinada, quais as contas que seriam tidas como válidas para execução.

Assim, é nula a execução de fls. 107/109 dos autos e, por via de consequência, indevidos os presentes embargos.

O que deve ocorrer é, primeiramente, o acerto da apresentação de contas que estejam em acordo com o que foi determinado no acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 57/58).

Sou dos que entendem que o processo de execução é uno, não comportando duas ordens de citação para a mesma finalidade para a qual se destina, isto é, a cobrança do valor devido. Na hipótese em causa, mostram os elementos constantes nos autos do processo de execução em apenso, a autarquia previdenciária foi citada para pagamento da importância de R\$ 12.930,77 (doze mil, novecentos e trinta reais e setenta e sete centavos) (fls. 60, vº., e 70), opondo embargos à execução que vieram a ser acolhidos mediante acórdão reproduzido por cópia a fls. 131), à consideração de que o critério enunciado na Súmula 260 da jurisprudência predominante no extinto Tribunal Federal de Recursos não vinculara o reajuste dos benefícios previdenciários ao número de salários mínimos a que correspondiam as rendas mensais iniciais respectivas. Apresentados novos cálculos que o exeqüente reputou atender ao quanto decidido no aresto, conforme conta junta a fls. 77/78, datada de 19 de junho de 1998, e com eles não concordando o executado que, por manifestação de fls. 90/92 da execução, foi expresso em afirmar que,

(...) para os benefícios limitados ao valor do salário mínimo por força da Constituição Federal de 1988, não cabe aplicação, embora condenado, do reajustamento pelos critérios da Súmula 260,

incabível, realmente, outra citação no feito executório, com segunda oposição de embargos, fazendo-se pertinente, apenas, deliberação, incidental, do juízo da execução, sobre os novos valores reclamados, inclusive com o auxílio, se necessário, de exame pericial para dirimir a controvérsia, o que acabou sendo levado a efeito pela sentença ora recorrida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

---

## Terceira Turma

---

### Remessa Oficial em *Habeas Corpus*

**2004.30.00.001557-0/AC**

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

Impetrante: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara/AC

Paciente: Sebastião Amado dos Anjos

Advogados: Dr. Mário Sérgio Pereira dos Santos e outro

Rec.Exof: Juízo Federal da 1ª Vara/AC

Publicação: DJ 2 de 28/04/06

---

### Ementa

*Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Concessão de ofício pelo juiz, para trancar ação penal por ele presidida. Impossibilidade. Crimes contra a ordem tributária. Lei 8.137/90. Exaurimento da via administrativa. Sistemática legal.*

I. Não pode o juiz conceder *habeas corpus* contra decisão sua, trancando ação penal com denúncia por ele próprio recebida, uma vez que, se coação ilegal existia, seria o próprio magistrado a autoridade coatora (cf. RT 582/314). O rito processual penal é indisponível (STF, HC 68.599-4/DF – DJ de 07/06/91, p. 7.710).

II. “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal” (Súmula 609 – STF). Entretanto, sendo a existência da exigibilidade do tributo questão prejudicial ao processo penal, se o contribuinte impugna a própria materialidade da infração que lhe foi imputada, é conveniente que não se inicie, ou que se tranque a ação penal, se já proposta, até que se resolva, na esfera fiscal, a questão tributária, tanto mais que a supressão ou redução do tributo devido, nos crimes tributários, constituem elementares do tipo.

III. Sendo o crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90 – art. 1º) uma decorrência da infração tributária, pela qual o agente indevidamente deixa de recolher os tributos devidos, ou os recolhe a menor, não faz sentido, no viés de uma política criminal civilizada, que seja por ele processado em virtude de um fato que a própria instância fiscal, competente em razão da matéria, ainda não o examinou conclusivamente, ou que o considerou imprestável como gerador de tributos.

IV. O STF, no HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, no qual se discutia a possibilidade de oferecimento e recebimento da denúncia pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, enquanto pendente de apreciação a impugnação do lançamento na sede administrativa, decidiu, em 10/12/03, por maioria, que “nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa”.

V. Remessa oficial provida, para anular a sentença. Concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, para determinar o trancamento da ação penal.

### Acórdão

Decide a Turma dar provimento à remessa oficial para anular a sentença e, de ofício, conceder a ordem de *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal, à unanimidade.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 03/04/06.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes*: — Recorre de ofício o Juízo da 1ª Vara Federal/AC da sentença proferida nos autos da Ação Penal 2004.30.00.001557-0, proposta pelo Ministério Público Federal contra Sebastião Amado dos Anjos, pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal (suprimir de sua declaração do Imposto de Renda pessoa física fatos geradores ocorridos em 1998). Recebida a denúncia e realizada toda a instrução processual, o juízo de primeiro grau houve por bem conceder *habeas corpus*, de ofício, determinando o trancamento da ação penal, *in verbis*:

.... Na forma da fundamentação retro, com fundamento no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, c/c os arts. 647, 648, I, e 654, § 2º, todos do Código de Processo Penal, *concedo habeas corpus de ofício a Sebastião Amado dos Anjos* para determinar o *trancamento da ação penal*, por faltarlhe condição objetiva de punibilidade, notadamente por se encontrar pendente de decisão pela Receita Federal de julgamento de Belém/PA o Procedimento Administrativo Fiscal 11.522.000781/2004-00 que fundamenta a pretensão punitiva, rejeitando, pois a denúncia, na forma do art. 43, III, *in fine*, do CPP. (Fls. 653)

Encaminhados os autos ao pronunciamento do Ministério Público Federal nesta instância, o parecer da lavra do Procurador Regional da República Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho opina pelo improvimento. (Cf. peça de fls. 698/702.)

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Segundo dispõe o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

À primeira vista, parece que pode o magistrado conceder *habeas corpus* até mesmo para o réu da ação penal que está a conduzir, pois a lei fala em *alguém*, sem especificações.

Mas o raciocínio não procede. A competência do juiz para conceder *habeas corpus* deve ater-se aos limites da sua jurisdição. Se está a presidir uma ação penal, tendo recebido a denúncia, não lhe será dado, sob color de que o processo constitui constrangimento ilegal, trancá-lo por *habeas corpus*, certo que, assim ocorrendo, estará julgando a si próprio, como autoridade coatora, em invasão da competência do tribunal a que está subordinado.

Em caso semelhante, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, entendeu que não pode o juiz conceder *habeas corpus* contra si mesmo, porquanto, recebendo a denúncia, tornou-se autoridade coatora.

No julgamento restou também definido que a impossibilidade de concessão decorre também do disposto no § 1º do art. 650 do Código de Processo Penal, a teor do qual “*a competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.*”

Prosseguindo, o Relator, Des. Marino Falcão, citou o magistério de Florêncio de Abreu, no sentido de que “*é somente competente para conhecer do pedido autoridade judiciária de hierarquia superior à da qual provier a violência ou coação, sendo incompetente a de hierarquia inferior ou mesmo igual.*” (Cf. *Revista dos Tribunais* 582/314.) Em igual sentido é a jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Tourinho Neto.

*Recurso em habeas corpus. Trancamento de ação penal. Crime de falsidade ideológica: atipicidade da conduta denunciada. Remessa oficial provida. HC de ofício concedido.*

1. Ao receber a denúncia o juiz exaure a apreciação em relação aos pressupostos de condição da ação. Afora isso, cabe-lhe a sentença, não podendo conceder *habeas corpus* de ofício contra ato próprio.

2. A atipicidade da conduta denunciada, demonstrada de plano, reclama o trancamento da ação penal por via de *habeas corpus*.

3. Remessa oficial provida. *HC* de ofício concedido. (RCHC 2001.30.OO.OO1769-1/AC, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 3ª Turma do TRF-1ª Região, unânime, *DJ* de 25/04/03).

Diferente não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, posto no RE 51.423/PA, nestes termos:

O despacho de recebimento da denúncia traduz juízo sobre a admissibilidade de acusação:

E como o processo encerra uma série de atos formais, coordenados progressivamente, tendo-se em vista a finalidade a que se destina, daí se segue que, salvo nos casos em que a lei o permite, não pode o juiz, sem tumulto no procedimento, reformar decisões proferidas, retrocedendo na marcha processual.

(...)

E é por isso que se não considera legítimo possa o juiz (a quem, na ocasião de receber ou rejeitar a denúncia se abre a oportunidade de apreciar se é admissível a acusação ou o pedido de decisão final sobre a *notitia criminis*) reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia e contra o qual não se proporciona recurso. (Cf. RTJ 69/367.)

Se ao juiz não é dado reformar decisões proferidas, retrocedendo na marcha processual, menos ainda se admite que possa trancar a ação penal, concedendo *habeas corpus* de ofício contra seus próprios atos, em face da ausência de previsão no rito processual penal, que é indisponível. (Cf. STF, HC 68.599-4/DF, *in DJU* de 07/06/91, p. 7.710, Seção I.)

2. Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso *ex officio*, para anular a sentença.

Sem embargo disso, tenho que resta caracterizado nos autos o constrangimento ilegal, na esteira dos precedentes mais recentes desta Turma, na linha de jurisprudência do STF, de que a ação penal, nos crimes tributários, somente pode ser iniciada depois de exaurida a instância fiscal, devendo ser anotado, no caso,

que o auto de infração de fls. 624 foi objeto de impugnação pelo acusado, não tendo a acusação demonstrado que o processo administrativo fiscal foi encerrado, com o lançamento definitivo do crédito tributário apurado contra o réu, conforme se verifica de fls. 625/638 e do despacho de fls. 639.

Já constitui um truísmo dizer que a instância penal independe da instância administrativa, na linha da Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, afirmando que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”, a dizer que prescinde de prévio procedimento administrativo como pressuposto processual de exercício.

A afirmação é correta em si mesma, mas a noção do Direito como sistema – conjunto de princípios harmônicos e interdependentes – lembra ao exegeta a necessidade de fazer as distinções impostas pelas circunstâncias do caso concreto.

Se o crime de sonegação fiscal é uma decorrência da infração tributária, pela qual o contribuinte indevidamente suprime ou reduz o tributo que tem a pagar, não faz sentido, no viés de uma política criminal civilizada, que seja processado (com possibilidade de condenação) por sonegação fiscal em virtude de um fato que a própria instância fiscal considerou imprestável como gerador de tributos, ou ainda não se manifestou conclusiva e definitivamente.

Pode o Ministério Público, em princípio, se dispuser de material informativo autônomo e suficiente, dar início à persecução penal, independentemente da existência ou do andamento do processo fiscal, mas, em determinados casos, quando os fatos são os mesmos, e especialmente quando o contribuinte impugna a materialidade da infração fiscal, é conveniente e justo que se aguarde o término da instância tributária, considerando-se ainda que, nos crimes tributários, como crimes materiais, a supressão ou a redução do tributo constituem elementares do tipo.

Mesmo em face do princípio da procedibilidade autônoma em sonegação fiscal, consagrado pelo citada súmula, seria o mais completo despautério que alguém pudesse ser condenado por um crime tributário e absolvido na órbita administrativo-fiscal por inexistência de infração fiscal, tendo por lastro o mesmo fato. A existência da exigibilidade do tributo, por conseguinte, é uma questão prejudicial do processo penal, impondo a observância do preceito do art. 93 do Código de Processo Penal, até que se revolva, no âmbito administrativo-fiscal, a questão tributária.

Quando a instância fiscal proclama a inexistência do fato, não pode o Ministério Público, agindo corretamente, promover a ação penal nele ancorado. Na mesma lógica, se o contribuinte, ao ofertar defesa, impugna a materialidade da infração fiscal – e no caso o acusado ofertou a defesa em relação ao lançamento, que fora objeto do Procedimento Administrativo Fiscal 11.522.000781/2004-00,

como se nota dos documentos de fls. 23-586 –, era oportuno que se aguardasse o resultado do julgamento administrativo para dar início ou para seqüenciar a ação penal, quando mais não seja, para evitar uma perda de esforços com a movimentação prematura (quicá inútil) da instância judicial de combate ao crime, e mesmo porque, pelo preceito do art. 151, III, do CTN, o processo administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário.

A propósito, decidiu o STJ que “a nulidade do auto de infração, declarada na esfera administrativa, suprime à ação penal a justa causa, impondo o seu trancamento, se já proposta”<sup>1</sup>, e que “se nas duas instâncias administrativas se proclamou, sem discrepância, a improcedência dos autos de infração, desaparece a justa causa para o prosseguimento da ação penal”<sup>2</sup>.

A matéria, como já dito, não é nova nesta Turma, que já emitiu pronunciamento a respeito, em recentes julgamentos. Em um deles, disse que “as instâncias penal e administrativa são independentes, mas isso não quer dizer que não haja intercomunicação de fatos, quando eles são os mesmos, ali e aqui. Se a instância administrativa, julgando um processo fiscal do contribuinte, conclui por não ter havido sonegação e anula o lançamento, não faz nenhum sentido que a instância penal, lidando com o mesmo fato que causara o lançamento desfeito, conclua pela condenação por sonegação....”<sup>3</sup>

Em outro, afirmou que o “1. O exaurimento da via administrativa não constitui requisito para a instauração da ação penal. 2. Contudo, nos crimes contra a ordem tributária, se o contribuinte impugna a própria materialidade da infração que lhe foi imputada, conveniente que suspenda o curso da ação penal, até a decisão final do processo administrativo.”<sup>4</sup>

A providência, sobre evitar uma precipitação na persecução penal – a procedibilidade penal autônoma não corresponde a uma possibilidade de condenação penal autônoma, pois os fatos são os mesmos –, com perda de tempo e de esforços, em nada prejudica o eventual direito de punir do Estado, pois a suspensão do processo impede a contagem do prazo prescricional, nos termos do art. 116, I, do Código Penal.

Vale lembrado, por fim, mesmo em face do princípio da procedibilidade penal autônoma, que o legislador não quis o início do processo criminal antes da definição da prejudicial no âmbito fiscal, bastando ter presente que o art. 83 da Lei 9.430, de 27/12/96, estabelece que “a representação fiscal para fins penais relativa a crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”

Para finalizar, lembro – pois esta Turma já tem conhecimento do precedente – que o Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento do HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 10/12/03, no qual se discutia exatamente a possibilidade de oferecimento e recebimento da denúncia pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, enquanto pendente de apreciação a impugnação do lançamento na sede administrativa, decidiu, por maioria, que “nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa.”<sup>5</sup>

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.571/DF, ajuizada pelo procurador-geral da República contra o art. 83, *caput*, da Lei 9.430/96 (“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”), decidiu, outrossim, e também por maioria, pelo voto do Min. Gilmar Mendes, “que a ação penal para os crimes do art. 1º da Lei 8.137/90 depende de decisão final no processo administrativo fiscal”, e que a norma impugnada, sendo dirigida à autoridade fazendária, não impede a atuação do Ministério Público Federal no tocante à propositura da ação penal.<sup>6</sup>

3. Em face do exposto, dou provimento à remessa oficial para anular a sentença, e, de ofício, concedo a ordem de *habeas corpus* determinando o trancamento da presente ação penal a que responde o acusado – Sebastião Amado dos Anjos –, sem prejuízo de que outra persecução penal seja iniciada com o julgamento final do processo administrativo fiscal, em sendo o caso.

É o voto.

---

Notas:

<sup>1</sup> - Cf. *Habeas Corpus* 8.762/DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido – DJ de 28/02/00.

<sup>2</sup> - Cf. *Habeas Corpus* 8.335/SP, Relator Ministro Vicente Leal – *Revista Dialética de Direito Tributário* 47, p. 174.

<sup>3</sup> - Cf. Apelação Criminal 1998.01.00.050427-0/MG, Relator para o acórdão Juiz Olindo Menezes.

<sup>4</sup> - Cf. *Habeas Corpus* 1997.01.00.031916-7/BA, Relator Juiz Osmar Tognolo – DJ de 29/05/98.

<sup>5</sup> - Cf. Informativo STF 333, p. 2.

<sup>6</sup> - Cf. Informativo STF 333, p. 2.

---

---

## Quarta Turma

---

### Apelação Cível

**2001.30.00.001984-3/AC**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz

Apelantes: Francisco Diógenes de Araújo e outros

Advogado: Dr. Alfredo Arantes Meira Filho

Apelado: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Fernando José Piazenski

Publicação: DJ 2 de 11/04/06

---

### Ementa

*Administrativo. Ação de improbidade. Lei 8.429/92. Enriquecimento ilícito. Preliminares de nulidade de atos procedimentais e incompetência do juízo rejeitadas. Atos de improbidade comprovados. Perda do cargo público. Impossibilidade. Art. 12 da Lei 8.429/92. Sentença parcialmente reformada.*

I. Nos dispositivos tidos por violados, não há previsão de nulidade para a hipótese da prática de um ato por outro. Se os apelantes entenderam que houve inversão na ordem procedimental, que houve cerceamento da defesa por não terem sido intimados pessoalmente para a audiência e por terem deixado de praticar alguns atos em virtude de impossibilidade de acesso físico ao processo, aquela e estes passíveis de produzir nulidade, deveriam tê-la argüido no primeiro momento que falaram nos autos, sob pena de preclusão.

II. Tendo o Supremo Tribunal Federal afirmado que a ação de improbidade tem natureza civil, não remanesce dúvida quanto à competência do juiz de primeiro grau para processar e julgar autoridades que eventualmente figurem no pólo passivo deste tipo de ação e a deste Tribunal para julgar os recursos interpostos das decisões por ele proferidas.

III. A condenação teve por base a robusta prova que instrui os autos, comprobatória da prática dos atos ímprobos atribuídos aos apelantes.

IV. As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades não podem sofrer interpretação conducente à ampliação das sanções nelas previstas. O art. 12 da Lei 8.429/92 não contempla a hipótese da perda de cargo público, mas tão-só a perda da função pública, desde que isolada do cargo, o que não é o caso dos autos.

V. Preliminares rejeitadas.

VI. Apelação provida parcialmente.

VII. Sentença parcialmente reformada.

### Acórdão

Decide a Turma dar parcial provimento ao apelo, à unanimidade.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 28/03/06.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Cuida-se de apelação interposta por Francisco Diógenes de Araújo e outros, contra a sentença de fls. 956/969, proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto Jair Araújo Facundes, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal para:

a) decretar a perda dos bens móveis, imóveis e valores auferidos ilícitamente, diretamente ou indiretamente com os recursos públicos desviados;

b) condenar os réus Francisco Diógenes de Araújo, Anderson de Souza Araújo, Esther Alessandra de Souza Araújo e Adriane de Souza Araújo a ressarcirem, solidariamente, a quantia de R\$ 1.215.000,00 (um milhão, duzentos e quinze mil reais), devidamente corrigida, descontando-se o valor resgatado através do bloqueio judicial;

c) decretar a perda da função pública do agente Francisco Diógenes de Araújo, em face de seu comportamento ímprobo de atentar contra os deveres de lealdade, honestidade e legalidade que estava obrigado a observar, ratificando o afastamento cautelar determinado nos autos do processo cautelar;

d) suspender os direitos políticos dos réus Francisco Diógenes de Araújo, Anderson de Souza Araújo, Esther Alessandra de Souza Araújo e Adriane de Souza Araújo pelo prazo de oito anos;

e) impor multa a cada um dos réus Francisco Diógenes de Araújo, Anderson de Souza Araújo, Esther Alessandra de Souza Araújo e Adriane de Souza Araújo no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em favor da União – Ministério da Justiça;

f) proibir os réus Francisco Diógenes de Araújo, Anderson de Souza Araújo, Esther Alessandra de Souza Araújo e Adriane de Souza Araújo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

g) condenar os réus Francisco Diógenes de Araújo, Anderson de Souza Araújo, Esther Alessandra de Souza Araújo e Adriane de Souza Araújo ao pagamento das custas e despesas processuais. (Fls.968/969).

Os apelantes suscitaram as seguintes preliminares:

a) nulidade de todos os atos procedimentais desde a citação até a sentença, por inobservância do rito processual próprio da Lei 8.429/92 e conseqüente cerceamento de defesa.

Alegam que o art. 17 da norma em questão determina, primeiramente, a notificação do requerido para oferecer manifestação por escrito, após o que, em sendo recebida a inicial, a citação para contestar. Como este procedimento não foi observado, acarretou não só a nulidade dos atos posteriores, como também cerceamento de defesa, por se tratar de rito imperativo e não facultativo.

Alegam, também, que após a prática desses atos, outros tantos foram praticados irregularmente, sendo que em alguns momentos sequer tiveram acesso ao processo para a interposição dos recursos legalmente previstos, disso decorrendo não só a nulidade dos atos praticados, mas também cerceamento de defesa, uma vez que o rito previsto para esse tipo de ação é imperativo.

b) incompetência do juiz em razão da pessoa.

Dizem, no particular, que o réu Francisco Diógenes de Araújo tem foro privilegiado por se tratar de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Acre, na forma do disposto no art. 105, I, *a*, da Constituição Federal, combinado com a Lei 10.628, de 24/12/02, que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal.

No mérito, alegam que não deve prevalecer a conclusão a que chegou o prolator da sentença. É que a prova do desvio, mediante fraude, da importância de R\$ 1.215.000,00 (Hum milhão e duzentos e quinze mil reais), para a conta corrente da empresa Acre Veículos Ltda. – Acrevelimda, foi obtida por perícia feita em sede de investigação criminal não submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa e, portanto, suspeita e nula, não podendo embasar a decisão proferida.

Aduzem que a Acrevelimda foi concessionária da Volkswagen do Brasil no Estado do Acre por mais de 30 (trinta) anos e que teve o seu contrato rescindido unilateralmente em 24 de outubro de 2000, conforme notificação recebida do 1º Cartório de Registro de Títulos e Documentos de Brasília, sem que fosse respeitado o prazo estabelecido no § 2º do art. 22 da Lei 6.729/79.

Acrescentam que, como a licitação ocorreu no mês de agosto de 2000, a Acrevelimda ainda era a representante legal da Volkswagen e, nessa qualidade, poderia receber a importância devida pelo Estado do Acre, uma vez que, consoante o disposto no art. 934 do Código Civil, o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito.

Enfatizam, relativamente ao apelante Francisco Diógenes, não ter ele praticado, na qualidade de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Acre, qualquer conduta que possa ser considerada ímproba, já que não desviou recursos públicos e nem se apropriou de valores.

O empenho pessoal demonstrado na compra de uma mansão em Brasília, deu-se em defesa de seus familiares, que se achavam envolvidos na aquisição do referido imóvel, e que, de repente, viram-se privados dos recursos para a conclusão das obrigações assumidas, já que se tratava de negócio lícito e protegido pelas leis comerciais.

Asseveram que a sentença atacada não deve passar para o mundo jurídico, em razão das alegações manifestadas nas preliminares, nas quais se verificam ser ela e os demais atos processuais nulos, por terem sido praticados em desconformidade com a previsão legal, bem assim a incompetência absoluta do juízo em face da edição da Lei 10.628/02.

Requerem o conhecimento e o provimento do recurso para que a ação civil pública seja julgada improcedente.

Processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VI, CPC), relativamente a João Malato Neto (fls. 75).

Houve contra-razões (fls. 1.029/1.035).

Nesta instância, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 1.101/1.105).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Versam os autos sobre ação civil pública cumulada com improbidade administrativa, manejada pelo Ministério Público Federal objetivando a condenação dos apelantes pela prática de atos ímprobos.

O pleito ministerial teve por base os fatos ocorridos por ocasião de procedimento licitatório realizado pelo Governo do Estado do Acre, objetivando, dentre outros fins, a aquisição de veículos destinados a equipar a Polícia Civil e a Polícia Militar daquela Unidade Federativa.

Na aludida licitação, sagrou-se vencedora a empresa Volkswagen do Brasil S/A, tornando-se credora da importância de R\$ 1.215.258,84 (um milhão, duzen-

---

\*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo e a Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada).

tos e quinze mil, duzentos e cinqüenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), a ser paga com recursos federais oriundos de convênio firmado com o Ministério da Justiça.

Ocorre que, em razão de adulterações efetuadas na ordem bancária relativamente à conta bancária da Volkswagen, a citada importância foi erroneamente depositada pelo Estado do Acre, na conta da Acre Veículos Ltda. – Acrevelimda, beneficiária da suposta fraude, juntamente com os apelantes.

Passo a analisar as preliminares suscitadas.

A de nulidade dos atos procedimentais praticados desde a citação até a sentença, fundada no atropelo do rito processual próprio da Lei 8.429/92, é juridicamente inconsistente.

Os apelantes sustentam que foram citados (art. 17, § 9º), quando deveriam ter sido notificados (art. 17, § 7º).

A finalidade da prévia notificação do requerido para apresentar manifestação é oportunizar ao magistrado um prévio juízo de admissibilidade da ação, com o objetivo de sustar demandas temerárias ou desarrazoadas.

Sob esse prisma e ao contrário do que afirmam os apelantes, nada obsta que o juiz, em sede de cognição provisória, verificando que a inicial preenche os requisitos legais, bem como a plausibilidade da prática de ato ímprobo, mande autuá-la e determine desde logo a citação do requerido, sem que disso resulte qualquer prejuízo para a defesa, que, é bom que se diga, apresentou contestação sem nada argumentar quanto à possível nulidade.

Não é demais lembrar, por oportuno, que vige no processo civil pátrio o princípio da instrumentalidade consagrado no art. 244 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Essa regra é complementada pelo § 1º do art. 249, do mesmo código, segundo o qual “*o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.*”

Vale registrar que nos dispositivos tido por violados, não há previsão de nulidade para a hipótese da prática de um ato por outro. Ademais, não se deve prestigiar o comportamento da parte que, chamada a se manifestar nos autos e observando eventual nulidade, permite o andamento do processo para só então revelá-la e pedir a anulação dos atos já praticados.

Ora, se os apelantes entenderam que houve inversão na ordem procedimental, passível de produzir nulidade, deveriam tê-la argüido no primeiro momento que falaram nos autos, isto é, na contestação, sob pena de preclusão. Deveriam, ainda, apontar qual o prejuízo suportado pelo fato de terem sido citados e não notificados.

Ora, se os apelantes entenderam que houve inversão da ordem procedimental, que houve cerceamento de defesa por não terem sido intimados pessoalmente para a audiência e por terem deixado de praticar alguns atos em virtude da impossibilidade de acesso físico ao processo, aquela e estes passíveis de produzir nulidade, deveriam tê-la argüido no primeiro momento que falaram nos autos, sob pena de preclusão.

A preliminar de incompetência do juízo em razão da pessoa, fundamentada no art. 105, I, alínea *a*, da Constituição Federal, combinada com a Lei 10.628/02, não merece ser acolhida.

O inconformismo dos apelantes reside no fato de um deles – Francisco Diógenes de Araújo – ser Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Acre, o que lhe daria o privilégio de somente ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A edição da Lei 10.628/02 realmente trouxe dúvida acerca da competência para o julgamento de ação de improbidade envolvendo agente político.

Para ilustrar, esclareço que o ora apelante Francisco Diógenes de Araújo apresentou reclamação junto ao Superior Tribunal de Justiça em razão de ter sido afastado de suas funções em sede de medida cautelar, por sentença proferida pelo Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre, alegando ser daquela Corte a competência para processá-lo e julgá-lo e não daquele juízo.

A reclamação foi julgada procedente (fls. 1.066/1.069), pelo que determinei a remessa destes autos àquela Corte (fls. 1.071).

Atualmente, porém, por força de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, afirmando que a ação de improbidade administrativa tem natureza civil, não remanesce dúvida quanto à competência do juiz de primeiro grau para processar e julgar autoridades que eventualmente figurem no pólo passivo deste tipo de ação e deste Tribunal para julgar os recursos interpostos das decisões por eles proferidas.

Bem por isso, o ilustre Ministro Fernando Gonçalves, a quem o presente processo foi distri-buído, exarou decisão a fls. 1.093, da qual se colhe:

No mais, subsiste agora o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal no julgamento noticiado no Informativo STF 401 (ADI 2797/DF e ADI 2860/DF) no sentido de ser a ação de improbidade administrativa de natureza civil, não se entendendo, no caso, ser o Superior Tribunal de Justiça

competente para o conhecimento destas demandas contra autoridades “para cujo processo penal o seria.”

Deste modo, subsiste a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para conhecer e julgar a apelação interposta por Francisco Diógenes de Araújo e outros. (Fls. 1.093).

Por tais fundamentos, rejeito as preliminares.

No mérito, o recurso merece parcial provimento.

O argumento de que não houve desvio, mediante fraude, da importância de R\$ 1.215.000,00 (um milhão e duzentos e quinze mil reais), da conta da Volkswagen do Brasil S/A, para a conta da empresa Acrevelimda, pertencente à família dos apelantes, não encontra respaldo na robusta prova documental carreada para os autos.

Com efeito, dentre vários outros documentos que compõem os 7 (apensos) destes autos, observo que o laudo pericial de fls. 309/312, do apenso I, do volume 2, comprova de forma inconteste, que os dados da conta da Volkswagen do Brasil S.A, foram alterados, fazendo com que a importância acima mencionada fosse creditada na conta da Acrevelimda.

Por sua vez, os dados constantes das fls. 32/34, do apenso IV, do volume I, atinentes à quebra do sigilo bancário dos apelantes, demonstram que o valor indevidamente depositado na conta da Acrevelimda foi imediatamente transferido para outras contas ou sacado diretamente no caixa.

Para ilustrar, destaco que do valor citado, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), foi depositado na conta de Adriane de Souza Araújo, que, por seu turno, fez vários depósitos em outras contas pertencentes a titulares diversos, dentre as quais a de Francisco Diógenes de Araújo, que recebeu o montante de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais), comportamento que denota o propósito de dificultar o rastreamento, o bloqueio e a restituição dos valores desviados.

Também não socorre os apelantes a alegação de que o pagamento foi feito a quem de direito, por ser a Acrevelimda, à época, representante legal da Volkswagen.

Na verdade, quem participou do procedimento licitatório, sagrou-se vencedora e forneceu os veículos, foi a Volkswagen e não a Acrevelimda, tanto que a nota de empenho foi emitida em nome daquela e não desta.

No tocante à alegação de que o apelante Francisco Diógenes de Araújo não praticou conduta ímproba, visto não ter desviado recursos públicos nem se apropriado de valores, e que o empenho na compra da mansão em Brasília deu-se na defesa dos seus familiares envolvidos no negócio, esclareço que o tema foi devidamente esclarecido pelo juiz *a quo*, nestes termos:

O agente público Francisco Diógenes de Araújo praticou diversos atos ímprobos. Ao desviar – com a colaboração de terceira pessoa que tinha acesso ao sistema informatizado de pagamento do Governo do Estado do Acre – a quantia de R\$ 1.215.000,00, bem como incorporar ao seu patrimônio e permitir que outros se locupletassem incorreu nas condutas ímprobos previstas no art. 10, *caput*, I, da Lei 8.429/92. Como já explicitado no item anterior, a culpa do réu é revelada não só pelo depósito na sua conta bancária de parte do valor surrupiado do erário como também pela prova oral constante dos autos que denunciam seu empenho pessoal na compra de uma mansão em Brasília no valor de R\$ 820.000,00, somente não logrando êxito nesta particular empreitada (compra de mansão) em face do bloqueio do numerário pela Justiça.

37. É igualmente o agente público ímprobo por atentar contra os deveres, exigíveis de todo servidor público, de honestidade e de lealdade (art. 11, *caput*, Lei 8.429/92) às instituições públicas – agravado pelo fato de exercer a presidência de órgão destinado ao controle da probidade e legalidade públicas – ao ter ciência que recursos públicos desviados foram depositados em sua conta corrente e nas contas de sua família e não ter tomado as providências para estancar aquele desvio, incorrendo na conduta prevista no art. 10, *caput* (conduta omissiva e apropriação).

38. Em arremate deste ponto, observo que, para os limites desta ação, o agente público Francisco Diógenes de Araújo agiu com improbidade, ao participar do desvio de recursos públicos, ao se apropriar daqueles valores, ao se omitir em tomar providências que lhe cabia como fiscal da coisa pública para sanar o desvio verificado e que, por uma razão ou outra (caso se aceite a tese esdrúxula do réu) foi depositado em sua conta corrente. Agride ao bom senso e à boa lógica admitir que um conselheiro de Tribunal de Contas estadual se locuplete de recursos públicos, lambuze-se em trama para adquirir mansão com verba pública e ouse afirmar que é probo, decente e honesto, e que cumpre com o dever de moralidade que a Constituição da República lhe exige: os recursos eram públicos e foram desviados com a colaboração de servidor público que alterou o sistema informatizado de pagamento do Estado do Acre (servidor que detinha o poder de movimentar a verba oriunda do Ministério da Justiça), comunicando esta qualidade a todos os demais agentes que integraram a trama e dela auferiram proveito (art. 3º, Lei 8.429/92). (Fls. 965/966).

De modo que, quanto a esse ponto, nenhum reparo deve ser feito ao *decisum*, uma vez que a condenação teve por fundamento a robusta prova que instrui os autos.

Todavia, no que diz respeito à perda do cargo público, a sentença não pode subsistir.

Com efeito, o art. 12 da Lei 8.429/92, que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometerem atos de improbidade administrativa, não contempla a hipótese da perda de cargo público, mas tão-só a perda da função pública.

O dispositivo citado tem a seguinte redação:

Art. 12 Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, *perda da função pública*, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, *perda da função pública*, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, *perda da função pública*, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (Grifei).

Cabe salientar, por oportuno, que as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades não podem sofrer interpretação conducente a uma ampliação das sanções nelas previstas, devendo a norma indicada ser interpretada de forma literal, uma vez que não é dado ao intérprete estabelecer distinções não estatuídas pelo legislador.

Considerando que a perda da função pública decretada, na sentença, redundava em perda do cargo, pois, no caso, a função é decorrente do exercício deste último, não pode tal sanção prevalecer, eis que sem amparo na lei.

Assim, a sentença deve ser reformada nessa parte.

Isso posto, dou parcial provimento ao apelo para reformar a sentença tão-somente na parte que condenou o apelante Francisco Diógenes de Araújo à perda da função pública, porque, sendo ela decorrente do exercício do cargo, implica, de fato, na perda deste último, o que não se compadece com a lei.

É o voto.

---

## Quinta Turma

---

### Apelação Cível

**2001.01.00.012200-6/MG**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida

Apelante: Assemi – Associação dos Servidores da Minas Caixa

Advogados: Dra. Ana Vitória Mandim Theodoro e outros

Apelada: Terezinha Teixeira Rodrigues

Advogados: Dr. Sílvio dos Santos Abreu e outros

Apelada: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogados: Dra. Gleida Maria Vilela Parma e outros

Publicação: DJ 2 de 07/04/06

---

### Ementa

*Reponsabilidade civil. Saque de FGTS por advogados indiretamente contratados por associação de servidores. Ilicitude dos atos comprovados em processo criminal. Vínculo jurídico entre a correntista e a associação. Relação baseada na fidúcia. Dano causado por corpo jurídico. Quebra da confiança. Culpa in eligendo. Reconhecimento da responsabilidade da associação.*

I. A relação jurídica existente entre a Associação dos Servidores da Minas Caixa – Assemi e a apelada funda-se, sobretudo, na fidúcia, pois a associada somente se tornou associada por acreditar que a associação atuaria no sentido de preservar e lutar pelos seus direitos como servidora do Estado.

II. A expectativa natural foi quebrada no momento em que ocorreu saque indevido do saldo da conta de FGTS da apelada por advogados indiretamente contratados pela Assemi. O fato de terem sido outorgados poderes não pela própria associação, mas pelos advogados que contratara, por meio de substabelecimentos, não exclui a responsabilidade da apelante, pois tais substabelecimentos decorreram do contrato por ela firmado com advogados que livremente escolhera.

III. Não cabe a pretensão de redirecionar a ação de responsabilidade contra a CEF, contra os advogados contratados pela associação, ou mesmo contra os advogados que levantaram o FGTS da apelada, pois o prejuízo decorre, em última instância, da filiação da apelada à Assemi, pelo que deve a associação reparar o dano suportado pela apelada.

IV. Configura-se, na espécie, culpa *in eligendo*, decorrente de uma indevida escolha dos advogados por parte da apelante.

V. Apelação improvida.

---

## Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Juiz Federal convocado, Exmo. Sr. Marcelo Albernaz e, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 08/03/06.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — Em exame, apelação cível interposta pela Associação dos Servidores da Minas Caixa – Assemi em face de sentença que julgou procedente pedido de Terezinha Teixeira Rodrigues para condenar a ré, ora apelante, a restituir valor indevidamente levantado da conta de FGTS da autora, com correção monetária e juros.

O juízo monocrático afastou a responsabilidade da Caixa Econômica Federal, segunda ré, e condenou a Assemi ao ressarcimento dos prejuízos experimentados pela autora. A sentença teve os seguintes fundamentos:

(...) A responsabilidade da Assemi, por sua vez, é inconteste.

Restam configuradas sua culpa *in vigilando* e *in eligendo* para a ocorrência do evento danoso, exurgindo, daí, sua obrigação de reparar.

A culpa *in eligendo* provém da falta de cautela ou providência na escolha de preposto ou pessoa a quem é confiada a execução de um ato, ou serviço. A culpa *in vigilando* é ocasionada pela falta de diligência, atenção, vigilância, fiscalização ou quaisquer outros atos de segurança do agente, no cumprimento do dever, para evitar prejuízo a alguém.

Embora o instituto da responsabilidade civil tenha, por muitos anos, baseando-se no elemento culpa *stricto sensu*, a doutrina vem reconhecendo outros elementos capazes de ensejar a obrigação de reparação, todos eles presentes no caso em tela, tais como as noções de assistência, de providência e garantia. Passou-se a visar à garantia e ao resguardo de princípios mais abrangentes, como a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos que proíbem o dolo, a fraude e a torpeza.

A associação em tela afigura-se como a responsável imediata pelo dano causado à autora, que se viu exposta às conseqüências desagradáveis decorrentes da violação da norma jurídica. A ela competia zelar pelos interesses de seus associados, orientando-lhes profissionalmente e possibilitando, da melhor forma possível, sua defesa em juízo. Recai sobre ela a responsabilidade pelos atos de profissionais não-idôneos por ela contratados, aos quais essas funções foram atribuídas. Não se pode deixar de reconhecer que a primeira

ré agiu com total falta de cuidado com relação à vontade de sua associada, o que fez com que os profissionais escolhidos para defendê-la judicialmente acarretasse-lhe danos, uma vez que se apropriaram de todo o saldo que se encontrava depositado em sua conta do FGTS. Não foi observada, portanto, a principal obrigação da associação, que é a de zelar pelos interesses de seus associados.

A defesa desses interesses em juízo só se dá por meio da figura do advogado, que responde contratualmente perante seus clientes. Sua função é zelar pelo interesse destes, defendendo-os e dando-lhes conselhos profissionais. A ele se impõe, no exercício da profissão, a estrita observância das normas do Código de Ética Profissional. No caso dos autos, houve falha na escolha de um elemento tão essencial à busca dos fins pleiteados pelas partes em juízo.

A má atuação, reconhecida inclusive na esfera criminal, dos advogados autorizados por assembleia da própria Assemi para agir como substitutos processuais dos associados e prestar-lhes assistência jurídica, deixa claro o descaso com que se tratou um bem jurídico tão importante ao trabalhador como o seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Restaram provados então o fato, a culpa da primeira ré, nas modalidades *in eligendo* e *in vigilando*, e onexo causal entre o ato da associação e o resultado, que consistiu no saque do dinheiro depositado em favor da autora (...)

Apela a Assemi informando que, com intuito de orientar e possibilitar a defesa de seus associados, manteve uma equipe de assessoria jurídica formada pelo escritório de advocacia de Elizabeth Kallas, Maria da Conceição Carreira Alvim, Marcelo Aroeira Braga e Carlos Frederico Gusman Pereira, advogados que durante 8 (oito) anos desempenharam com diligência as funções que lhe cabiam.

Com a liquidação da Minascaixa, seus ex-servidores tiveram a ruptura compulsória de seus contratos de trabalho. A CEF negou-se a liberar-lhes os respectivos saldos do FGTS, argumentando que, em virtude da Lei 8.162/91 e da Lei Estadual 10.470/91, foram aqueles trabalhadores absorvidos pelo Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, passando a ser enquadrados no Regime Jurídico Único estadual.

Conta a apelante que não se conformando com a negativa da CEF, ajuizou ação pretendendo o levantamento do FGTS de seus associados, mas não obteve êxito.

Diz que em agosto de 1992 os advogados informaram à associação que a Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro estava concedendo liminares, permitindo o levantamento do saldo de FGTS dos trabalhadores que assim pleiteassem, o que levou à contratação de um escritório de advocacia naquela comarca.

Afirma a apelante que outorgou procuração a advogados de sua confiança, os quais substabeleceram os poderes a profissionais do Rio de Janeiro, por eles livremente escolhidos. A advogada Maria da Conceição Carreira Alvim, interrogada em processo criminal, teria afirmado que seu escritório efetuou contato com os advogados Nelson Lavra Moço e Ricardo Viana Fernandez, do Rio de Janeiro, indicados pelo Dr. Félix Fraia, para os quais substabeleceram poderes para ajuizamento de ação para liberação de saldos de FGTS.

A apelante afirma que naquela oportunidade deixou claro aos seus patronos de Belo Horizonte que a liberação do FGTS somente poderia ser requerida para aqueles associados que expressamente manifestaram desejo neste sentido, ficando as providências necessárias a cargo da assessoria jurídica.

Diz a apelante que, à sua revelia, foram tomadas medidas injurídicas e ilegais, as quais restaram denunciadas pelo Ministério Público Federal, prejudicando servidores que não pretendiam a liberação de seus saldos do FGTS, dentre os quais a apelada.

Alega que os advogados substabelecidos do Rio de Janeiro engendraram uma verdadeira trama para obtenção de dinheiro fácil. Assim, ajuizaram ação cautelar inominada em favor de Gelso de Carvalho Amaral objetivando liminar para levantamento de saldo do FGTS. Conseguida a liminar vindicada, pleitearam a substituição processual para que no pólo ativo passasse a figurar a Associação dos Servidores da Feem. Ao providenciarem o cumprimento da ordem judicial, anexaram, ilicitamente ao mandado, listagem contendo nomes, não só dos filiados da Feem, mas também de diversas outras associações que não integravam a lide, dentre elas a Assemi. Obtiveram êxito no levantamento dos saldos de FGTS de todos aqueles que constavam da referida documentação.

Destaca a apelante que a CEF não obstante o mandado referir-se tão-somente aos servidores da Feem, liberou o FGTS de todos aqueles que constavam da listagem anexada, sem averiguar se pertenciam ou não àquela associação. Entende a apelante que, embora tenha cumprido ordem judicial, errou a CEF ao permitir que fossem levantados valores de servidores que não integravam a lide, uma vez que, como gestora do FGTS, tinha dever de bem zelar pelos recursos a ela confiados, somente liberando os valores relativos àqueles que efetivamente estavam abrangidos pela liminar.

Cientificados dos fatos pela sua assessoria jurídica, os dirigentes da apelante foram ao Rio de Janeiro para acompanhar a liberação do FGTS, quando, então, descobriram não haver nenhuma ação em nome da Assemi. A inserção dos nomes dos associados fora feita indevidamente, ilicitamente, na listagem anexada ao mandado liminar relativo aos servidores da Feem.

Diz a apelante que a execução somente foi paralisada em 22 de janeiro de 1993, por meio de ordem expressa da juíza do feito, chamando o processo à ordem após tomar conhecimento da artimanha engendrada pelos causídicos.

A apelante pugna pelo reconhecimento da ausência de culpa sua no episódio narrado, sustentando que agiu em estrita observância dos deveres de defesa dos interesses de seus associados, acrescentando que não existem, nos autos, provas de negligência, imperícia ou imprudência de seus dirigentes que pudessem desabonar sua conduta, pois os prejuízos da apelada decorreram de atos praticados em excesso de mandato pelos advogados livremente escolhidos por sua assessoria jurídica.

Afirma que a sentença, ao se fundar na configuração de culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*, imputou-lhe um dever de agir com cautela de índole excepcional, não admitida pelo ordenamento jurídico, que somente exige a prudência ordinária, tida como aquela do homem normal, o *bonus pater familiae*, pois confiava plenamente nos seus assessores jurídicos, que escolheram livremente os advogados do Rio de Janeiro, sem que houvesse qualquer participação de seus dirigentes.

Sustenta a apelante que casos há em que, não obstante a permissão do mandante, será o mandatário responsável pelos prejuízos porventura provocados pelo substabelecido, pois o substabelecimento decorre da confiança do mandatário. Neste contexto, deve o substabelecido responder por culpa *in eligendo* em razão da má escolha daquele que o substituirá na defesa dos interesses do mandante. Conclui afirmando que, se culpa houve, deve ser atribuída a seus assessores jurídicos, que teriam escolhido mal seus substitutos.

A apelante afirma que passou uma procuração aos advogados de Belo Horizonte especificamente para ajuizar ação em nome da associação para levantamento das contas vinculadas de FGTS de seus filiados na comarca do Rio de Janeiro. Assim, em caso de substabelecimento, a atuação de advogados substabelecidos deveria se ater aos limites dos poderes expressamente contidos no mandato.

No entanto, teriam os causídicos do Rio de Janeiro praticado atos que excederam os poderes do mandato, o que exclui a responsabilidade da apelante pelos prejuízos suportados pela recorrida. O mandante responde somente pelos atos praticados dentro dos limites expressos do mandato.

Segundo a apelante, os mandatários foram condenados pelo crime de estelionato pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, o que, a seu juízo, evidencia o abuso dos poderes outorgados pelo mandato.

Afirma a apelante que não integrava a lide que foi instaurada para o fim de levantar o FGTS. Portanto, todos os atos foram praticados sem procuração, em excesso de poder.

---

Com tais considerações, entende a associação apelante estar patente a responsabilidade dos advogados do Rio de Janeiro, bem como da Caixa Econômica Federal, que permitiu o levantamento de valores de servidores que não integravam a lide, por não conferir a listagem anexa ao mandado judicial.

A apelante pugna pela condenação da CEF ao ressarcimento do valor indevidamente levantado da conta vinculada do FGTS da apelada, por falta de controle e negligência da instituição no ato de liberação dos recursos.

Quanto à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, sustenta a apelante que o juízo não atendeu ao princípio da isonomia das partes e do tratamento igualitário, uma vez que arbitrou em 10% sobre o valor da causa os honorários devidos pela CEF e em 15% sobre o valor da condenação os honorários devidos pela Assemi.

Pugna a apelante pela condenação igualitária das partes sucumbentes ou, alternativamente, a redução do percentual de 15% (quinze por cento), pois, a seu juízo, é extremamente excessivo em face da exigência preconizada pelo art. 20, § 4º, do CPC.

Encerra a apelante seu petitório requerendo o provimento do apelo para que:

a) seja reconhecida a inexistência de responsabilidade pelos danos causados à apelada;

b) seja a Caixa Econômica Federal condenada a restituir os valores levantados indevidamente da conta de FGTS da recorrida;

c) caso se entenda pela condenação da recorrente, seja a indenização repartida entre as rés sucumbentes proporcionalmente à culpa de cada uma ou, caso não acolhidos estes argumentos, seja reduzida a verba honorária de sucumbência.

É o relatório.

### **Voto\***

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — Insurge-se a Associação dos Servidores da Minas Caixa – Assemi contra sentença que reconheceu sua responsabilidade civil pelos danos de ordem patrimonial experimentados pela apelada, que teve valores de sua conta de FGTS levantados por terceiros não autorizados.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Marcelo Albernaz (convocado).

O fundamento lançado pelo juízo monocrático na sentença, em síntese, pautou-se pela culpa *in eligendo* e na culpa *in vigilando* da associação apelante, que ao seu sentir não escolheu adequadamente o corpo de advogados para a defesa judicial de seus associados.

O magistrado assim se manifestou quanto a este ponto:

A culpa *in eligendo* provém da falta de cautela ou previdência na escolha de preposto ou pessoa a quem é confiada a execução de um ato, ou serviço. A culpa *in vigilando* é ocasionada pela falta de diligência, atenção, vigilância, fiscalização ou quaisquer outros atos de segurança do agente, no cumprimento do dever, para evitar prejuízo a alguém.

Dos fatos apresentados nestes autos, depreende-se uma cadeia de atos que culminaram na ação criminosa praticada por advogados atuantes na cidade do Rio de Janeiro, que, através de artifícios maliciosos, fraudulentos, ilegais e imorais, efetuaram o levantamento de recursos financeiros de contas de FGTS de terceiros, em proveito próprio.

Em primeiro plano, há uma relação jurídica entre a apelada e a Assemi. Esta, por sua vez, contratou advogados para defesa judicial dos direitos de seus associados. Os advogados substabeleceram poderes a outros advogados do Rio de Janeiro para ajuizamento de ações na Seção Judiciária daquele Estado. Estes últimos causídicos, utilizando-se dos poderes substabelecidos, lesaram a apelada.

A responsabilidade penal dos advogados Ricardo Viana Ramos Fernandez, Tânia Pacheco Fernandez e Nelson Edson Lavra Moço restou reconhecida pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que julgou procedente, em parte, a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, condenando-os como incurso nas penas do tipo descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal (estelionato), como se depreende da sentença acostada a fls. 383/457.

Estes causídicos receberam substabelecimento dos advogados contratados pela Assemi, associação da qual faz parte a apelada.

É evidente que a relação jurídica existente entre apelante e apelada funda-se, sobretudo, na fidúcia, pois a associada somente se tornou associada por acreditar que a associação atuaria no sentido de preservar e lutar pelos seus direitos como servidora do Estado.

Entretanto, a expectativa natural foi quebrada no momento em que ocorreu o indevido saque do saldo da conta de FGTS da apelada por advogados indiretamente contratados pela Assemi. O fato de terem sido outorgados poderes não pela própria associação, mas pelos advogados que contratara, por meio de substabelecimentos, não exclui a responsabilidade da apelante, pois tais substabelecimentos decorreram do contrato por ela firmado com advogados que livremente escolhera.

Não cabe a pretensão de redirecionar a ação de responsabilidade contra a CEF, contra os advogados contratados pela associação, ou mesmo contra os advogados que levantaram o FGTS da apelada, pois o prejuízo decorre, em última instância, da filiação da apelada à Assemi, pelo que deve a associação reparar o dano suportado pela apelada.

Quanto ao argumento de que os advogados teriam agido com excesso de mandato, o que excluiria a responsabilidade da Assemi, entendo que se a escolha dos patronos tivesse sido mais criteriosa, tomando em conta a cautela necessária à proteção dos direitos dos associados, os danos ora em apreço não teriam ocorrido.

Neste ponto, com razão o juízo monocrático quanto à ocorrência de culpa *in eligendo*, decorrente de uma indevida escolha dos advogados que contratara.

Sendo assim, não vislumbro razoabilidade nos fundamentos expendidos pela apelante, pelo que deve ser mantida a sentença que reconheceu a responsabilidade da Assemi pelos danos causados ao FGTS de Terezinha Teixeira Rodrigues.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.

É o voto.

### Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Velasco Albernaz:* — Senhora Presidente, pelo que pude compreender, trata-se de ação proposta por particular em face da Assemi – Associação dos Servidores da Minas Caixa e da Caixa Econômica Federal, visando ao ressarcimento de dano causado pelo saque de valores relativos ao FGTS, por advogados indiretamente contratados pela primeira ré. Tal situação evidencia um litisconsórcio passivo facultativo, instaurado por iniciativa da parte autora. Todavia, tal litisconsórcio não pode ser admitido, uma vez que o mesmo juízo não é absolutamente competente para apreciar os pedidos formulados em face da Assemi e em face da Caixa Econômica Federal.

Com efeito, para apreciar o pedido deduzido em face da empresa pública federal, a competência absoluta é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal. Para apreciar o pleito indenizatório em face da Assemi, competente é a Justiça Estadual, que ostenta competência residual. Não sendo o mesmo juízo absolutamente competente para ambos os pleitos, impossível a cumulação subjetiva instaurada por iniciativa da parte autora.

Ante o exposto, suscito questão de ordem no sentido de se extinguir o processo sem julgamento do mérito no que tange ao pleito deduzido em relação à Assemi – Associação dos Servidores da Minas Caixa, nos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Ressalto, por oportuno, que há jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, sendo o juízo competente para apreciar apenas um dos pleitos cumulados, deve apreciar esse pedido, deixando de apreciar o que se submete à competência absoluta de outro órgão jurisdicional.

### **Voto Vogal sobre a Questão de Ordem**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus:* — Acompanho a posição da Relatora na diretriz por ela adotada, rejeitando a questão de ordem, ao entendimento de que a ação movida também contra a Caixa tem por pressuposto que a empresa pública não praticou nenhum ato passível de incriminação.

Dessa sorte, entendo que a solução ora adotada, vale dizer, rejeitando a questão de ordem, proporciona maior justiça às partes, notadamente à parte autora.

No mérito, acompanho o voto de Vossa Excelência.

### **Voto Vogal sobre a Questão de Ordem**

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:* — Terezinha Teixeira Rodrigues ajuizou ação de reparação de dano contra a Associação dos Servidores da Minas Caixa e contra a Caixa Econômica Federal, alegando que a Assemi, sem a autorização e sem o conhecimento da autora, outorgou procurações a advogados que sacaram o seu saldo da conta do FGTS, causando dano financeiro à parte.

A autora alegou que o dinheiro levantado pelos advogados deu-se em 28 de dezembro de 1992 e que está configurado o crime de estelionato por parte dos réus. Pediu a condenação solidária da Assemi e da CEF – Caixa Econômica Federal. O pedido de condenação solidária fundamenta-se no fato de que a responsabilidade civil decorrente da prática de ato ilícito acarreta a obrigação conjunta no vínculo.

Considerando o magistrado *a quo* a natureza do pedido e a natureza do ato jurídico praticado, entendeu de apreciar a lide tanto em relação à ré Assemi, como com relação à Caixa Econômica Federal. Adentrou na cognição do mérito e houve por bem julgar improcedente o pedido com relação à Caixa Econômica Federal sob o fundamento de que não havia praticado nenhum ato objeto de censura.

Assim sendo, rejeito a questão de ordem, tendo em vista a natureza do pedido e a forma pela qual foi decidido pelo MM. juiz *a quo*.

## Voto Vogal sobre a Questão de Ordem

*O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Veslaco Albernaz:* — Senhora Presidente, quanto à manutenção da condenação da Assemi, acompanho a eminente Relatora. No que diz respeito ao reconhecimento da ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal, ousou divergir, tendo em vista que, em face da formulação de pedido de condenação da aludida empresa pública federal, ostenta ela legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual. No entanto, os fundamentos utilizados para identificar a mencionada ilegitimidade passiva servem para justificar a improcedência do pedido quanto a tal ré.

Diante disso, mantenho a sentença na parte em que julgou improcedente o pedido deduzido em face da Caixa Econômica Federal.

## Sexta Turma

### Agravo de Instrumento

**2005.01.00.019973-0/MT**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves

Agravante: Estado de Mato Grosso

Procurador: Dr. Bruno Homem de Melo

Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Procurador: Dr. José Freitas de Sousa

Publicação: DJ 2 de 11/04/06

### Ementa

*Agravo de instrumento. Ação civil pública. Tratamento de saúde e fornecimento de remédios às pessoas necessitadas. Legitimidade dos Estados, e não da União.*

I. A jurisprudência do STF se orienta no sentido da legitimidade dos Estados para responder pelas causas que visam ao tratamento de saúde e ao fornecimento de remédios às pessoas necessitadas, “porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da Constituição), cabe, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente.” (RE 261.268/RS, Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento: 28/08/01, DJ de 05/10/01, p. 57).

II. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

---

## Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 13/03/06.

Juiz *Leão Aparecido Alves*, Relator convocado.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves*: — Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 146 a 148, pela qual o juízo federal entendeu que a competência para processar e julgar a presente causa é da Justiça Estadual, por não ter a União legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, ao fundamento de que, “muito embora todos os entes políticos componham o sistema (SUS), eis que formam o conjunto o ‘Estado’, eles não têm os mesmos deveres, as mesmas obrigações. E aqui reside o ponto nevrálgico para a definição da competência para o processo e o julgamento desta ação civil pública, eis que a pretensão deduzida neste feito relaciona-se mais intimamente com as atribuições dos Estados e Municípios, nos termos do que dispõem os arts. 17 e 18 da Lei 8.080/90, pois a estes foram atribuídas as tarefas mais consentâneas com a *execução* das políticas públicas de saúde, *o que diz respeito mais de perto com a obrigação de fornecer o medicamento reclamado pelos infantes representados.*” (Fls. 147 – grifo original).

Sustenta o recorrente, Estado de Mato Grosso, a competência da Justiça Federal e a necessidade da presença, no pólo passivo da ação civil pública em causa, em litisconsórcio necessário, do Município de Cuiabá e da União, uma vez que todas as entidades políticas fazem parte do Sistema Único de Saúde (SUS), e a presente ação visa ao fornecimento de medicamento pelo Estado a quem necessita. Alega, também, a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação civil pública em causa.

O pedido de antecipação da tutela da pretensão recursal foi indeferido.

Contraminuta apresentada pelo Ministério Público Federal no sentido da manutenção da decisão agravada, por considerar que a competência para processar e julgar a ação civil pública é da Justiça do Estado de Mato Grosso.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves:* — 1. No âmbito do STF, a jurisprudência se orienta no sentido da legitimidade dos Estados para responder pelas causas que visam ao tratamento de saúde e ao fornecimento de remédios às pessoas necessitadas, “porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da Constituição), cabe, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente.” (RE 261.268/RS, Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento: 28/08/01, DJ de 05/10/01, p. 57).

Neste sentido:

– *Direito à saúde. “Diferença de classe” sem ônus para o SUS. Resolução 283 do extinto Inamps. Art. 196 da Constituição Federal.* – Competência da Justiça estadual, porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da Constituição), cabe, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. – O direito à saúde, como está assegurado no art. 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. Inexistência, no caso, de ofensa à isonomia. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 261.268/RS, Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento: 28/08/01, DJ de 05/10/01, p. 57).

*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 consequência 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 consequência 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 insequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta*

\*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Francisco Neves da Cunha (convocado).

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 incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável 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. Precedentes do STF. (RE 271.286 AgR/RS, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 24/11/00, p. 101).

*Agravo regimental em recurso extraordinário. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Lei estadual 9.908/93. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre na comissão intergestores bipartite. Inobservância das cláusulas pactuadas entre as partes. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência.*

1. Programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores do vírus HIV. Lei 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamentou o preceito do art. 196 da Carta Federal. Constitucionalidade. Precedentes. 2. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre. Exame das cláusulas pactuadas entre os entes públicos no que concerne à reserva de atribuições para a operacionalização dos serviços de saúde. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. Hipótese em que foram observados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da população na área da saúde, o que é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário. Agravo regimental não provido. (RE 259.508 AgR/RS, Relator Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 16/02/01, p. 137).

*Direito à saúde. Art. 196 da Constituição Federal. Acórdão recorrido que permitiu a internação hospitalar na modalidade “diferença de classe”, em razão das condições pessoais do doente, que necessitava de quarto privativo. Pagamento por ele da diferença de custo dos serviços. Resolução 283/91 do extinto Inamps.*

O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução 283/91 do Inamps, que veda a complementariedade a qualquer

título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde. Refoge ao âmbito do apelo excepcional o exame da legalidade da citada resolução. Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público. Recurso não conhecido. (RE 226.835/RS, Relator Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 10/03/00, p. 21).

Nos casos julgados pelo Supremo, em que a questão da competência foi agitada, decidiu-se pela legitimidade dos Estados-membros para responder pelas causas relativas ao tratamento médico e ao fornecimento de remédios às pessoas necessitadas.

Por sua vez, no STJ a jurisprudência tem se orientado no sentido de que o fornecimento de medicamentos às pessoas necessitadas e o ônus pelo tratamento de saúde é da responsabilidade solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Neste sentido:

O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (REsp 771.537/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 03/10/05). (AgRg no Ag 701.577/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17/11/05, DJ de 19/12/05, p. 351).

*Administrativo e Processual Civil. Fornecimento de medicamentos. SUS. Legitimidade passiva solidária do Município, do Estado e da União. Arts. 196 e 198, § 1º, da CF/88.*

I – É da competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal.

II – Recurso especial improvido. (REsp 773.657/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 08/11/05, DJ de 19/12/05, p. 268).

A CF, no art. 196, e a Lei 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser argüida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles. (REsp 661.821/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12/05/05, DJ de 13/06/05, p. 258).

Por outro lado, e tendo em vista que há precedentes do STJ que também afirmam que a definição da legitimidade da União, neste caso, por se constituir em questão constitucional relativa à interpretação do sentido e do alcance dos arts. 196 e 198 da Carta Magna, não se acha abrangida pelo âmbito de conhecimento do recurso especial (Carta Magna, art. 105, III), mister se faz, antes que haja definição segura quanto a essa questão, seguir a orientação da Suprema Corte.

Neste sentido:

*Administrativo. Agravo de instrumento. Recurso especial. Fornecimento de medicamentos. Legitimidade passiva. Acórdão recorrido assentado sobre fundamentação de natureza eminentemente constitucional.*

1. A controvérsia a respeito da competência dos entes federados em prover as condições indispensáveis ao exercício pleno do direito à saúde é de natureza constitucional.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 683.357/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/09/05, DJ de 19/09/05, p. 202).

*Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Violação de dispositivo constitucional. Competência do STF. Tratamento de saúde e fornecimento de medicamentos a necessitado. Obrigação de fazer. Fazenda Pública. Inadimplemento. Cominação de multa diária. Astreintes. Incidência do meio de coerção.*

1. A análise à violação de preceitos constitucionais é vedada, em sede de recurso especial, uma vez que é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. (REsp 699.550/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/08/05, DJ de 29/08/05, p. 185).

2. Ora, no tocante ao litisconsórcio necessário, em razão da natureza da relação jurídica, Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1999, p. 5 e 6) salienta:

O litisconsórcio necessário, na generalidade dos casos, não é expressamente previsto em lei, mas se funda na natureza da relação jurídica (Cód. cit., art. 47) em que se fundamenta a pretensão. A lei processual considera os litisconsórcios necessários “sempre que a pretensão dos litisconsortes ou contra os litisconsortes se funda na mesma relação jurídica” (Lopes da Costa).

O Código de Processo Civil, de 1939, art. 88, considerava necessário o litisconsórcio que se fundasse na comunhão de interesses. No regime desse código escrevemos: “A comunhão de interesses se depreende da relação jurídica material posta em juízo. Quando esta é una e incindível quanto aos seus sujeitos ativos ou passivos, todos eles deverão necessariamente participar da relação processual, porquanto a sentença a todos atinge. Em consequência, se qualquer dos consortes da relação de direito material não participar da relação processual, esta será nula, nulo o processo, pela ineficácia da sentença em face dos ausentes. Havendo, pois, comunhão de interesses entre os consortes

da relação jurídica substancial, de modo que a eficácia da sentença dependa da presença de todos eles, imprescindível será o litisconsórcio entre os mesmos. Trata-se de litisconsórcio necessário, ou indispensável: ‘as partes não poderão dispensá-lo’ (Cód. Proc. Civil, de 1939, art. 88)”.

O Código de Processo Civil vigente substituiu a expressão “comunhão de interesses” pela expressão “comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide” (Cód. Proc. Civil, art. 46, I). Isso ocorrendo, trate-se de comunhão de direitos, trate-se de comunhão de obrigações, e a *relação de direito material seja una e incindível* quanto aos seus sujeitos ativos ou passivos, todos eles deverão necessariamente participar da relação processual litisconsorcial, porquanto a sentença a todos atinge. Se o direito é um só ou a obrigação uma só, com pluralidade de titulares, ou pluralidade subjetiva, há comunhão e os comunheiros terão que se litisconsorciar. Por outras palavras, há litisconsórcio necessário em razão da natureza da relação jurídica, quando esta abraça “comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide”.

Em verdade, pode-se verificar comunhão de direitos ou obrigações que não imponha o litisconsórcio entre sujeitos ativos ou passivos. Mas isso é possível quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, se permita a um só titular de direito ou sujeito da obrigação agir isoladamente em juízo, ou quando aquela comunhão possa ser cindida. A comunhão de direitos ou de obrigações exige o litisconsórcio quando é una e incindível. Em todos os casos, será o direito material que dirá se o litisconsórcio é ou não necessário.

No mesmo sentido, a jurisprudência:

Inexiste litisconsórcio passivo necessário quando a decisão da causa não acarrete obrigação direta para o terceiro chamado à lide. (RE 85.774/MG, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgamento: 14/09/76, Primeira Turma, RTJ 84/267).

II. O litisconsórcio necessário, à conta da natureza da relação jurídica, tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo. (RE-100.411/RJ, Relator Ministro Francisco Rezek, julgamento: 04/09/84, Segunda Turma, DJ 26/10/84, p. 18.000, RTJ 111/1.280).

Dessa forma, não há que se falar em litisconsórcio necessário entre a União, os Estados e os Municípios em causas desta natureza, porquanto a decisão a ser proferida não acarreta obrigação direta para a União nem afeta direito subjetivo dela.

3. À vista do exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

---

## Sétima Turma

---

### Agravo de Instrumento

**2004.01.00.007420-1/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Agravados: Companhia Têxtil Ferreira Guimarães e outro

Advogados: Dr. Domingos Novelli Vaz e outro

Publicação: DJ 2 de 07/04/06

---

### Ementa

*Processo Civil. Agravo de instrumento. Execução de título judicial condenatório (Crédito-Prêmio do IPI). Substituição do cedente pelo cessionário, independentemente de consentimento do devedor. Possibilidade. Precedentes.*

I. Dispondo a empresa agravada de um título judicial (sentença condenatória), não incide a vedação contida no art. 9º do Decreto-Lei 1.219/72, porque só aplicável aos créditos tributários instituídos pelo Decreto-Lei 491/69 (Crédito-Prêmio do IPI), enquanto usufruídos dentro da normalidade do incentivo fiscal, perante o fisco federal. Precedente.

II. O CPC autoriza, expressamente, em seu art. 567, II, o prosseguimento da execução pelo cessionário, não impondo nenhuma condição além de ter sido o direito transferido por ato entre vivos, não sendo, portanto, necessária a concordância do devedor.

III. Não há que falar, também, na restrição imposta pelo art. 42, § 1º, do CPC, uma vez que ao processo de execução só se aplicam as regras do processo de conhecimento se não houver norma específica sobre o assunto, o que não ocorre no caso, tendo em vista a permissão contida no citado art. 567, tanto mais que, no caso dos autos, foi resguardado o alegado crédito da Fazenda Nacional, eis que a decisão agravada reconheceu, apenas, a cessão parcial do crédito, excluindo o suposto valor devido pela exequente.

IV. Agravo de instrumento improvido.

### Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento.

---

7ª Turma do TRF-1ª Região – 05/12/05.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: —* Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional de decisão que, em execução de título judicial, admitiu, como exeqüente, a empresa Viti-Vinícola Cereser Ltda., em substituição à Companhia Têxtil Ferreira Guimarães.

Entendeu o ilustre prolator da decisão agravada, com base no art. 567, II, do CPC, ser possível a admissão, na execução de título judicial, da cessionária do crédito exeqüendo, em substituição à exeqüente originária, ressalvando, contudo, que, no caso, *“a cessão poderá ocorrer apenas quanto ao crédito remanescente, ou seja, excluído o valor correspondente à dívida da exeqüente para com a Fazenda”* (fls. 57).

Alega a agravante que, embora a cessão de crédito esteja prevista no art. 286 e ss. do Código Civil, a ausência de autorização em lei específica, na esfera do Direito Público, no qual está inserido o Direito Tributário, *“não permite que se tome de empréstimo previsões genéricas do Direito comum, sob pena de burla ao princípio da autonomia e instituição de um verdadeiro manicômio jurídico-tributário”* (fls. 7).

Aduz que a pretensão da agravada encontra óbice nos arts. 123 e 166 do CTN, bem assim que, em se tratando de Crédito-Prêmio de IPI, previsto no Decreto-Lei 491/69, ou seja, de um incentivo fiscal à exportação, há restrição à sua transmissão a terceiros.

Afirma que, a teor do que dispõem os arts. 41 e 264 do CPC, feita a citação válida não é mais possível alterar a composição dos pólos da relação jurídica processual, ressalvadas as permissões previstas nos arts. 41 a 43 e 1.055 a 1.062, todos do citado diploma processual.

Assevera, ainda, que, embora o contrato de cessão de crédito fosse oponível à Fazenda Nacional, não foi ela notificada, conforme determina o art. 290 do CC, e que, não obstante autorize o art. 567, II, do CPC o prosseguimento da execução pelo cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos, inexistente previsão de que a substituição possa ocorrer sem a anuência da parte contrária, devendo, portanto, incidir, no caso, o disposto no art. 42, § 1º, do CPC, aplicável, subsidiariamente, ao processo de execução, por força do art. 598 do mesmo código.

Em decisão de fls. 62, indeferi o pedido de efeito suspensivo.

A agravada apresentou contraminuta, alegando, inicialmente, a falta de interesse processual da agravante, ao argumento de que não tem ela legitimidade para discutir o negócio jurídico. No mérito, afirma a regularidade e a licitude da cessão de direitos realizada.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:* — Pretende a agravante reformar decisão que, em execução de título judicial, admitiu, como exeqüente, a empresa Viti-Vinícola Cereser Ltda., em substituição à Companhia Têxtil Ferreira Guimarães, exeqüente originária.

Saliento, inicialmente, que não prospera a preliminar de ausência de interesse processual argüida pela agravada na contraminuta, eis que a agravante, não obstante tenha alegado a ilicitude do objeto do contrato de cessão, em razão de ter sido celebrado com empresa não beneficiária do programa Beflex, impugnou, também, os próprios dispositivos legais que ensejaram o deferimento da cessão de direitos pleiteada.

No mérito, não assiste razão à agravante. Com relação ao fato de não ser a empresa que substituiu a exeqüente beneficiária do Crédito-Prêmio do IPI, adoto o entendimento esposado na decisão proferida no Ag 2002.01.00.044750-1/DF, da lavra do eminente Desembargador Federal Olindo Menezes, no sentido de que a vedação estabelecida no art. 9º do Decreto-Lei 1.219/72, “diz respeito aos créditos tributários instituídos pelo Decreto-Lei 491/69 enquanto usufruídos dentro da normalidade do incentivo fiscal, perante o fisco federal, e não ao presente caso, em que a empresa dispõe de uma sentença que condenou a recorrente ao pagamento de uma indenização. *A verba que titula, portanto, não tem mais diretamente a natureza jurídica de crédito tributário, e sim a de uma indenização substitutiva imposta coativamente à União, podendo ela – a recorrente – dispor desse ativo como lhe aprouver, inclusive ceder por ato entre vivos*” (DJ de 12/06/03, grifei).

De outro lado, o Código de Processo Civil autoriza, expressamente, em seu art. 567, II, o prosseguimento da execução pelo cessionário, não impondo nenhuma condição além de ter sido o direito transferido por ato entre vivos, não sendo, portanto, necessária a concordância do devedor, conforme, aliás, já decidiu o STF, pelo seu Plenário, no RE 97.461-0-AgRg/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho,

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Luciano Tolentino Amaral.

de cuja ementa extraio o seguinte trecho: “Tendo-se dado a cessão de direito, na conformidade do disposto no art. 567, inciso II, do CPC, pode o cessionário promover a execução forçada, sem aplicação do disposto no art. 42, § 1º, do mesmo código” (DJ de 19/09/86, p. 17.143), tanto mais que a ilustre prolatora da decisão agravada, resguardando alegado crédito da Fazenda Nacional, reconheceu, apenas, a cessão parcial do crédito, excluindo o suposto valor devido pela exequente.

Assim, tendo ocorrido a cessão de direitos, por ato entre vivos, inexistente empecilho para que a cessionária prossiga na execução, não havendo que falar, também, na restrição dos arts. 41, 42, § 1º, e 264, todos do CPC, até porque ao processo de execução só se aplicam as regras do processo de conhecimento se não houver norma específica sobre o assunto, o que não ocorre no presente caso, tendo em vista a permissão contida no citado art. 567. Assim já se manifestou, também, o STJ:

*Processual Civil. Art. 567, II, do CPC. Interpretação.*

1. O art. 567, II, do CPC, merece ser aplicado sem seguimento da regra posta no art. 42, § 1º, do CPC.
2. A aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento ao processo de execução só ocorre quando não há norma específica regulando o assunto.
3. O art. 598 do CPC exige que as regras do processo de conhecimento só sejam aplicadas quando não existir incompatibilidade com o rito do processo de execução.
4. Recurso provido. (STJ, REsp 284190/SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 20/08/01, p. 354).

Confirmam-se, também, no mesmo sentido, precedentes desta Corte, em acórdãos assim ementados:

*Agravo regimental. Cessão de crédito. Substituição do pólo ativo pelo cessionário. Art. 567, II, CPC.*

1. Efetivada a cessão de crédito prevista no art. 567, II, do CPC, o cessionário pode promover a execução ou nela prosseguir.
2. A Execução Provisória 90.0009709-6 tornou-se definitiva em junho de 1997, com o decurso do prazo quanto ao despacho que homologou do pedido do Ag/RE 93.01.24018-1/DF e a baixa definitiva dos autos à origem.
3. Agravo regimental provido. (AGRAC 94.01.28167-0/DF, Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira (convocado), Terceira Turma Suplementar, DJ de 03/06/04, p.178).

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução diversa por título judicial. Desistência pela exequente. Cessão de direitos. Possibilidade. Recurso desprovido.*

1) Nos termos do art. 569 do Código de Processo Civil, o credor tem a faculdade de desistir da execução, seja de toda ou de parte, pois tal processo tem por única finalidade satisfazer o direito do credor, que não deixa de existir em razão de eventual desistência da ação executiva por parte do exequente.

2) Desta forma, não havendo renúncia do direito sobre o qual se funda a ação, o título judicial que o exequente tem a seu favor continua exigível, pelo menos até o decurso do prazo prescricional.

3) Assim sendo, a alegada homologação do pedido de desistência não impede a cessão de direitos sobre crédito decorrente de decisão judicial com trânsito em julgado.

4) Por outro lado, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, o art. 42 do Código de Processo Civil, restringe a cessão de direitos ocorrida apenas no curso do processo de conhecimento (EDREsp 331.369/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJI* de 04/03/02, p. 198). Portanto, durante o processamento da ação de conhecimento é que a “... cessionária do crédito não tem legitimidade para promover a execução contra o devedor se a alienação do crédito litigioso foi a título particular, sem a ciência ou o consentimento da parte devedora” (REsp 331.369/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJI* de 05/11/01, p. 95).

5) Caso contrário, tal restrição não alcança aquelas cessões efetivadas antes de instaurada a relação processual ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois essas “últimas são plenamente eficazes” (EDREsp 331.369/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJI* de 04/03/02, p. 198).

6) Agravo de instrumento desprovido. (Ag 2002.01.00.033102-4/MG, Rel. Desembargador Federal Plauto Ribeiro, Terceira Turma, *DJ* de 19/12/02, p. 129).

Por tais razões, nego provimento ao agravo.

É como voto.

### Voto-Vista

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Por agravo protocolizado em 1º/03/03, a agravante pediu, com efeito suspensivo, a reforma da decisão (fls. 55/7) datada de 04/02/05, da MMª. Juíza Federal Magnólia Silva da Gama e Souza, da 4ª Vara/DF, que, nos autos da Execução de Sentença 96.00.21845-5 (Crédito-Prêmio de IPI), provendo embargos de declaração para sanar alegada omissão, admitiu a empresa Viti-Vinícola Cereser Ltda. como exequente, em substituição à Comanhia Têxtil Ferreira Guimarães, em face da cessão dos direitos creditórios da segunda para a primeira por instrumento particular *inter vivos*, ao fundamento de que aplicável a norma específica do art. 567, II, do CPC, que permite a admissão de cessionário na execução de título judicial, o que afasta a aplicabilidade do art. 42 do mesmo CPC.

Indeferido o efeito suspensivo (fls. 62) e regularmente processado o agravo, o Relator Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, em sessão de 11/10/05, negou provimento ao agravo no que foi acompanhado pelo Des. Federal Catão Alves. Pediu vista e trago-os nesta assentada (21/11/05).

## II

Quanto à preliminar de falta de interesse processual da agravante, argüida pela agravada em sua resposta ao agravo, acompanho o Relator, afastando-a.

No mérito, o art. 42, § 2º, do CPC, inserido no Capítulo IV (Da Substituição das Partes e Procuradores), do Título I (Da Jurisdição e da Ação), compõe o Livro I, que trata do processo de conhecimento, norma que, por certo, se aplica somente subsidiariamente quando inexistente norma específica nos demais processos abrangidos pelo CPC.

Tratando-se de Execução de Título Judicial, matéria dispostas no Livro II do CPC, é de ser aplicada a norma inserta no art. 567, II, que dispõe:

Art. 567. Podem também promover a execução, *ou nela prosseguir*:

I. (...)

II. *o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos.* (Grifei).

A questão, todavia, não se resolve por aí.

O Crédito-Prêmio de IPI é estímulo/incentivo fiscal que teve como destinatários determinados tipos de empresas (exportadores), somente como incremento à atividade exportadora e em razão e proporção destes exatos fatos econômicos (exportação). O processo de conhecimento reconheceu à autora tal direito em tese apenas, porque ainda não líquida a sentença.

Dessa forma, o Crédito-Prêmio é personalíssimo, somente existindo na escrituração contábil das empresas que efetivamente exportaram.

Como operação meramente contábil não possui característica de “crédito” autônomo, assim entendido parcela possível de aferição em moeda corrente, mas escritural, ou seja, parcela que, compondo a escrituração contábil da empresa, reflete em futura tributação.

Não é possível, então, a cessão dessa “*escrituração contábil*” para terceiros, porque, além de não haver efetuado aquela exportação, tem-se a “*maquiagem*” da escritura contábil da empresa que adquire o crédito.

Pelo exposto, divergindo do Relator, dou provimento ao agravo.

É como voto.

---

## Oitava Turma

---

### Apelação Cível

**2002.38.00.039195-7/MG**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelante: Silas do Carmo

Advogados: Dr. Fernando Otávio de Paiva Marinho e outros

Apelante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Apelados: Os mesmos

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara/MG

Publicação: DJ 2 de 28/04/06

---

### Ementa

*Tributário. Processo Civil. Litispendência. Inocorrência. Prescrição. Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia – ACMV. Antecipação do recebimento da verba por força de acordo trabalhista. Natureza indenizatória. Auto de infração. Nulidade. Lei 8.036/90. Inaplicabilidade. Honorários advocatícios.*

I. O mandado de segurança que declarou a não-incidência do Imposto de Renda sobre a verba indenizatória foi extinto, sem julgamento do mérito, em relação ao autor desta ação. Assim, não restou configurada a ocorrência da litispendência.

II. Nos casos em que o lançamento do tributo se processar por homologação tácita, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, a contagem do prazo prescricional de que trata o art. 168, I, do CTN, somente começa a fluir após o decurso de cinco anos do pagamento antecipado do tributo, ocasião em que se dá a efetiva extinção do crédito tributário vinculado à condição resolutiva. Portanto, torna-se exigível a restituição do tributo indevido, dentro do decêndio anterior à propositura da ação. No caso do Imposto de Renda, o lançamento do crédito tributário se dá não pela retenção do tributo na fonte, mas pela entrega da declaração anual por parte do contribuinte.

III. A verba relativa à Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia – ACMV, recebida de forma antecipada, por força de acordo trabalhista, em razão da extinção do fundo previdenciário do Bemge no momento de sua privatização, possui natureza indenizatória, não podendo sofrer incidência do Imposto de Renda.

IV. É nulo o auto de infração em relação ao não-pagamento do Imposto de Renda referente à verba indenizatória isenta da referida exação.

V. Não se aplica a limitação de indenização no patamar de 40%, previsto no art. 18, § 1º, da Lei 8.036/90, porque esta diz respeito ao FGTS e destina-se, claramente, ao empregador que rescinde unilateralmente o contrato de trabalho, não vinculando, destarte, o fisco, que deve se abster, em conformidade com o dispositivo legal, de recolher o Imposto de Renda sobre parcelas de natureza indenizatória.

VI. Quando vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, não devendo se afastar, contudo, dos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC, devendo ser aferido o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, sob pena de aviltamento da atividade do advogado.

VII. Remessa oficial e apelação da União a que se nega provimento.

VIII. Apelação do autor a que se dá provimento.

### Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do autor e negar provimento à remessa oficial e à apelação da União, nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 11/04/06.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas por Silas do Carmo e pela União, em face da sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação declaratória negativa de débito fiscal com repetição de indébito, e submetida a embargos de declaração, julgou procedentes os pedidos para declarar a nulidade do auto de infração realizado no Processo Administrativo Tributário 13603.001133/00-39 e a insubsistência do crédito ali constituído, no valor de R\$ 52.733,77 (cinquenta e dois mil, setecentos e trinta e três reais e setenta e sete centavos), bem como condenou a União à restituição do

montante de R\$ 111,51 (cento e onze reais e cinquenta e um centavos), relativo ao imposto a restituir, no ano-calendário de 1998, atualizado pela Taxa Selic.

Condenou-a, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

A sentença *a quo* fundamentou a nulidade do auto de infração no fato de que o autor, ao fazer a declaração de ajuste anual do Imposto de Renda de 1998, estava sob o manto da liminar concedida no Mandado de Segurança 1998.38.00.027314-2, a qual afastara a incidência do Imposto de Renda sobre a verba recebida a título de antecipação da Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia – ACMV.

Apela a União, alegando que o feito deve ser extinto, sem julgamento do mérito, tendo em vista a litispendência com o Mandado de Segurança 1998.38.00.027314-2, uma vez que a decisão no *writ* foi o fundamento para a presente sentença.

No mérito, sustenta que as verbas recebidas pelo autor, no momento da rescisão do contrato de trabalho, e sobre as quais se discute a incidência do Imposto de Renda, foram pagas espontaneamente pelo empregador, muito superiores ao limite estabelecido no art. 10, I, do ADCT, e no art 18 da Lei 8.036/90, sofrendo, portanto, incidência do Imposto de Renda.

Por outro lado, alega que não deve ser condenada em honorários advocatícios, uma vez que a ciência do autor sobre o auto de infração ocorreu após a denegação da segurança, com a conseqüente suspensão dos efeitos da liminar concedida, e antes de o Tribunal reformar a sentença, para conceder a segurança.

Apela o autor, por sua vez, alegando que o montante fixado para a verba honorária corresponde a 2,27% (dois vírgula vinte e sete por cento) do valor da causa, razão pela qual deve majorado para percentual entre 10% e 20%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Com as contra-razões do autor (fls. 146/150) e da União (fls. 160/161), subiram os autos ao Tribunal.

O autor peticionou a fls. 163 e 173, informando que a Fazenda determinou à autoridade coatora o cumprimento da decisão, em razão do trânsito em julgado do REsp 437.998/MG, relativo ao mandado de segurança que declarou a não-incidência do Imposto de Renda sobre a ACMV, requerendo o julgamento do presente feito.

Em cumprimento à decisão, a autoridade impetrada, delegado da Receita Federal de Belo Horizonte, informou que a exigibilidade fiscal levada a efeito em razão do Processo Administrativo 13603.001133/00-99 encontra-se suspenso em razão de medida judicial, em face desta ação. Informou, ainda, que o mandado de

segurança foi extinto, sem julgamento do mérito, em relação ao litisconsorte Silas do Carmo, tendo em vista que o seu domicílio fiscal é Contagem/MG, não afeto à sua área de atuação – Belo Horizonte (fls. 177/178).

A União, diante de tais informações, requereu a extinção do feito, em razão da litispendência, nos termos do art. 267, V, do CPC.

O autor, cumprindo a determinação para juntar aos autos a certidão de julgamento da Apelação no Mandado de Segurança 1999.01.00.002274-0/MG, em relação a ele, juntou a certidão do trânsito em julgado do REsp 437.998/, o qual, submetido a embargos de declaração, negou provimento ao recurso da União, insurgindo-se contra o acórdão proferido por este Tribunal no referido *writ*, que concedeu a segurança aos impetrantes.

Ocasião em que o autor requereu prioridade de tramitação do processo, nos termos da Lei 10.741/03.

É o relatório.

### **Voto\***

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Versa a lide sobre a nulidade de auto de infração em razão da não-incidência do Imposto de Renda sobre a antecipação da Complementação da Aposentadoria Móvel Complementar – ACMV.

### **Da litispendência**

Conforme cópia da sentença do Mandado de Segurança 1998.38.027314-2 (fls. 27/89), em que o referido *writ* foi extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, em relação ao litisconsorte, ora autor, Silas do Carmo.

Por sua vez, o acórdão que deu provimento à apelação dos impetrantes (fls. 34/42) nada versou sobre a exclusão de Silas do Carmo, razão pela qual depreende-se que não houve insurgência quanto a tal fato, havendo a questão transitado em julgado.

Ademais, conforme informou a autoridade impetrada, a exigibilidade da multa encontra-se suspensa em razão desta ação.

Assim, afasto a litispendência alegada pela União.

Superada a preliminar, tendo em vista que o autor sustenta, em sua inicial,

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

o caráter indenizatório da antecipação da Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia – ACMV paga pela Caixa de Assistência dos Servidores do Banco do Estado de Minas Gerais – Bemge, antes de sua privatização, passo ao exame do mérito.

### Da prescrição

Na hipótese descrita no art. 150 do Código Tributário Nacional, o lançamento do tributo se processa mediante o pagamento antecipado por parte do contribuinte, condicionando a definitiva extinção do crédito a evento posterior, qual seja, a homologação do lançamento, que deverá ser feita pela autoridade competente dentro do prazo que a lei estabelecer. Caso a lei se omita em estabelecer o aludido prazo, este será de cinco anos, ocasião em que a homologação ocorre tacitamente.

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(....)

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (Sem grifo no original)*

Outra não pode ser a leitura do dispositivo acima transcrito, se não a de que, nas hipóteses de lançamento por homologação, somente se extingue definitivamente o crédito tributário com a homologação. Em sendo homologação tácita, somente depois de decorridos cinco anos, extingue-se definitivamente o crédito tributário sujeito à homologação.

Desse modo, tenho que o pagamento é válido, porém, somente com o advento da condição resolutiva, ocorre a extinção do direito.

O novo Código Civil Brasileiro, confirmando a inteligência do Código Civil de 1916, assim dispôs:

Art. 127 Se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste direito por ele estabelecido.

Art. 128 Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução

continuada ou periódica, a sua realização salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

Portanto, entendo que, na conformidade do já assentado na jurisprudência, o prazo prescricional de cinco anos de que dispõe o art. 168, I, do Código Tributário Nacional, somente começa a fluir após o decurso do prazo previsto no art. 150, § 4º, do mesmo diploma, para os casos em que haja lançamento por homologação tácita, haja vista ser esta a definitiva extinção do crédito tributário, não a data do pagamento antecipado.

No caso do Imposto de Renda, o lançamento do crédito tributário se dá não pela retenção do tributo na fonte, mas pela entrega da declaração anual de Imposto de Renda pelo contribuinte.

Nesse sentido, assentou recentemente o Superior Tribunal de Justiça, pela maioria de sua 1ª Seção, em acórdão lavrado pela Exma. Ministra Eliana Calmon, assim ementado:

*Tributário. Imposto de Renda. Desconto na fonte sobre a indenização de férias e licença-prêmio não-gozada. Prescrição.*

1. O pagamento por desconto na fonte não é lançamento, é antecipação.
2. O lançamento do Imposto de Renda só ocorre quando, ao final do exercício, o servidor faz a sua declaração, a qual é homologada pelo Fisco, nascendo daí o crédito tributário.
3. O prazo decadencial iniciado com o fato gerador não se interrompe ou se suspende com a retenção, mas, sim, com o lançamento, expresso ou tácito.
4. Aplicação da jurisprudência da Corte a partir do lançamento e não da retenção.
5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 327235/DF. Relatora para acórdão Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. DJ de 15/09/03) (sem grifo no original).

Dessa forma, tendo em vista que a ação foi proposta em 08/10/02, e que se refere à incidência do Imposto de Renda de verba recebida em 1998, exercício 1999, não há de se falar em prescrição.

### Do mérito

Esclareço que os valores recebidos de entidade de previdência privada constituem em grande parte aquisição de patrimônio tributável, uma vez que há participação de empregado e empregador na composição do fundo de pensão, o que reflete acréscimo nos proventos do aposentado.

No entanto, quando se trata de verba recebida em razão da ACMV, de forma antecipada, por força do acordo trabalhista celebrado, não há de se falar em incidência do Imposto de Renda, em razão do caráter nitidamente indenizatório da referida verba.

Ora, na hipótese dos autos, não se trata de opção do autor pelo resgate. O que ocorreu foi que, com a privatização do Banco do Estado de Minas Gerais – Bemge, a Caixa de Assistência dos Servidores do Banco do Estado de Minas Gerais – Casbemge (que tinha como único contribuinte o Bemge) foi transformada em fundação de direito privado, Fasbemge, cujas condições de pagamento das aposentadorias complementares foram totalmente alteradas.

Aos trabalhadores e aposentados do Bemge, então, foi dado o direito do resgate, *a título de indenização*, de forma antecipada, das parcelas relativas à complementação de aposentadoria.

Tal entendimento está em harmonia com o esposado por esta Corte Regional e pelo STJ, conforme se colhe das ementas que colaciono:

*Processo Civil e Tributário. Imposto de Renda. Verbas indenizatórias x verbas de natureza salarial. Distinção.*

1. O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. As verbas de natureza salarial ou as recebidas a título de aposentadoria adequam-se ao conceito de renda previsto no CTN.

3. Diferentemente, as verbas de natureza indenizatória, recebidas como compensação pela renúncia a um direito, não constituem acréscimo patrimonial.

4. Os contribuintes vêm questionando a incidência do tributo nas seguintes hipóteses:

a) quando da adesão ao Plano de Demissão Voluntária – PDV (ou Plano de Demissão Incentivada – PDI) ou Plano de Aposentadoria Voluntária – PAV (ou Plano de Aposentadoria Incentivada) – tendo ambos natureza indenizatória, afasta-se a incidência do Imposto de Renda sobre os valores recebidos quando da adesão ao plano e sobre férias, licença-prêmio e abonos-assiduidade não gozados (Súmulas 215 e 125/STJ);

b) sobre o resgate ou recebimento de benefício da Previdência Privada – observa-se o momento em que foi recolhida a contribuição: se durante a vigência da Lei 7.713/88, não incide o imposto quando do resgate ou do recebimento do benefício (porque já recolhido na fonte) e se após o advento da Lei 9.250/95, é devida a exigência (porque não recolhido na fonte).

c) sobre os valores decorrentes de acordo com o empregador para renúncia ao direito de receber a chamada Aposentadoria Complementar Móvel

Vitalícia – ACMV – não é pertinente a tributação, posto se tratar de verba de natureza indenizatória;

d) sobre valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, decorrente de acordo com o empregador, para manter a paridade com o salário da ativa – assemelhando-se a gratificação por inatividade, é devida a cobrança, por se tratar de verba de natureza salarial (renda, nos termos do art. 43 do CTN).

5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 675543/SP, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 17/12/04).

*Tributário. Imposto de Renda. Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia – ACMV.*

1. Os valores recebidos a título de antecipação da Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia têm natureza indenizatória, porquanto pagos como compensação à renúncia ao programa de complementação de aposentadoria do Bemge. Conseqüentemente, estão excluídas da hipótese de incidência do Imposto de Renda.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 495713/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 02/06/03)

*Tributário. Imposto de Renda pessoa física sobre verbas indenizatórias: não-incidência. Antecipação de valores devidos a título de Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia: transação.*

1. A resolução de todo direito imaterial de forma diversa da sua natureza e finalidade consubstancia “indenização”.

2. O pagamento de valor decorrente da transação do direito à Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia – ACMV devida a ex-empregados do Bemge por força de acordo trabalhista tem caráter indenizatório, não sendo fato gerador de IRRF.

3. Correção monetária da data da retenção na fonte até 31/12/95. Taxa Selic a partir de 1º/01/96 (Lei 9.250/95, art. 39, § 4º), que substitui a correção monetária e os juros moratórios.

4. Apelação não provida. Remessa oficial provida em parte.

5. Peças liberadas pelo Relator em 04/05/04 para publicação do acórdão. (TRF-1ª Região, AC 1999.38.00.037906-4/MG, 7ª Turma, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino do Amaral, DJ de 18/05/04)

*Complementar Móvel Vitalícia. Não-incidência.*

1. O plano de Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia (ACMV) representava uma garantia aos funcionários do Bemge de que seus proventos de aposentadoria equivaleriam aos salários dos que ficassem em atividade.

2. A verba percebida por ocasião da extinção deste benefício possui nítido caráter indenizatório, não se subsumindo a hipótese de incidência própria do Imposto de Renda.

3. Precedentes: AMS 1999.01.00.071869-9/MG; AMS 1999.01.00.095330-0/MG.

4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-1ª Região, AMS 1998.38.00.030070-9/MG, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Carlos Olavo).

Dessa forma, não obstante o juízo de primeira instância ter-se baseado em que a isenção do Imposto de Renda fora declarada no mandado de segurança, o qual foi extinto sem julgamento do mérito em relação ao autor, deve ser mantida a sentença, ainda que por outros fundamentos, para declarar a nulidade do auto de infração em razão do Processo Administrativo 13603.001133/00-39.

### **Da limitação da verba indenizatória**

Também não merece respaldo a tese esposada pela União, na compreensão de ser limitado constitucionalmente o pagamento de indenização, à proporção de 40% do montante depositado pelo empregador na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, porquanto essa norma destina-se, claramente, ao empregador que rescinde unilateralmente o contrato de trabalho, não vinculando, destarte, o fisco, que deve se abster, em conformidade com o dispositivo legal, de recolher o Imposto de Renda sobre parcelas de natureza indenizatória.

### **Dos honorários advocatícios**

Quanto à fixação da condenação a título de custas e honorários advocatícios, assim dispõe Código de Processo Civil brasileiro, nos termos de seu art. 20:

Art. 20 A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º *Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:*

- a) o grau de zelo do profissional;*
- b) o lugar de prestação do serviço;*
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

§ 4º *Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante aprecia-*

*ção eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.*

§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor. (Sem grifo no original)

Cinge-se a controvérsia em torno dos critérios de fixação da condenação em honorários advocatícios quando vencida a Fazenda Pública.

De fato, há disposição expressa de que, nessa hipótese, a União há de ser condenada nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, que desvincula a aludida condenação, dos parâmetros estabelecidos pelo § 3º do mesmo artigo, quais sejam, o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, sujeitando, todavia, os critérios de aferição do trabalho desenvolvido pelo patrono da parte vencedora ao estabelecido nas alíneas contidas no art. 20, § 3º, *a, b, e c*.

Remetendo à equidade para avaliação do que seja devido ao procurador da parte vencedora, o legislador buscou evitar o enriquecimento sem causa, nas hipóteses de valor inestimável; o aviltamento da atividade advocatícia, nos casos de valor ínfimo; e a excessiva onerosidade do Estado, com vistas a homenagear a supremacia do interesse público em detrimento do interesse particular, especialmente diante de causas repetidas exaustivamente.

Entretanto, entendo que a apreciação do valor que bem remunere a atividade do advogado não deve se afastar dos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC, devendo ser aferido o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Não se pode ignorar a responsabilidade do advogado que se compromete com seu cliente em causa de vultoso valor, visto que a saúde financeira de seu patrocinado, certamente dependerá de seu êxito. Desse modo, o grau de zelo exigido do advogado é consideravelmente superior, devendo ser considerado para aferição da condenação em sucumbência.

Do mesmo modo, advogado que elabora tese consistente e bem fundamentada, e que participa ativamente do processo, seja na indicação de provas ou outras providências, deve ter considerado igualmente seu grau de zelo, seu trabalho realizado e o tempo dispensado no patrocínio e na assistência de seu patrocinado, mesmo que inexpressivo o valor da causa.

Em contrapartida, o advogado que ingressa em juízo em defesa de tese amplamente discutida, que encontra amparo na reiterada jurisprudência, não faz jus à condenação que se aproxime do patamar superior estabelecido, haja vista não ter demandado maior esforço seu trabalho, ainda que o valor da causa seja elevado.

Os mesmos critérios devem ser observados nos litígios contra a Fazenda Pública, que, aliás, não faz jus à presunção de hipossuficiência que lhe é atribuída, haja vista a existência de diversas prerrogativas em seu favor, tais como a intimação pessoal de seus procuradores, prazo em dobro para recorrer, revista obrigatória das sentenças em que vencida, quadro de procuradores altamente qualificado, entre outras tantas, mediante as quais entendo incabível a imposição de limitações aos parâmetros de condenação em honorários advocatícios.

Se o aceitasse, estaria a contribuir com a desigualdade de condições entre as partes litigantes, deixando de ser mediador do conflito e passando a fazer parte dele. Igualmente, implicaria aceitar a desproporção que se imporá aos advogados que litigam contra a União que, se vencedora, tem para si arbitrados honorários entre 10% e 20%.

A desvinculação com o parâmetro do art. 20, § 3º, do CPC, não quer dizer, necessariamente, que, se vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devam ser fixados em patamares inferiores a 10%, podendo, inclusive, serem majorados a percentuais superiores a 20%, ou até mesmo excederem o valor da própria causa, nas hipóteses de valores ínfimos.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme atestam os julgados que trago à colação:

(....)

A regra do art. 20, § 4º, do CPC, não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado devam ser, necessariamente, arbitrados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação; o juiz, nesse caso, fixa a verba honorária segundo apreciação equitativa, sem outros parâmetros que aqueles definidos nas alíneas *a*, *b* e *c*. (REsp 130.430/SP. Relator Ministro Ari Pargendler, *DJ* de 15/12/97, p. 66.362)

Na Quarta Turma, Relator o Sr. Ministro César Asfor Rocha, ficou assentado que a “verba honorária fixada consoante apreciação equitativa do juiz” (art. 20, § 4º, CPC), “*por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável que, pelas peculiaridades da espécie, deve guardar legítima correspondência com o valor do benefício patrimonial discutido, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares*” (REsp 147.346/PR, *DJ* de 16/03/98). Também nesta Terceira Turma, Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, entendeu-se possível examinar a matéria considerando que os honorários foram fixados em valor irrisório, “desconsiderando-se o disposto nas alíneas *a* e *c* do § 3º, combinado com o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil” (REsp 222.241/PR, *DJ* de 03/04/01). (REsp

388.542/MS. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 09/09/02, p. 2260) (sem grifo no original).

Mesmo nesta Corte, há julgados que rendem a devida homenagem à atividade advocatícia, indispensável à administração da Justiça, como demonstra a ementa do acórdão proferido pela Quinta Turma, em voto da lavra do eminente Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, conforme seu trecho a seguir:

*Processual Civil e Civil. Embargos de declaração. Fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS. Erro material reconhecido. Juros progressivos. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Verba honorária. Juros de mora.*

(....)

6. *Tratando-se de matéria já pacificada em nossos tribunais, motivo pelo qual a causa não oferece maior complexidade, a Segunda Seção pacificou o entendimento de que os honorários devem ser fixados na razão de 10% sobre o valor da condenação.*

7. Embargos de declaração acolhidos, para dar provimentos ao apelo do autor. (EDAC 2001.01.00.039221-0/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Ezequiel, 5ª Turma do TRF-1ª Região. *DJ* de 30/06/03, p. 113) (sem grifo no original)

Vejo, portanto, que, mesmo tratando-se de questão amplamente discutida, como é o caso do julgado acima transcrito (FGTS), a Corte houve por bem pacificar o entendimento de que os honorários deveriam ser fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Desse modo, tenho que ao magistrado é dado aferir o grau de complexidade do trabalho realizado pelo patrono da causa, com ponderação, e fixar o percentual da condenação destinado ao advogado da parte vencedora, desvinculado do parâmetro de 10% a 20%, estabelecido no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, sem, todavia, se afastar deste.

Assim, os honorários advocatícios devem ser majorados para o percentual de 10% sobre o valor dado à causa.

### **Dispositivo**

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e ao apelo da União e dou provimento à apelação do autor, para fixar a verba honorária em 10% do valor dado à causa.

Também, defiro o pedido de prioridade de tramitação, nos termos da Lei 10.741/02. Proceda a Coordenadoria da 8ª Turma às devidas anotações.

É como voto.

# Decisão Monocrática

## Agravo de Instrumento

2006.01.00.007606-9/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 10/04/06

Publicação: DJ 2 de 28/04/06

## Decisão

Insurgem-se as agravantes contra decisão que, em mandado de segurança impetrado em 09/01/06, indeferiu a liminar por meio da qual objetivavam:

a) provimento judicial, determinando que a autoridade coatora se abstenha de exigir-lhes o recolhimento da contribuição para o Fust; e

b) *subsidiariamente*, não exigir o recolhimento para o citado Fundo, “enquanto não passar a ser observada a destinação definida no art. 5º da Lei 9.998/00, excluída a hipótese do § 2º, bem como, ainda, que venha a ser atendida a destinação legal” (fls. 159); e

c) *subsidiariamente e sucessivamente*, afastar o recolhimento cumulativo, garantindo-se às impetrantes o direito líquido e certo de descontar os custos de interconexão e Exploração Industrial de Linha Dedicada – Eild, quando da apuração da base de cálculo; e, ainda;

d) *subsidiariamente*, até decisão final da ação mandamental, determinar que a autoridade coatora se abstenha de “exigir supostas diferenças a título de contribuição ao Fust, retroativamente, relativamente à adoção da sistemática não-cumulativa, até o advento da Súmula 1/05, em 19/12/05” (fls. 160).

Alegam as agravantes que, contrariamente ao afirmado pelo juízo *a quo*, a impetração não é contra “lei em tese” (Lei 9.998/00 – DOU de 18/08/00), mas contra a Súmula 7, de 15/12/05 (DOU de 19/12/05) do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, que, ao retroagir seus efeitos à data de vigência da referida lei, isto é, à data de sua publicação (art. 15), possibilita a exigência de supostas diferenças a título de contribuição para o Fust.

Sustentam que a presença do *fumus boni iuris* é cristalina, pois a instituição da contribuição em questão, e respectivo fundo, impescindem do estabelecimento de normas gerais mediante lei complementar (art. 149 c/c art. 146, III, e art.

165, III, § 9º, todos da CF), diferentemente das hipóteses previstas nos incisos do art. 195 da CF, relacionando precedentes do STF como base para sua afirmação, dentre os quais o relacionado à ADI 2.925, para demonstrar que o STF já julgou pela inconstitucionalidade de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico cuja receita é destinada a atividade diversa da que norteou a sua criação.

Aduzem que a decisão do STF proferida na ADI 2.925-8 atesta também a necessidade da destinação do produto da arrecadação da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) à finalidade legalmente prevista, sob pena de invalidade da cobrança, na medida em que constitui um instrumento de planejamento econômico, cuja finalidade é eliminar abusos, afastar descompetitividades, facilitar o fluir da economia, obter recursos de remuneração no setor escolhido e universalizar a expansão do segmento, de forma neutra, justa e eficaz, em conformidade com a melhor interpretação que se pode dar à Constituição a esse respeito.

Asseveram que, em face do que dispõe o art. 2º da Lei 9.998/00, c/c art. 8º do Decreto 3.624/00 (seu decreto regulamentador), todas as prestadoras de serviços de telecomunicações devem pagar o Fust, o que, todavia, não se verifica no “âmbito material” (fls. 25), em que umas empresas pagam pelas outras.

Ressaltam que, embora o art. 5º, § 2º, da Lei 9.998/00 c/c art. 14, II, do Decreto 3.624/00 prevejam a aplicação de percentual da contribuição paga ao Fust na área de educação, para os estabelecimentos públicos de ensino, esse objetivo nobre que deve ser perseguido pelo Estado não legitima a cobrança de Cide das empresas prestadoras de serviços de telefonia, dada a total desvinculação deste setor com o da saúde e educação, não lhes cabendo o aparelhamento desses.

Afirmam que a União descumpriu todas as regras relativas à efetiva aplicação dos recursos destinados ao Fust, invocando decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.148/05, Processo 010.889/2005-5), que, em sede de relatório de Auditoria, com a qual buscou verificar as dificuldades, limitações ou barreiras que impediam a aplicação do Fust no Ministério das Comunicações – MC e Anatel (fls. 33/38), constatou que “a destinação incorreu no passado, tendo este proceder, eivado de inconstitucionalidade e ilegalidade os valores recolhidos dentre o período da proposta orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Lei Maior, tendo em vista o nítido tratamento de imposto dado aos valores arrecadados a título de Fust, em face da não-aplicação e previsão orçamentária como reserva de contingência” (fls. 38).

Isto teria ocorrido porque a Lei 9.998/00 (art. 4º, II) dispõe textualmente que compete à Anatel elaborar e submeter, anualmente, ao Ministério das Comunicações, a proposta orçamentária do Fust, para inclusão no projeto de lei orçamen-

tária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da CF, donde se tem que, por “esse tratamento na previsão orçamentária, os valores arrecadados a título de contribuição ao Fust tiveram natureza de imposto e, enquanto tal, com arrecadação ilegal e inconstitucional que deve ser compensada pelas impetrantes, por não terem sido aplicadas no setor de telecomunicações no período orçamentário correspondente.” (fls. 39)

Refutam o fundamento da decisão agravada de que não podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições ao Fust as receitas a serem repassadas a prestadoras de serviços de telecomunicações a título de remuneração de interconexão e pelo uso de recursos integrantes de suas redes, recorrendo às razões atinentes à não-cumulatividade prevista no art. 6º, parágrafo único, da Lei 9.998/00, que, por tratar de desoneração tributária, deve ser interpretado à luz do art. 111 do CTN, sendo a única interpretação possível à norma a de que tal desoneração se daria via dedução dos custos de interconexão arcados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações que enviam a conta aos seus usuários (fls. 41).

Salientam que outra não pode ser a com-preensão a respeito da não-cumulatividade, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia tributária, pois as empresas que prestam serviços para seus clientes sem contratação de rede de terceiros (para a exploração de serviços de interconexão de redes ou rede de Exploração Industrial de Linha Dedicada – Eild), em razão de possuírem rede própria, estariam em grande vantagem em relação às que não a possuem. Assim sendo, os valores transferidos entre as prestadoras de serviços não devem compor a base de cálculo da contribuição ao Fust, e a prestadora que auferir a receita de telecomunicação transferida deve pagar a contribuição ao Fust sobre esta base de cálculo própria de sua atividade, devendo a prestadora que emite a conta ao usuário deduzir tal fatia de sua base de cálculo.

No que concerne à parte da decisão que anulou o Despacho 29/03 do superintendente de Universalização da Anatel, que estabeleceu a responsabilidade solidária na contribuição para a universalização dos serviços de telecomunicação (e não, solidariedade obrigacional), bem como reconheceu o direito das agravantes à tributação não-cumulativa e, em consequência, o direito à compensação (fls. 65), aduzem a impossibilidade de sua anulação pelo juízo *a quo*, em face do princípio da segurança jurídica, uma vez que se reveste dos requisitos necessários para sua elaboração (competência, finalidade, forma, objeto e motivo), aduzindo, também, ser descabida a retroatividade da Súmula 7/05.

Pretendem afastar o fundamento de que as “transferências” não configuram sinônimo de “interconexão” pela teleologia da norma (art. 6º da Lei 9.998/00), da qual se tem “a não-cumulatividade pela exclusão da base de cálculo das contribuições devidas pelas impetrantes da parcela transferida entre prestadoras de

serviços de telecomunicações a título de interconexão e Eild, devendo a prestadora que tem o custo da interconexão ou Eild descontar de sua base de cálculo da contribuição ao Fust tais valores, que comporão a base de cálculo da prestadora que auferir tal receita de interconexão ou Eild” (fls. 76).

No tocante à parte da decisão que considera indispensável o depósito judicial de todos os valores devidos a título de contribuição para o Fust, e não somente o depósito dos valores referentes à competência de dezembro/05, para a suspensão da sua exigibilidade, afirma que o juízo não teria condições de verificar o *quantum* representa o montante integral em face das obrigações tributárias, restando clara a compatibilidade da conduta das agravantes em face do requisito do depósito do montante integral alegado pelo juízo recorrido (fls. 76).

Requer, por fim, a reforma da decisão, com a antecipação da pretensão recursal, nos termos da liminar requerida na ação principal (fls. 159/160), já explicitados no primeiro parágrafo deste relatório.

### **Isso posto, decido**

Pretendem as agravantes obter provimento judicial que as exima do pagamento da contribuição para o Fust (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações), a pretexto de sua inconstitucionalidade, por não ter sido dita contribuição instituída por lei complementar, bem assim por não estar sendo o produto de sua arrecadação empregado nas finalidades para que foi criada a exação. Pleiteiam, subsidiária e sucessivamente, que, se não acolhida a pecha de inconstitucionalidade da contribuição, que não sejam compelidas a recolherem-na de forma cumulativa, sob pena de violação do art. 6º da Lei 9.998/00, ou, por fim, se rejeitado esse último pleito, que não sejam obrigadas ao recolhimento de forma cumulativa, retroativamente à data da vigência dessa última lei, como determinado pela Súmula 7/05, da Anatel, sob pena de violação do art. 146 do CTN.

Afasto, inicialmente, da decisão agravada a assertiva de que se tem, *in casu*, mandado de segurança contra *lei em tese*, por entender que se trata de impetração preventiva, diante da ameaça concreta consubstanciada na Súmula 7, da Anatel, e da obrigatoriedade do lançamento tributário, em caso de não-pagamento do tributo no prazo e na quantidade legalmente estipulada.

Nesse contexto, levo em consideração o fato de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 396.266-3/SC, assentou que “as contribuições do art. 149, CF – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar, do art. 146, III, CF, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, CF, decorrentes de ‘outras fontes, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da compe-

tência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto do art. 195, § 4º”. Sustentam as agravantes que isso só ocorreria quando se trata de “contribuições cujos elementos essenciais já estejam traçados na Constituição Federal – como é o caso daqueles previstos no *caput* do art. 195 e seus incisos”, conclusão a que chegou por leitura, *a contrario sensu*, da decisão da Excelsa Corte no RE 150.755.

Não diviso, *data venia*, no exame superficial próprio desta fase processual, no julgamento do RE 150.755-1/PE, pelo STF, agasalho à tese de que a Cide que não tenha por objeto a finalidade expressamente prevista na CF só deve ser criada por lei complementar, até porque aquela colenda Corte, no julgamento do RE 396.266-3/SC, ocorrido onze anos após o primeiro, deixou claro que só a contribuição social decorrente de “outras fontes”, de que trata o § 4º do art. 195 da CF é que exige lei complementar para sua criação.

De outro lado, se é certo que a Suprema Corte, no julgamento da ADI 2.925-8/DF, rechaçou a possibilidade de vir a ser desviada a destinação dos recursos oriundos de contribuição de intervenção no domínio econômico, o que, entretanto, não é o caso dos autos, eis que neles se alega o represamento de recursos, com a sua não-aplicação, há anos, na sua finalidade precípua, sem que se afirme, contudo, aplicação de tais recursos em finalidade diversa daquela prevista na lei que criou a exação.

Ademais, inconstitucional que seja a norma atacada, inclusive pela afetação de parte dos recursos à área da educação, estranha às atividades das agravantes, não caberia, por liminar, reconhecer essa inconstitucionalidade, seja na primeira instância, seja na segunda, para afastar a exigência do tributo, consoante decisão proferida pelo Ministro Carlos Velloso, na SS 1.853/DF, *in verbis*: “reconhecer, em sede de liminar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para o fim de deferir a medida, representa, de regra, precipitação, dado que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos Tribunais, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte. Essa declaração, para o fim de ser concedida a liminar, não deve ocorrer, em decisão monocrática, até por medida de prudência. No caso, ocorre, ademais, que a liminar esgota o julgamento da causa, porque, na prática, é satisfativa. Se, amanhã, os Tribunais Superiores derem pela constitucionalidade do ato normativo, terá ocorrido, com a concessão da liminar, grave atentado à ordem pública, em termos de ordem jurídico-constitucional” (DJ 04/10/00).

Considero, entretanto, que a Súmula 7/05 da Anatel, ao exigir o pagamento da contribuição de forma cumulativa, já de si questionável, em face do disposto no parágrafo único do art. 6º da Lei 9.998/00, e com efeitos *retroativos* à vigência da citada lei, ou seja, a 18/08/01, vai de encontro à garantia assegurada no art. 146 do CTN, segundo o qual “A modificação introduzida, de ofício ou em conseqü-

ência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

De outra banda, a expressividade das diferenças, em moeda, que tal súmula acarreta para os contribuintes, pegos de surpresa para tamanha demanda financeira, aliada à plausibilidade da tese da irretroatividade da norma que altera orientação anteriormente seguida, por vários anos, pelo Fisco, autoriza a suspensão da exigibilidade da contribuição relativa ao período anterior à referida súmula, independentemente de depósito, com fundamento no art. 151, IV, do CTN, até porque a LC 104/01, ao acrescentar o inciso V (cinco) a esse artigo, permitiu essa suspensão até mesmo em outras espécies de ação, que não o mandado de segurança.

Daí por que *concedo, parcialmente, a antecipação da pretensão recursal*, para, liminarmente, suspender, até a decisão final da ação principal, salvo decisão colegiada em contrário neste agravo, a exigibilidade das diferenças da contribuição criada pela Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000, decorrentes de aplicação retroativa da Súmula 7/05 da Anatel.

Comunique-se ao MM. juiz prolator da decisão agravada, e notifique-se a agravada para os fins do art. 527, V, do CPC (Lei 10.352/01). Após o transcurso do prazo, com ou sem a apresentação de contraminuta, dê-se vista à Procuradoria Regional da República.

Publique-se. Intime-se.

## Breviário

**Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet.**

**Ação cautelar de atentado. Liminar indeferida. Propriedade sujeita à desapropriação. Pedido que esgota o objeto final da ação.**

Parte da jurisprudência mais recente tem aceitado a possibilidade de liminar em ações de atentado, com reservas. Não se admite a concessão de medida que esgote por completo o objetivo final da lide, como a suspensão da causa principal, a proibição de o réu falar nos autos e a condenação ao ressarcimento.

Ag 2005.01.00.066231-1/MG

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 05/04/06

**Concurso público. Correção da prova discursiva limitada à classificação do candidato na prova objetiva dentro de três vezes o número de vagas existentes. Exclusão do candidato. Ampliação do número de vagas. Correção da prova subjetiva e prosseguimento no certame. Possibilidade.**

A tutela cautelar tendente a assegurar ao candidato a correção da prova discursiva e, caso aprovado e classificado dentro do número de vagas para o cargo no prazo de validade do certame, o prosseguimento nas demais etapas, afigura-se medida cautelar adequada a garantir o resultado útil da demanda, onde se discute sobre a legitimidade da sua exclusão, tendo em vista que a aludida prova, se não for corrigida, de logo, poderá tornar ineficaz o resultado do julgamento a ser proferido nos autos de origem, em caso de procedência do pleito ali deduzido, face à possibilidade de sua destruição, após um certo decurso de prazo.

Ag 2005.01.00.006826-3/DF

Rel.: Des. Federal Souza Prudente – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 03/04/06

**Execução fiscal. Fraude à execução. Transferência de bens antes da citação válida do devedor co-responsável.**

As transferências e alienações de bens após a propositura de ação executória não configuram fraude à execução, pois somente após a citação válida do devedor co-responsável e a efetivação do ato de penhora é que os bens se vinculam ao processo executivo (REsp 448.119/MG – STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, unânime, *DJ* de 08/06/04; EREsp 40.224/SP – STJ, Relator Ministro Garcia Vieira, unânime, *DJ* de 28/02/00).

Ag 2003.01.00.022373-4/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/04/06

**Improbidade administrativa. Ausência. Dolo. Má-fé. Não-ocorrência. Improbidade. Devolução. Vencimentos. Cumulação indevida. Cargos públicos. Impossibilidade.**

A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o *status* de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba.

Vencimento e salário têm privilégio de verba destinada a alimentos (CPC, art. 649, IV), não devendo impor-se a sua restituição, quando recebidos de boa-

fê e que não tenha implicado enriquecimento ilícito (Precedente do STF RE 88.110/DF).

AC 2003.33.00.026449-8/BA

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/04/06

**Juntada de documentos após o ajuizamento da demanda. Vista à parte adversa em obediência ao princípio do contraditório. Possibilidade. Documentação não influente na fundamentação do ato jurisdicional. Nulidade não configurada.**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é possível a juntada de documentos após o ajuizamento da demanda desde que sobre eles a parte adversa possa se manifestar, em respeito ao princípio do contraditório, conforme estatuído no art. 398 do CPC.

Não se decreta nulidade da sentença, com fundamento na juntada de documentos após o ajuizamento da ação, se tais documentos não tiverem influência no convencimento do magistrado na prolação do provimento jurisdicional.

AC 1999.34.00.001098-9/DF

Rel.: Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 20/04/06

**Legitimidade passiva da instituição de ensino superior. Responsabilidade subjetiva do Estado. Oferecimento de curso de mestrado não reconhecido pelo Ministério da Educação.**

A instituição de ensino superior, sendo a entidade responsável pelo credenciamento e regularização, perante o Ministério da Educação, dos cursos que ministra, é legitimada para figurar no pólo passivo do feito. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* que se afasta.

A doutrina atual orienta no sentido de que a responsabilidade do Estado somente é objetiva quanto ao ato comissivo praticado pelo seu preposto, sendo que, em relação à sua conduta omissiva, para que se caracterize sua responsabilidade, é necessário que se demonstre, além do dano causado à vítima e o respectivonexo causal, o dolo ou culpa do agente público que tinha o dever de agir de modo a impedir a ocorrência do evento danoso (falta do serviço). Precedentes jurisprudenciais.

AC 1999.34.00.004690-2/DF

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 20/04/06

# Jef's em Revista

## Turma Recursal

### Agravo

**2004.34.00.707619-2/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto

Agravante: Caixa Econômica Federal

Advogado: Dr. Leonardo Silva Patz Laff

Agravados: Lara Regina Fernades e outro

Advogado: Dr. Ulisses Riedel de Resende

Publicação: DJ 2 de 25/04/06

### Ementa

*Processo Civil. Expurgos inflacionários. 42,72% em janeiro/89 e 44,80% em abril/90. Litisconsórcio facultativo. Limite de sessenta salários mínimos por autor. Agravo improvido.*

I. A respeitável decisão ordenou a CEF a complementar a execução, sob o fundamento de que a limitação de sessenta salários mínimos é por autor, e não por processo.

II. Em se tratando de litisconsórcio ativo facultativo, o limite de sessenta salários mínimos previsto no *caput* do art. 3º da Lei 10.259/01 deve ser considerado de forma individual.

III. Precedentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Ag 2004.01.00.055895-0/DF, Relator Juiz Federal Lincoln Rodrigues de Farias (convocado), 2ª Turma, publicado no dia 28/07/05 e AC 2002.34.00.023179-0/DF, Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, 5ª Turma, publicado no dia 29/07/05).

IV. Aplicação analógica da Súmula 261 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “No litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para efeito de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes.”.

V. Acórdão lavrado nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95.

VI. Agravo improvido.

---

## Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/DF – 30/03/06.

Juiz Federal *Itagiba da Catta Preta Neto*, Relator.

---

## Mandado de Segurança

2005.38.00.739622-4/MG

Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Impetrado: Ato do Juiz Federal Relator da 2ª Turma Recursal

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes

Publicação: *DOE* de 25/04/06

---

## Ementa

*Juizados Especiais Federais. Processual Civil. Mandado de segurança. Decisão monocrática que nega seguimento a agravo de instrumento. Súmula 267 do STF e arts. 5º e 8º da Lei 1.533/51. Indeferimento da inicial. Art. 267, inciso I, do CPC.*

I. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato de Juiz Federal Relator da 2ª Turma Recursal que por meio de decisão monocrática, fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo INSS. Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da segurança.

II. Pacífico o entendimento dos tribunais segundo o qual a ação de mandado de segurança é cabível em hipóteses excepcionalíssimas. A Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, em consonância com o art. 5º, inciso II, da Lei 1.533/51, enuncia que “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

III. Frise-se que a excepcionalidade do cabimento do mandado de segurança é mais enfática no Juizado Especial Federal, haja vista os princípios da celeridade, da simplicidade e da economia processual que orientam o JEF.

IV. O TRF-1ª Região entende que “Não é admissível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial recorrível (Lei 1.533/51, art. 5º, II, e Súmula 267/STF), salvo hipóteses de decisão teratológica ou manifestamente ilegal, o que não ocorre nos presentes autos”.(MS 2003.01.00.014322-0/GO, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 3ª Seção do TRF-1ª Região, *DJ* de 08/06/04, p. 5). No mesmo sentido, MS 2003.01.00.010152-0/MG, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, 3ª Seção do TRF-1ª Região, *DJ* de 19/05/04, p. 2.

V. Da decisão questionada cabia agravo regimental, cujo trâmite é mais rápido e menos complexo do que o rito da ação do mandado de segurança. (Ver art. 66 da Resolução do TRF-1ª Região 10/02 e art. 293 do Regimento Interno do TRF-1ª Região).

VI. Segundo art. 8º da Lei 1.533/51, combinado com os arts. 267, inciso I, e 295, inciso V, ambos do CPC, a inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos da lei. Caracterizada a carência da ação, fica indeferida a inicial e extinto o processo sem julgamento do mérito.

VII. Esclareça-se: ainda que fosse analisado o mérito, a ordem seria denegada, eis que “É dado ao relator negar seguimento ao recurso “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em conformidade com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput*, do CPC), sem que isso signifique afronta ao princípio do contraditório, porque atende à agilidade da prestação jurisdicional. Quando o relator assim age, não “usurpa” competência do Colegiado, mas atua dentro do permissivo legal.” (TRF-1ª Região; Processo: AgTAg 2004.01.00.020286-8/MA; Agravo interno no agravo de instrumento; Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral; 7ª Turma).

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, indeferir a petição inicial do mandado de segurança e extinguir o processo sem julgamento do mérito.

2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 31/03/06.

Juíza Federal *Vânilla Cardoso André de Moraes*, Relatora.

---

### Recurso

**2005.38.00.726146-3/MG**

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradora: Dra. Maria da Piedade Alves Melo

Recorrida: Hilda Ferreira da Silva

Advogada: Dra. Marleny da Silva Fagundes

Juízo: Juizado Especial Federal Cível Itinerante/SJMG

Publicação: DOE de 07/04/06

---

## Ementa

*Juizados Especiais Federais. Benefício assistencial. Art. 20 da Lei 8.742/93. Pessoa portadora de deficiência. Renda per capita inferior a ¼ de salário mínimo. Vida independente. Perícia judicial favorável. Recurso desprovido.*

I. Trata-se de recurso do INSS contra sentença proferida pelo Juizado Especial Federal Itinerante em Janaúba/MG, que julgou procedente o pedido inicial para condenar o INSS a restabelecer o benefício assistencial à parte autora. Recorre a autarquia previdenciária alegando, em síntese, a legitimidade da União para figurar no pólo passivo e, no mérito, a ausência de incapacidade em relação ao trabalho e para a vida independente.

II. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que compete, exclusivamente, ao INSS figurar como parte nas ações de concessão de benefício assistencial. Portanto, quem possui legitimidade para execução e manutenção dos benefícios de prestação continuada deferidos pelos critérios sociais da Assistência Social é o Instituto Nacional do Seguro Social e não a União, razão pela qual esta não possui legitimidade para figurar no pólo passivo do presente processo.

III. A pessoa portadora de deficiência, cuja renda familiar não ultrapasse ¼ de um salário mínimo *per capita*, faz jus ao benefício assistencial. Pessoa portadora de deficiência, segundo a letra da lei, é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. A incapacidade, referida na lei, é aquela na qual a pessoa não consegue prover seu sustento de maneira satisfatória, tornando-a dependente de terceiros para sobreviver, e não a impossibilidade de realizar tarefas simples do cotidiano. Entendimento recentemente sumulado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência: Súmula 29 – *para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.472/93, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover o próprio sustento.*

IV. No caso específico dos autos, os exames trazidos pela recorrida, juntamente com a perícia médica judicial (fls. 26), atestam sua incapacidade parcial e permanente. Há, inclusive, atestado médico relatando que a perda de audição bilateral iniciou-se há mais de 15 anos, e vem se agravando, sugerindo um quadro de *otosclerose* (doença de caráter genético que causa surdez progressiva, iniciando em um ouvido e progredindo para o outro em 80% dos casos). Esclarece o perito, quando fala de uma possível reabilitação, que há a possibilidade de a recorrida exercer “apenas alguns serviços domésticos”.

V. Portanto, considerando o grau de instrução, condições pessoais e o contexto social em que se insere a recorrida, concluo estar demonstrada sua incapacidade laborativa.

VI. No que diz respeito à existência da miserabilidade, a prova positiva é contundente. O grupo familiar da recorrida é composto por 7 (sete) pessoas: ela, o esposo e cinco filhos menores. E, como somente o marido auferia renda, que é de aproximadamente um salário mínimo, será a renda *per capita* da família inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, sendo, por conseguinte, devido o benefício assistencial. Assevero, ainda, que o critério socioeconômico não foi a causa da suspensão do benefício e nem mesmo foi objeto de impugnação pelo INSS.

VII. Condene o INSS ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso do INSS, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 22/03/06.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

---

### Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:* — Cuida-se de recurso contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal do Juizado Especial Federal Itinerante em Janaúba, que julgou procedente o pedido da autora Hilda Ferreira da Silva, condenando o INSS a restabelecer o benefício de assistência social previsto no art. 20 da Lei 8.742/93 e o pagamento dos valores vencidos a partir da data da suspensão.

Sustenta a autarquia recorrente, em síntese, a necessidade do litisconsórcio passivo necessário da União Federal, a ausência de incapacidade em relação ao trabalho e para a vida independente e, *ad cautelam*, que o valor é devido a partir do laudo pericial e não da data da suspensão do benefício.

É o relatório.

### Voto

*A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:* —

**Litisconsórcio passivo  
necessário – União Federal**

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que compete, exclusivamente, ao INSS figurar como parte nas ações de concessão de benefício assistencial.

Neste sentido:

*Recurso especial. Previdenciário. Assistência social. Benefício de prestação continuada. União. Ilegitimidade.*

Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS figurar no pólo passivo das causas que versam a respeito do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal; sendo, com o advento do Decreto 1.744/95, ilegítima a participação da União Federal como parte nessas ações. Recurso conhecido, mas desprovido. (REsp 730975/SE – Ministro José Arnaldo da Fonseca – Quinta Turma – DJ 23/05/05 – p. 348)

Portanto, quem possui legitimidade para execução e manutenção dos benefícios de prestação continuada deferidos pelos critérios sociais da Assistência Social é o Instituto Nacional do Seguro Social e não a União, razão pela qual esta não possui legitimidade para figurar no pólo passivo do presente processo.

Rejeito a preliminar.

### Mérito

A Constituição Federal de 1988 estipula:

Art. 203 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de 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 prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei 8.742/93, a fim de regulamentar o preceito constitucional, estabeleceu os requisitos para concessão do benefício assistencial:

Art. 20 O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei 9.720, de 30/11/98).

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.

Assim sendo, o (a) portador (a) de deficiência, cuja renda familiar não ultrapasse  $\frac{1}{4}$  de um salário mínimo *per capita*, faz jus ao benefício assistencial.

Pessoa portadora de deficiência, segundo a letra da lei, é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Entendo que a incapacidade, referida na lei, é aquela na qual a pessoa não consegue prover seu sustento de maneira satisfatória, tornando-a dependente de terceiros para sobreviver, e não a impossibilidade de realizar tarefas simples do cotidiano, como acredita o INSS. Entendimento recentemente sumulado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência: Súmula 29 – *para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.472/93, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover o próprio sustento.*

No mesmo sentido:

*Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93. Portador do vírus HIV. Incapacidade para o trabalho e para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido pela família. Laudo pericial que atesta a capacidade para a vida independente baseado apenas nas atividades rotineiras do ser humano. Improriedade do óbice à percepção do benefício. Recurso desprovido.*

I – A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados frequentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família – tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.

II – *O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos*

*portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo – o que não parece ser o intuito do legislador.*

III – Recurso desprovido. (REsp 360202/AL – Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma – DJ 1º/07/02 – p. 377)

No caso específico dos autos, os exames trazidos pela recorrida, juntamente com a perícia médica judicial (fls. 26), atestam sua incapacidade parcial e permanente. Há, inclusive, atestado médico relatando que a perda de audição bilateral iniciou-se há mais de 15 anos, e vem se agravando, sugerindo um quadro de *otosclerose* (doença de caráter genético que causa surdez progressiva, iniciando em um ouvido e progredindo para o outro em 80% dos casos).

Esclarece o perito, quando fala de uma possível reabilitação, que há a possibilidade de a recorrida exercer “apenas alguns serviços domésticos”.

Portanto, considerando o grau de instrução, condições pessoais e o contexto social em que se insere a recorrida, concluo estar demonstrada sua incapacidade laborativa.

No que diz respeito à existência da miserabilidade, a prova positiva é contundente. O grupo familiar da recorrida é composto por 7 (sete) pessoas: ela, o esposo e cinco filhos menores. E, como somente o marido auferir renda, que é de aproximadamente um salário mínimo, será a renda *per capita* da família inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, sendo, por conseguinte, devido o benefício assistencial.

Assevero, ainda, que o critério socio-econômico não foi a causa da suspensão do benefício e nem mesmo foi objeto de impugnação pelo INSS.

Por estas razões, nego provimento ao recurso do INSS, mantendo integralmente a sentença recorrida.

Custas pelo recorrente, isento.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Intime-se o Ministério Público Federal.

É como voto.

# Lavagem de Dinheiro e Remessa Ilegal de Divisas: o Papel do Poder Judiciário na Repatriação de Ativos

Mário Pimentel Albuquerque\*

## Introdução

Em 1924, um escândalo financeiro comoveu os fundamentos da sociedade portuguesa, trazendo consigo conseqüências psicológicas e efeitos políticos, a tal ponto intensos e mutuamente implicados, que a velha ordem institucional, minada pela desconfiança popular, não resistiu a um levante militar em 1926 que, por sua vez, em 1932, deu lugar à ditadura de Oliveira Salazar. As coisas se passaram, *grosso modo*, assim: Artur Alves Reis, mentor intelectual daquela que parece ter sido a fraude mais bem arquitetada de todos os tempos, associou-se a dois outros cidadãos portugueses – José Bandeira e Adriano Silva – para fundar uma sociedade financeira cujo objeto consistia na exploração dos recursos ainda ignorados das colônias portuguesas da África, coisa perfeitamente verossímil naquela recuada época. Confidencialmente, Alves Reis dizia contar com a proteção do governador de Angola e os favores do presidente do Banco de Portugal. Isto naturalmente era falso, mas nada era mais conforme com a verdade que a existência de uma rede de relações habilmente tecida pelo genial estelionatário, na qual se enredaram personalidades ilustres e importantes cumplicidades, não só em Lisboa, em geral, senão também, em particular, no Banco de Portugal. Passando à fase seguinte de seu plano, Alves Reis entrou em contato com dois negociantes residentes nos Países Baixos, um alemão chamado Gustav Adolf Hennies e um holandês conhecido por Marang Van Ysselverde, ambos especialmente encarregados: o primeiro de fornecer dinheiro vivo para atender os custos iniciais da operação; o segundo de viabilizar os contatos com a empresa londrina, que estava chamada a ser, juntamente com o Banco de Portugal, vítima dessa legendária fraude.

Esta empresa era a renomada Waterlow and Sons, gráfica que imprimia, e continua imprimindo, o papel-moeda de alguns países, inclusive o de Portugal à época. Munido de credenciais falsas, o Sr. Marang solicitou à aludida gráfica a impressão de cem milhões de escudos, com a efígie de Vasco da Gama em cédulas de 500, montante que deveria fomentar, segundo explicações dadas a Sir William Waterlow, o desenvolvimento econômico de Angola, nos termos de acordo firmado entre o grupo financeiro Alves Reis e o governo português. O destinatário da encomenda aceitou inocentemente as explicações e admitiu o pedido, não sem an-

---

\* 1º colocado na categoria profissional do IX Concurso Nacional de Monografias do TRF-1ª Região

tes prometer o mais absoluto sigilo sobre a operação, caso contrário, a publicidade desta poderia provocar, segundo os cálculos de Marang, um pânico financeiro sem precedentes, que levaria à ruína milhões de portugueses de humilde condição.

Por fim, em fevereiro de 1925, a Waterlow and Sons entregou as notas, perfeitamente autênticas, a Marang, a quem coube a tarefa de transportá-las a Portugal, e aí colocá-las em circulação, por meio do Banco de Angola, aberto nesse meio tempo por Alves Reis, que tinha como objetivo não o desenvolvimento econômico daquele país africano, mas a captação de divisas estrangeiras em troca das cédulas trazidas de Londres por Marang. À medida que estas saíam e aquelas entravam, o produto do câmbio era imediatamente transferido para lugares seguros no exterior, mas não por muito tempo.

Em dezembro de 1925, por uma dessas casualidades que bem podem ser qualificadas de trágicas, quatro pares de notas com a mesma numeração foram detectadas num banco da cidade do Porto. Uma das cédulas de cada par era forçosamente falsa, se o raciocínio partisse, como era natural supor, da hipótese de contrafação. Chamados, os peritos do Banco de Portugal não puderam emitir parecer conclusivo sobre a falsidade das amostras, já que todas eram rigorosamente autênticas, ainda que emitidas ilegalmente.

A caça às cédulas com a efígie de Vasco da Gama levou a polícia ao desbaratamento da quadrilha, à imediata prisão de seus membros, além da pronta interdição do Banco de Angola, onde os policiais lograram encontrar abundantes elementos de convicção que propiciaram não só a condenação dos estelionatários, como também, ao governo português, uma ampla indenização da Waterlow and Sons perante os tribunais ingleses.<sup>1</sup>

Bem diferente foi o desfecho de outro rumoroso caso, este bem mais recente, que teve como protagonista o navio *Prestige*. O naufrágio deste petroleiro, na costa da Galícia em 2002, provocou uma das maiores catástrofes ambientais já registradas nos anais do mar, cuja causa, embora tão manifestamente criminosa como a do escândalo português, diversamente deste não se materializou em meios de convencimento que pudessem identificar seus responsáveis: o dono da carga, o proprietário do barco e o armador, que ordinariamente dividiam os riscos do negócio e respondiam civil ou criminalmente por danos causados a terceiros. Isto, que fazia sentido à época do princípio da personalidade dos registros, nada significa hoje, no tempo da globalização, quando artimanhas financeiras ocultam responsabilidades e diluem riscos, dando ensejo a desastres cuja autoria escapa à apuração judicial, como ocorreu no julgamento realizado em Corcubión, em Coruña, onde passados já alguns anos, não se logrou coligir provas documentais que permitissem identificar os responsáveis pela catástrofe do *Prestige*.

Tentaram os juízes da instrução identificar o fretador do petroleiro. Após longas e exaustivas investigações, ficou demonstrado que se tratava da sociedade proprietária da carga denominada Crown Ressources Ag, com sede em Zoug, um povoado suíço (centro financeiro declarado pela OCDE “potencialmente daninho”), onde estão registradas milhares de sociedades *off-shore*, tendo-se convertido presentemente em um dos principais centros mundiais de transporte de petróleo. A sociedade Crown Ressources pertencia a uma *holding* de oligarcas russos denominada Alfa Group, cujos negócios incluem a exploração de atividade bancária (Alfa Bank), companhia de seguros, supermercados, telecomunicações, bebidas (vodka Smirnoff), como também a companhia petroleira russa TNK. Dois meses depois do naufrágio do Prestige, a Crown Ressources se dissolveu após ter recebido o seguro.

Exemplo de sociedades que nascem e desaparecem sem deixar vestígios, graças a artifícios financeiros sofisticados, facilitados pela flexibilidade legislativa dos centros financeiros *off-shore*. Compram e vendem cargas de petróleo que podem mudar de dono várias vezes no curso de uma travessia, porque são invisíveis.<sup>2</sup>

Outro tanto ocorreu quando os mesmos juízes, à vista de uma volumosa e desconexa montanha de papéis imprestáveis, buscaram definir a titularidade do barco. Aqui as coisas se complicaram ainda mais. O Prestige, construído no Japão em 1976, tinha como proprietária uma IBC (companhia de negócios internacionais) denominada Mare Shipping Incorporated, uma sociedade anônima de fachada, registrada na Libéria, paraíso fiscal africano que carece de administração marítima, não dispõe de inspetores e, por isso mesmo, é absolutamente incapaz de fiscalizar a segurança dos barcos lá registrados.

Controlada por um clã familiar de armadores gregos, que se esconde por trás de uma *holding*, segundo as práticas internacionais do *shipping*, a Mare Shipping também era proprietária do petroleiro Mar Egeu que, a exemplo do Prestige e também impunemente, soçobrou frente às costas da Coruña em 1992. Como qualquer outro navio petroleiro em atividade, o Prestige adaptava-se ao mesmo esquema empresarial: uma bandeira de conveniência, uma *holding*, uma sociedade fictícia, domiciliada em um paraíso fiscal, que consta como proprietária do barco e outra sociedade criada *ex professo*, para gerir sua exploração, estrategicamente localizada em qualquer centro econômico do mundo marítimo: Londres, Rotterdam, Atenas etc.

Quando o alvo das investigações passou a ser a identidade do armador, o mesmo jejum de informações experimentaram os responsáveis pela instrução, conquanto se tenha apurado que a Universe Maritime Ltd., com sede na Grécia e controlada pela *holding* Alfa Group, assumira a gestão náutica, a exploração

comercial, a contratação da tripulação e, em geral, o domínio real e útil do barco, que não navegava com pavilhão liberiano ou grego, mas com bandeira das Bahamas, tudo para tornar mais anônimo o empreendimento e menos visível a estrutura jurídico-financeira que o sustentava.

É que quando o capital financeiro transnacional corre riscos econômicos reais, instantaneamente procura diversificar as legislações nacionais aplicáveis a qualquer evento, com vistas a iludir responsabilidades, mediante a ocultação da titularidade.<sup>3,4</sup>

Os dois casos acima resumidamente reproduzidos têm em comum apenas o fato de serem ambos objeto de juízo de reprovação jurídico-penal. Cada um, a seu modo, violou o ordenamento penal e ofendeu bem jurídico penalmente tutelado. As afinidades entre eles, porém, param por aí, ou seja, das infrações cometidas em cada caso não se seguiram, por parte dos órgãos competentes, reações proporcionadas, nem sequer assemelhadas, mas absolutamente antagônicas. Numa situação, a do escândalo português, a fraude foi descoberta, seus autores e cúmplices exemplarmente punidos e devidamente indenizado o governo português. Na outra, a do naufrágio do Prestige, embora comprovada a materialidade do crime ambiental, sua autoria não ficou suficientemente demonstrada, advindo daí a impunidade de seus responsáveis, não por insuficiência de provas documentais, mas, por um paradoxo da pós-modernidade jurídica, pelo excesso delas, com o fito único e exclusivo de se subverter a instrução, mediante a abundância de informações distorcidas, equívocas e, na sua grande maioria, inverídicas.

Atualmente, o Poder Judiciário tem frente a si um desafio que não pode refugar. Sua ingente tarefa consiste, numa época em que a lógica cibernética submeteu todos os setores do pensamento, em conciliar as exigências da celeridade comunicativa com a paciente reflexão que a tutela da ampla defesa e do contraditório requer. Desafio e tarefa que se tornam tanto mais espinhosos quanto é indiscutível que o crime organizado sabe, como ninguém, tirar vantagem de ambas as tendências do dilema proposto, socorrendo-se de uma ou outra, conforme sejam suas necessidades do momento: ora se vale das conquistas da informática para suprimir provas e esvaziar responsabilidades, ora se escuda nos direitos individuais fundamentais para obter dilações ou o reconhecimento de nulidades processuais. Em qualquer caso, tem sempre em vista a obstrução da administração da justiça, a indicar uma íntima correlação entre a sofisticação tecnológica e a evolução do crime, notadamente o de lavagem de dinheiro e o de evasão de divisas.<sup>5</sup>

## Capítulo 1

### O crime organizado

Assim como por um dom artístico é possível distinguir o caráter de um povo, e por um prato típico, toda uma região, por um tipo de crime é também possível

identificar uma determinada época histórica. Qualquer que seja esta, invariavelmente apresenta ela não só características culturais positivas, que lhe dão notoriedade eterna, mas, muitas vezes, ficam marcadas por estigmas morais que se associam indelevelmente aos povos e indivíduos que nela viveram e exercitaram aí suas virtudes e seus vícios. Dentre estes, o crime é, de longe, o mais a propósito para nos reenviar a determinados contextos históricos e culturais, sejam eles remotos ou recentes. Sirva de exemplo a covardia na Grécia Antiga<sup>6</sup>, a pirataria em Roma<sup>7</sup>, a bruxaria na Baixa Idade Média<sup>8</sup>, o venefício no período do renascimento<sup>9</sup> e, na era moderna, os crimes financeiros em geral<sup>10</sup>.

Dado que assim seja, não seria exagerado traduzir a correlação entre crime e civilização, precisamente pela recorrência histórica que a caracteriza, com a designação de lei, ainda que em sentido débil, cuja fórmula legal poderia ser assim descrita:

Toda época, ou por razões morais, ou econômicas, ou políticas, ou sociais, ou por todas elas tomadas conjuntamente, pode favorecer a prática de determinados delitos que, inexistentes ou incipientes noutras épocas, na considerada, constituem uma grave ameaça aos bens jurídicos essenciais à vida do grupo, exigindo deste medidas repressivas, cujo rigor ou extravagância ficam registrados, como típicos, nos anais da história dos crimes ou das penas.

Aplicada ao nosso tempo – o pós-moderno –, essa “lei” explica satisfatoriamente o surgimento e o progressivo desenvolvimento da infração penal mais característica do pós-modernismo: o crime organizado. Evidentemente não se trata aqui de organização no sentido de composição ou ajuste concluído para fins de delinquir, ainda que estes possam implicar a divisão de tarefas e de vantagens auferidas com a prática criminosa. Melhor dizendo, não se trata apenas disso. Nesta acepção restrita, a delinqüência organizada existiu em quase todas as culturas ao largo da história<sup>11</sup>, porque os homens jamais ignoraram que o sucesso de qualquer empreendimento, sobretudo o criminoso, está na razão direta da comunhão de força e de energia aplicada diretamente na sua concepção e realização. Enfatiza-se aqui, como fundamento da tipificação do crime de quadrilha ou bando, a potencialização do dano ao bem jurídico, traduzida no binômio maior poder/mais eficácia, em virtude da pluralidade de agentes envolvidos na sua produção. É uma questão puramente quantitativa que não requer solução, seja dogmática, seja de política criminal, essencialmente distinta da que se materializa no tipo do art. 288 do CPB.

A coisa bem diversa se alude, porém, quando se fala em crime organizado *strictu sensu*. Agora estamos em presença de algo novo, que não escapou à sensibilidade jurídica do Prof. W. Hassemer: “Esta, diz ele, é uma forma de manifestação de criminalidade qualitativamente nova”<sup>12</sup> que não se explica, acrescentamos nós,

por conceitos construídos para definir a associação criminosa transitória, relativa à quadrilha ou bando, que só tem em comum com a organizada empresarialmente, portanto de caráter permanente, o fato de exibirem ambas uma pluralidade de agentes. A distinção entre elas “está no recurso a modelos empresariais na atividade delituosa, abandonando normas relacionadas com a honra e a lealdade”<sup>13</sup>. Trata-se de uma instituição que se cristaliza estabelecendo relações de poder e hierarquia entre os seus membros, cujas vontades não se confundem com a da organização criminosa institucionalizada.<sup>14</sup>

Doutrinariamente são reconhecidos, pelo menos, quatro elementos definidores do conceito de crime organizado: a) estrutura empresarial do grupo; b) estabilidade/permanência; c) prática de infrações graves (*serious crimes*); d) a obtenção, direta ou indireta, de benefícios financeiros ou materiais. É ocioso afirmar que estes requisitos definitórios do crime organizado jamais poderiam ser plenamente satisfeitos não fosse o advento da pós-modernidade, graças à globalização crescente da economia mundial, toda ela assentada na interdependência econômica, numa circulação mais ágil e simplificada de capitais, bem como no recurso à tecnologia sofisticada, sustentada em meios informáticos de última geração, o que possibilitou a progressiva desregulamentação do mercado de capitais e dos serviços financeiros, no que foi rapidamente utilizada (e bem explorada) pela criminalidade organizada transnacional para atender a dois objetivos fundamentais para sua própria existência, os quais, se não integram o conceito em questão à maneira de elemento essencial, acompanham-no sempre, onde quer que ele se materialize e ganhe vida. São eles: a) o aproveitamento do mercado globalizado, com o deliberado propósito de abastecer nichos específicos à procura de serviços ou produtos proibidos ou sujeitos a controle de distribuição; b) lavar os rendimentos provenientes de suas atividades ilícitas, bem como para os potencializar, por meio de procedimentos cujas múltiplas manifestações constituem a razão de ser da considerável amplitude com que são tipicamente descritas as condutas configuradoras do crime de lavagem de dinheiro. Sobre algumas características deste é que se concentrará a seguir o foco de nossa análise.

## **Capítulo 2**

### **O crime de lavagem de dinheiro**

Essa modalidade criminosa, tão tributária de sugerências pós-modernas quanto o contrato de adesão no Direito Civil, não pode, a exemplo deste, ser explicada à luz de categorias jurídicas clássicas, em virtude das quais as imputações e as responsabilidades são traduzíveis em juízos apofânticos, em que proposições referenciais atribuem um ou mais predicados a um ou vários sujeitos determinados. Por este esquema, dir-se-ia romanista, o agente, o objeto, a vítima e as con-

seqüências do delito constituem entidades e, como tais, podem cumprir funções lógicas, com vistas à formulação de raciocínios jurídicos de cariz tipicamente formal.<sup>15</sup>

O crime organizado, em geral, e o de lavagem de dinheiro, em particular, não se submetem aos rígidos esquemas da lógica jurídico-formal. Sua fenomenologia não comporta, como nos delitos convencionais, a existência de vítima disposta a denunciar, nem se centra, como nestes, na pessoa do delinqüente individual, mas pressupõe uma estrutura relacional, na qual tanto os termos como as respectivas funções podem livremente variar dentro de limites compatíveis com a natureza e o fim do empreendimento criminoso.<sup>16</sup> Se no homicídio, o agente é o elemento primário e logicamente anterior ao entramado de relações, por ele concebido, para tirar a vida da vítima, na lavagem de dinheiro a situação se inverte. Aqui, a trama de relações constitui o dado primário, à vista do qual e em razão das funções a cumprir no interior daquela, serão designados os respectivos termos ou órgãos pessoais, que por isso são acidentais ou secundários.

Esse giro copernicano na explicação da relação jurídica, que, no Direito Civil, notadamente no campo obrigacional, trouxe consigo uma radical reformulação de princípios e normas, tanto em legislativo como doutrinário e jurisprudencial, não poderia deixar de repercutir, com idêntica intensidade, no domínio do Direito Penal, no qual o funcionalismo, pelas mãos de Roxin e de Jakobs, já havia se encarregado de produzir pesadas baixas nas fileiras da doutrina finalista.

A repercussão penal da tendência relacional pós-moderna, tal como a advertiu Hans-Jörg Albrecht, veio a se traduzir na exigência de modernização do Direito Penal, que outra coisa não é senão uma concreta tentativa de aproximação da dogmática penal com os critérios práticos de política criminal, com vistas à redefinição metodológica de conceitos chaves, como, v.g., o de bem jurídico, visto que a fixação do conteúdo deste, relativamente ao crime de lavagem de dinheiro, é que permitirá dar soluções satisfatórias a questões teórico-práticas relativas à sua tipificação. É o que, em seguida, se examinará.

## **2.1. Do bem jurídico**

Ilustres penalistas no passado se ocuparam e ainda se ocupam presentemente da delimitação do conceito de bem jurídico, uns, em função da concepção que têm do papel do Direito Penal como meio de controle social, outros, que são a maioria, segundo a influência que os contextos sociológicos, econômicos e filosóficos, vigentes em cada época, têm sobre a identificação dos valores sociais penalmente tutelados. Dentre estes últimos, merecem referência, por isso que são coerentes com posturas filosóficas pós-modernas, os contemporâneos alemães Jakobs, Hassemer e Roxin.

O primeiro, como máximo expoente do funcionalismo, minimiza a importância do bem jurídico e de sua proteção como tarefa primordial do Direito Penal, para ver nesta apenas um reforço da manutenção da vigência da norma. A estabilidade normativa constitui, assim, o objeto e a razão de ser do Direito Penal. O bem jurídico, pelo contrário, nada mais é que mero conteúdo de algumas normas (não de todas), cuja defesa se justifica, de forma indireta, na medida em que o ataque a qualquer bem jurídico significa, em última instância, uma ofensa à vigência da norma que o contém.<sup>17</sup>

Por sua vez, Hassemer entende que a missão do Direito Penal não consiste senão na efetiva outorga de proteção a bens jurídicos, deduzindo o conceito destes a partir do alcance que dá à noção de Direito Penal básico, chamado a tutelar situações valiosas para o indivíduo e excluindo, por conseguinte, de sua normatividade protetiva os valores abstratos, sociais ou estatais que não tenham conexão direta com o interesse individual. A tutela dos demais interesses, quando ameaçados pelos riscos que a modernidade traz consigo, correria por conta de uma construção apelidada de Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*), o qual, situado entre o Direito Civil e o Administrativo, “seria dotado de garantias e espartilhos menos apertados do que os que regem o Direito Penal, bem como de sanções menos intensas para os indivíduos”.<sup>18</sup>

Por fim, cabe registrar a contribuição de Roxin sobre o tema, não sem antes enfatizar sua originalidade em relação a outras prestigiosas construções que se sucederam ininterruptamente desde que Feuerbach inaugurou a polêmica sobre o bem jurídico. Dir-se-ia que Roxin conseguiu isolar o DNA do bem jurídico e, a exemplo do geneticista que, manipulando a mesma técnica, descobre parentescos longínquos, Roxin, igualmente, logrou desvelar a familiaridade constitucional daquele conceito fundamental.

Roxin se filia, portanto, àquela corrente de pensamento que situa o bem jurídico num marco constitucional. Por outras palavras: na medida em que a Lei Fundamental, em seu art. 20, II, 1, estabelece que todo poder estatal emana do povo, não poderia colocar-se em dúvida que a atividade estatal não pode ter outro fim que o de assegurar as condições de vida em comum de todos os cidadãos, o que realiza cominando com uma pena, sob determinadas condições, a violação de bens jurídicos. Por isso, Roxin concebe os bens jurídicos como aquelas condições valiosas em que se concretizam os pressupostos da vida em comum, dentro de um regime constitucional garantidor da ordem e da paz.<sup>19</sup>

Apesar de inexistir unanimidade na doutrina relativamente ao bem jurídico protegido na espécie, parece-nos possível descartar, *a priori*, as soluções alvitadas por Jakobs, que não admite sua tutela penal, e por Hassemer, que a restringe em demasia, notadamente quando se leva em conta que a lavagem de dinheiro

é um crime pluriofensivo, cuja prática ofende uma gama variada de interesses, todos eles contemplados, explícita ou implicitamente, na Constituição como bens da vida merecedores, portanto, de proteção.

É na construção de Roxin, como é curial, que se deve apoiar a tese da pluriofensividade do aludido delito, uma vez que ela erige a Constituição em marco último identificador de bens jurídicos, com o que ficam vantajosamente respondidas as críticas dos que, apegados às diretrizes de Hassemer, rejeitam a possibilidade de tutela penal de valores universais. É verdade que

o bem jurídico protegido, v.g. em sede de Direito Penal Econômico, é de natureza “artificial” ou construída pelo devir histórico-social, nomeadamente movido pelo intervencionismo do Estado moderno no desenrolar da economia. Assim, não conta com aquele substrato onto-antropológico definido e sedimentado, ao contrário do que sucede com os bens jurídicos, chame-mo-lhes, *clássicos*, como a vida ou a integridade física (...).

Mas nem por isso carecem eles da substância própria dos bens jurídicos, precisamente porque a Constituição os reconhece como tais, atribuindo-lhes funções institucionais relevantes, conquanto mutáveis e normativamente orientados para o atingimento de um determinado objetivo político-econômico, decantável em cada contexto histórico. Não obstante essa plasticidade, ensina Paulo S. Fernandes,

a sua importância é indiscutível: eles são fundamentais para a ordenação do sistema econômico, cujo funcionamento, dentro de mais ou menos apertados espartilhos de legalidade e transparência, pretende regular-se de forma eficiente, recorrendo-se muitas vezes, para tanto, à técnica da tipificação de condutas de *perigo abstrato*, antecipando-se, portanto, a proteção penal conferida.<sup>20</sup>

Assim como o mau médico, acreditando ser gripe o que é pneumonia, deixa morrer o paciente por insuficiência de medicação, o erro no diagnóstico do bem jurídico, quando se trata de lavagem de dinheiro, pode ter conseqüências assemelhadas para a sociedade, porque é de sua exata identificação que há de partir o legislador para efetuar a descrição típica através da norma e também o juiz, para corretamente interpretá-la e aplicá-la. Com abundância de razões sustenta André L. Callegari que

não se pode olvidar a pluralidade defensiva na conduta criminosa destinada a reciclar capitais ilícitos, já que uma série de interesses, inclusive individuais, podem ser ofendidos pela criminalidade organizada com a intenção de lavar dinheiro.<sup>21</sup>

Servidos dessa judiciosa observação do ilustrado jurista pátrio, bem como de conclusões de alentados estudos de doutrinadores nacionais e estrangeiros, podemos afirmar que existem três tipos básicos de bens jurídicos alvos da lavagem de dinheiro, que não guardam entre si gradação absoluta, mas algo relativa, segundo

o contexto histórico-social que viu a norma nascer e ser aplicada. São eles: a) a administração da justiça; b) a ordem econômica e c) a superproteção ao bem jurídico ofendido com o crime antecedente. Examinemos, resumidamente, cada um deles.

### 2.1.1. Administração da justiça

Inicialmente, é nossa pretensão evitar o vício comum a alguns autores que, após tirarem conclusões relativas ao bem jurídico não devidamente fundamentadas na lei e na Constituição, pretendem depois oferecer receitas prontas para solução de problemas concretos, recorrendo a casuísmos que adrede confirmam a regra de enunciados estabelecidos prévia e arbitrariamente. Cremos ser inteiramente pertinente a lição de Costa Andrade, consoante a qual, para a determinação do bem jurídico, faz-se necessário tomar em devida consideração a letra da lei. Assim sendo, passamos ao exame do art. 1º da Lei 9.613/98, em ordem a deduzir dele o bem jurídico que dá título a este tópico. Diz o aludido dispositivo legal:

Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime (...).

A norma contempla, portanto, face a determinados bens, as ações de ocultar e dissimular. Tais verbos, na medida em que são transitivos, não exaurem seus efeitos no âmbito pessoal do sujeito que oculta ou dissimula, porque a prática destas últimas ações, diversamente do ato de dormir ou de comer, supõe a existência do *outro*, de cujos olhos se pretende afastar a presença, ou seu equivalente, de certos objetos ou situações, quer pelo movimento físico, quer pela adulteração, quer pelo ardil. Segue-se disto que, por mais que Robinson Crusóé enterrasse seus parques bens, pintasse o rosto ou sorrisse ironicamente, jamais poder-se-ia dizer que, com tais atos, o ilhéu estivesse ocultando ou dissimulando algo, ainda que seu propósito, por delírio, fosse este. E não ocultava e não dissimulava porque, para isso, necessitava da presença do outro, que na mesma medida se faz necessária para que se materialize a conduta típica descrita no art. 1º da Lei 9.613/98.

Mas, quem é esse *outro* que consta implicitamente do aludido dispositivo legal como paciente das ações de ocultar e dissimular? Previamente a uma resposta adequada, esta pergunta requer um duplo esclarecimento: a) o que se pretende ocultar ou dissimular? e b) Por quê?

Gramaticalmente, ocultar e dissimular não são sinônimos exatos, ou seja, não são termos conversíveis entre si a ponto de ambos, e em qualquer circunstância, se substituírem reciprocamente. O último acrescenta um *plus* ao sentido do primeiro, a indicar a utilização de ardil ou fingimento da parte de quem oculta alguma coisa, de modo

que a ocultação seria o simples escondimento e a dissimulação seria o escondimento adjetivado, ou seja, praticado com o emprego de engano, de disfarce, da utilização de uma técnica propiciatória da ocultação astuciosa dos bens provenientes dos delitos antecedentes mencionados na lei. Na verdade, o delito não muda pelos verbos empregados, pois tanto a ocultação como a dissimulação são apenadas igualmente, incorrendo agravamento da pena pela dissimulação, ainda que esta pareça mais grave por sua forma de realização.<sup>22</sup>

Como se disse acima, os verbos ocultar e dissimular, precisamente porque são transitivos, requerem, *a parte gramaticae*, o objeto direto e, *a parte jure*, o objeto material para a configuração da conduta típica do crime de lavagem de dinheiro. O objeto direto daquelas expressões verbais é mais extenso que o seu objeto material – bens, direitos ou valores – pois compreende também, além deste, a referência à sua natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade.

Assim sendo, faremos uma breve alusão semântica a ambos, servindo-nos da peregrina capacidade de síntese, revelada, para o mesmo fim, por Tigre Maia. Ouçamo-lo:

Cuida-se de ocultar (esconder) ou dissimular (encobrir) a natureza (a essência, a substância, as características estruturais ou a matéria), origem (procedência, lugar de onde veio ou processo através do qual foi obtido), localização (a situação atual, o lugar onde se encontra), disposição (qualquer forma de utilização, onerosa ou gratuita, movimentação (no sentido de aplicação; de circulação, especialmente financeira ou bancária, ou, também, de deslocamento físico de bens móveis) ou propriedade (domínio, poder sobre a coisa, titularidade, qualidade legal ou fática de dono) de bens, direitos e valores (objetos materiais do crime).<sup>23</sup>

Quanto a estes,

o que provavelmente se pretendeu foi enfatizar a abrangência e o alcance do objeto substancial, de modo a deixar claro que todo e qualquer produto, direta ou indiretamente resultante de atividade ilícita prevista e assimilável às noções de bens, direitos e valores, pode caracterizar a prática da infração penal, inclusive os direitos societários, os direitos de crédito, os direitos hereditários, os valores mobiliários, o *know-how*, os programas de computador etc.<sup>24</sup>

Por outras palavras, o *animus delicti*, peculiar à lavagem de dinheiro, traduz-se na intenção de ocultar ou de dissimular provas da prática de crimes que a própria lei de regência elenca nos incisos de seu art. 1º.

Por que, pergunta-se então, ocultar e dissimular meios de prova por intermédio de processos complexos, dispendiosos e arriscados, quando se sabe que o critério do custo/benefício desaconselha muitas vezes a reciclagem? Precisamente

porque a lavagem proporciona a invisibilidade da qual depende a existência do crime organizado, pois, como nota Hans-Jörg Albrecht,

A diferença mais significativa frente à criminalidade individual já não consiste na ameaça da sociedade constituída em Estado, mas em problemas de maior alcance que obstaculizam a averiguação dos delitos (...). Só neste sentido aparece fundamentada a afirmação, segundo a qual a criminalidade organizada reconhecível é uma criminalidade mal organizada. (...) Uma criminalidade bem organizada não é reconhecível porque se aproveita dos métodos e das formas próprias da economia convencional. O Direito Penal moderno e, em parte, a acessoriedade administrativa, também apóiam este enfoque, como se pode demonstrar com o exemplo da tipificação do delito de lavagem de dinheiro....<sup>25</sup>

Da conjugação desses dois esclarecimentos, parece-nos que a resposta à pergunta acima, relativa ao paciente das ações de ocultar e dissimular, referidas na lei de lavagem de dinheiro, não pode ser outra senão a que aponta para a entidade interessada em que os criminosos sejam identificados, que não possam auferir vantagens de seus crimes e que não tenham êxito em turbar a atuação do *jus puniendi* estatal. Numa palavra: a Justiça.

### 2.1.2. A ordem econômica

Seguindo a mesma metodologia, relativamente à identificação do bem jurídico por referência à Constituição e à Lei de Regência, transcrevemos a seguir o teor dos arts. 170 e 192, ambos da CF/88, bem como os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 9.613/98, no qual se pode verificar a preocupação do legislador, tanto constituinte quanto ordinário, relativamente à tutela da ordem econômica e financeira.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...).<sup>26</sup>

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá inclusive sobre (...).<sup>27</sup>

Incorre ainda na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos e valores provenientes destes crimes, os converte em ativos lícitos; os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros; ou ainda utiliza na atividade econômica ou financeira, bens, direitos e valores que saiba serem derivados de qualquer dos crimes indicados; participa de grupo, associação ou escritório do qual tenha conhecimento de que a atividade principal seja dirigida à prática dos crimes previstos na lei.<sup>28</sup>

Previamente ao exame das razões que autorizam a posição que ora defendemos, segundo a qual a ordem econômica constitui um bem jurídico confiado à

tutela da Lei 9.613/98, convém aduzir algumas palavras sobre a tese oposta que, não contente em negar o que afirmamos, sustenta ainda que a lavagem de dinheiro traz imensos benefícios à ordem econômica total. O argumento é, no duplo sentido, demasiadamente simples. Assim Hund crê que o “Estado é um dos maiores beneficiados pela lavagem de dinheiro”<sup>29</sup>, visto que o lavador, diversamente do sonegador, deseja invariavelmente satisfazer suas obrigações tributárias, pois o recolhimento ordinário e ininterrupto de impostos será sempre uma precondição da garantia do tranqüilo desfrute do produto do crime. Neste mesmo sentido, Del Carpio Delgado chega a afirmar que a “compra de obrigações do Tesouro com dinheiro de procedência ilícita poderia servir para custear o déficit público”, pondo de relevo “algumas vantagens que os bens de procedência criminosa podem trazer para o funcionamento de determinadas economias nacionais”, de modo que “a ordem socioeconômica não pode ser guindada à condição de bem jurídico”<sup>30</sup>. Por último, Fernandes Godinho é menos sutil e mais “realista”:

As regras sobre o branqueamento de capitais é que podem causar danos à economia e não o contrário. Parece lógico ponderar que a existência de regras contra o branqueamento de capitais provocará a fuga de capitais do sistema financeiro português para outros onde de alguma forma haja menos “entorpecimentos” à sua pacífica detenção e circulação. O controle do branqueamento de capitais estimula a “clandestinidade” e a fuga dos capitais, designadamente para *laundering havens*.<sup>31</sup>

A bem da verdade, a tese e a objeção desenvolvidas em função da tipificação do delito em apreço não representam senão mais um *round* na eterna luta que entre si travam os aspectos moral e econômico, inexoravelmente confrontados por ocasião da exegese da norma jurídica. Se o segundo pode constituir, algumas vezes, a *ratio* da aplicação do Direito, o primeiro deve ser sempre considerado, não só como padrão exegético posto à disposição do julgador, mas principalmente como critério identificador de normas juridicamente válidas. De mais a mais, cremos com Aránguez Sánchez que as opiniões contrárias

não partem de uma perspectiva jurídico-econômica, mas unicamente econômica e acreditamos que a lesividade do comportamento não pode ser medida em termos estritamente contábeis, mas deve ser analisada desde a ótica do juízo de reprovação que deriva da inserção de fundos de origem ilícita na economia legal. (...) Em termos puramente econômicos, é bastante razoável sustentar que, p.ex., a escravidão seja uma fonte de mão-de-obra interessante, mas em termos socioeconômicos essa rentabilidade desaparece totalmente, porque junto à frieza da análise econômica, vem somar-se a valoração segundo a perspectiva de justiça social.<sup>32</sup>

Dando como respondidas as objeções acima, cumpre agora afrontar o tema relativo ao bem jurídico em epígrafe, assim como o correlato ao mesmo, referente às atividades que o podem antijuridicamente ofender, não sem antes fazer

uma breve advertência quanto às fases em que comumente a doutrina divide o *iter* da lavagem de dinheiro, de acordo com o modelo criminológico tripartido: *placement-layering-integration*.

A primeira fase corresponde

à colocação material do proveito do crime e pode dar-se através de uma série de operações. Segundo a doutrina, esta é a fase em que os delinquentes procuram desembaraçar-se das importantes somas, em dinheiro, que suas atividades ilícitas geram<sup>33</sup>,

e o fazem, *e.g.*, mediante:

- ◆ pequenos depósitos em instituições bancárias;
- ◆ trocas de notas de pequeno valor por outras de maior valor nominal;
- ◆ conversão em moeda estrangeira através de doleiros;
- ◆ remessa de divisas, através de mulas, para o exterior;
- ◆ a aplicação de ativos ilícitos em estabelecimentos financeiros são tradicionais (casas de câmbio, cassinos, mercados negros etc.), ou ainda em outros tipos de negócios que permitem justificar o ingresso de elevadas somas em papel-moeda (bares, restaurantes, supermercados, hotéis etc.).

Dissimular a procedência ilegal, ensina Antônio Sérgio A. Pitombo, mostra-se outro passo no processo de lavagem. Realiza-se série de negócios ou operações financeiras, uns seguidos dos outros, para disfarçar de vez a origem criminosa.<sup>34</sup>

O *layering* se caracteriza como um elemento de reforço da fase anterior (*placement*) no caminho da invisibilidade perseguida pela criminalidade organizada e plenamente alcançada na última fase subsequente à dissimulação. Esta – *layering* – “consubstancia a “lavagem” de dinheiro propriamente dita, qual seja, tem por meta dotar ativos etiologicamente ilícitos de um disfarce de legitimidade.<sup>35</sup> Alguns processos de lavagem são característicos desta fase:

- ◆ transferência internacional dos fundos com a utilização do sistema ‘via cabo’ (em inglês, *wire transfer*)<sup>36</sup>;
- ◆ o estreito suporte de uma sociedade com sede em país *off-shore* no qual o controle estatal é escasso ou inexistente<sup>37</sup>;
- ◆ criação de ‘pista falsa’ do papel, para ludibriar os investigadores, simulando uma origem lícita da riqueza<sup>38</sup>.

A integração, última etapa da lavagem, constitui-se no emprego dos bens, com aparência de legítimos, no sistema produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens. Há centenas de maneiras de fazer a integração, sendo o mercado fi-

nanceiro, o ramo imobiliário, o comércio de artes e antiguidades alguns dos setores da economia que recebem a preferência dos lavadores.<sup>39</sup>

Em que pese o esquema tripartido, concebido pelo Gafi para explicar o processo de lavagem, entendemos, com Aránguez Sánchez, que sua utilidade é bastante discutível para o fim que se propõe,

pois, nem do ponto de vista dogmático nem de uma perspectiva criminológica, pudemos vislumbrar utilidade na divisão em fases do processo de lavagem como instrumento para a análise deste delito. Por isso, consideramos que os diferentes modelos propostos não constituem senão elucubrações teóricas de difícil aplicação prática. Exemplo disso é a inaplicação prática desses compartimentos estanques à descrição dos mecanismos de lavagem, pois estes podem ser classificados indistintamente, bem numa fase, bem noutra, sem que se possa estabelecer uma rígida distinção.<sup>40</sup>

O que se pode ter por certo é que no processo de lavagem, quaisquer que sejam os critérios de sua divisão, os atos que se sucedem têm em vista sempre o mesmo desiderato: distanciar os bens da sua verdadeira procedência. Se assim o é cabe perguntar: em que ponto dessa seqüência coordenada de atos, em que uns aperfeiçoam outros ou são destes meras derivações operacionais, a ocultação e a simulação se fazem presentes, de modo a se dizer que sobreveio o resultado? Como acertadamente afirma Fabián Caparrós, a origem de certos bens pode ser mais ou menos encoberta, mas não é inteiramente claro em que ponto se poderá afirmar que esse objetivo foi atingido, sendo sempre possível realizar novos atos com vistas a distanciar ainda mais os bens da sua procedência.<sup>41</sup>

Diversamente do homicídio, em que toda a fenomenologia dos atos preparatórios e executivos não aponta senão para um progressivo acercamento da lesão ao bem jurídico, na lavagem de dinheiro, ao contrário, este esquema não se aplica, pois não é possível identificar com exatidão um momento único em que se dá a lesão ao bem jurídico. Contudo, este raciocínio não prova que estamos em presença de um crime sem resultado, mas apenas que a caracterização deste, quando se trata de lavagem de dinheiro, depende de uma análise adequada, em que se tome em consideração os aspectos estruturais e funcionais do bem jurídico ofendido. Feito isto, se ficar comprovado, p.ex., que os bens, direitos e valores, após a lavagem, não foram investidos em atividades lícitas, mas reinvestidos na mesma atividade ilícita que os originou, não haverá ofensa à ordem econômica, embora tenha havido lavagem de dinheiro, com fundamento em lesão à administração da justiça. Inversamente, quando o produto da corrupção, do tráfico de drogas ou do contrabando é transferido eletronicamente para contas bancárias em paraísos fiscais, onde, graças à desregulamentação financeira e ao rígido sigilo fiscal, é ocultado ou dissimulado mediante uma grande variedade de transações e instrumentos financeiros para, finalmente, converter-se em investimentos e ativos financeiros

ordinários, não há dúvidas de que, neste caso, testemunhamos a prática do delito de lavagem de dinheiro, com a paralela lesão de ambos bens jurídicos – administração da justiça e ordem econômica –, a exigir pronta intervenção do Judiciário no sentido da inafastável repatriação dos ativos reciclados.<sup>42</sup>

Dado que a repatriação constitui um dos temas aqui abordados e sendo certo que a sua utilização decorre, em nosso País, quase que exclusivamente da prática da corrupção política e administrativa, que se generaliza graças às vantagens concedidas pelos centros *off-shore*, em termos de desregulamentação financeira, invisibilidade e férreo sigilo bancário, combinação perfeita para os políticos e administradores corruptos que buscam constantemente não só lavar dinheiro sujo, mas também a própria imagem, de modo a manter preservados a fonte e os frutos da pilhagem pública, diremos a seguir duas palavras sobre os chamados *paraísos fiscais*, cuja “importância cresce parelha com a integração dos mercados financeiros de todo o mundo e com o predomínio das finanças sobre a economia produtiva e sobre a vida social e política em geral”.<sup>43</sup>

É de conhecimento geral que uma grande parte do fluxo financeiro internacional é atraída pelas vantagens oferecidas por refúgios financeiros, conhecidos como paraísos fiscais ou centros financeiros extraterritoriais (*off-shore*, em inglês). Teoricamente, quase todos os países, exceto onde alguém reside habitualmente, podem ser considerados paraísos fiscais. Dito de outro modo:

um paraíso fiscal pode ser considerado qualquer lugar exceto a jurisdição onde se vive, trabalha e obtém receitas regulares. Um paraíso fiscal para um não residente pode ser um lugar de alta tributação para uma pessoa que vive e trabalha nele.<sup>44</sup>

Por essas razões, ensina Martínez Selva, é mais do que razoável que

qualquer pessoa, preocupada com o amanhã, considere a possibilidade de possuir uma conta ou um investimento fora da jurisdição onde reside e desempenha suas tarefas profissionais. Todas as pessoas do mundo civilizado estão rodeadas de ameaças econômicas (problemas fiscais, quebras, recessão econômica), políticas (terrorismo, confisco) e legais (demandas indenizatórias, divórcio). Algumas destas ameaças aparecem rapidamente e de forma imprevista. Já foi dito que por umas três vezes na vida de uma pessoa ocorrem estes tipos de acontecimentos. Vivemos num mundo de incertezas, onde a única certeza é a mudança. A utilização de uma estrutura *off-shore* requer tempo e um adequado planejamento, de modo que não deve ser feita às vésperas do fato que a ditou. (...) Eis o conselho mais fácil de dar e mais difícil de seguir: manter uma vida discreta onde se vive e trabalha e jamais dizer nada a ninguém sobre a existência de uma conta no exterior. É justamente quando se está sob a ameaça de uma demanda judicial, que se pode avaliar a justeza da discrição e do silêncio sobre aquele fato. É precisamente o conhecimento dele, isto é, de que se dispõe de recursos no exterior, ou a sua simples sus-

peita, um grande dado indicativo de riqueza, de que se servem os juizes para decretar prisões inafiançáveis em demandas graves, além de confiscar o pasaporte. (...) Este é realmente um conselho *contra natura*, visto agredir tanto nossos impulsos mais básicos, quanto os princípios gerais do comportamento social e econômico atual. Contudo, deve-se sempre evitar o alarde de riqueza. A discrição, e a proteção derivada dela, é um valor superior a qualquer esquema complexo de ocultação de bens.<sup>45</sup>

Estes conselhos que o próprio autor chama, com razão, *contra natura*, não deixam de ser também contra a moral, contra a cidadania e, é claro, contra a sociedade organizada juridicamente, segundo o figurino do Estado de Direito. Certamente sua preleção foi muito mais ouvida e lealmente observada pelos políticos corruptos do terceiro mundo do que por aqueles que, ou por falta de dinheiro ou por abundância de vergonha, fizeram-se surdos à sua homilia barata.<sup>46</sup> Esta, apesar de tudo, contém seus fragmentos de verdade, notadamente na parte em que manda silenciar e, quando for o caso, não admitir e negar o que os indícios afirmam, como estratégia de impunidade, porque é quase inimaginável a possibilidade, não ocorrendo confissão espontânea no sentido da existência de ativos em paraísos fiscais, de que estes a informem, embora instados a tanto por autoridades competentes de outros países.<sup>47</sup>

Com efeito, as vantagens que oferecem estes centros para os investidores, que não desejam revelar a origem de seus ativos e necessitam da garantia de um porto seguro, os convertem em pólos de atração de capitais. Assim, a baixa fiscalidade, o sigilo bancário, a garantia da estrita confidencialidade, a flexibilidade e a desregulamentação da constituição de sociedades, os *trusts* e a falta de cooperação judicial com outros países, fazem destas jurisdições centros financeiros perfeitos para capitais exigentes, dentre os quais se encontram, como não poderia deixar de ser, os procedentes de delito.<sup>48</sup>

Graças às facilidades da internet e das telecomunicações, os capitais movem-se por todo o planeta em constante migração. Por outro lado, resulta impossível, em face da desregulamentação e do sigilo das operações, a identificação desses fundos e de sua origem, que se valem dos mais variados tipos de transação e dos mais sofisticados instrumentos financeiros para assegurar ao investidor não-residente, a um só tempo, a máxima rentabilidade e o anonimato, atributos que, conjugados, constituem o maior atrativo para a delinquência financeira internacional e a razão de ser do progressivo desenvolvimento de mecanismos e de instituições jurídicas, uns e outras largamente utilizados na prática da reciclagem de ativos ilícitos, cujas principais estruturas descreveremos a seguir.<sup>49</sup>

### **A desregulamentação do sistema financeiro**

É característico de um centro *off-shore* apresentar uma escassa regulamentação do setor financeiro e mercantil. Daí que os requisitos para a constituição de

bancos, seguradoras ou sociedades anônimas sejam mínimos, mas muito rigorosos quando se trata do sigilo relativo à identidade dos investidores.

Para criar companhias, abrir contas e, em geral, exercer quase todas as atividades *off-shore*, o que pode ser feito em menos de vinte e quatro horas, é importante e muitas vezes imprescindível contratar um assessor, intermediário financeiro ou agente especializado, cujo serviço garante ao cliente – seja ele um magnata norte-americano do petróleo ou um político corrupto da América Latina – a melhor estrutura financeira possível, de forma que sua riqueza se conserve e cresça livre de impostos e de incertezas. Costuma-se diversificar o capital em produtos financeiros habituais: contas correntes, depósitos a prazo, ações, fundos de investimentos, propriedade imobiliária. Na medida do possível, o capital e os bens diversificam-se em divisas, com um peso específico maior para as moedas mais suscetíveis de valorização frente à moeda do país do cliente. Este, por sua vez, é o beneficiário de companhias, *trusts* ou *holdings*, que são juridicamente as legítimas titulares dos bens. Tal expediente jurídico, imune a qualquer regulamentação que não seja a local, garante privacidade e proporciona uma proteção suficiente contra os interesses de credores de qualquer categoria.<sup>50</sup>

### **Sigilo bancário**

O sigilo bancário constituiu sempre o maior atrativo oferecido pelos refúgios financeiros. Por sigilo bancário compreende-se a discricção e a reserva profissional dos bancos, relativamente a informações obtidas no desempenho de suas funções. O seu fundamento teórico consiste na necessidade de proteção dos interesses do cliente, mas não na do serviço bancário em si mesmo, de modo que este pode exonerar o banco das obrigações inerentes ao sigilo bancário, que também cedem ante o dever de informar sobre transações suspeitas de lavagem de dinheiro, naquelas jurisdições chamadas cooperantes.<sup>51</sup>

Contudo, a falta de transparência informativa continua sendo a base do êxito financeiro dos paraísos fiscais, embora, reconhecidamente, o sigilo bancário constitua um dos maiores obstáculos à cooperação internacional na luta contra a delinqüência econômica, em particular à policial e à judicial. O convênio da ONU de 2000 contra a criminalidade organizada, que dispõe que “os Estados-parte não invocarão o sigilo bancário para negar a assistência judicial recíproca” (art. 18.8), não parece ter encontrado ressonância na comunidade internacional ou, pelo menos, em boa parte dela. Um exemplo é Liechtenstein, que em 2003 mantinha ainda a qualificação de paraíso fiscal *não cooperante*, por sua falta de transparência e por sua nula cooperação com as autoridades dos demais Estados. Em outro famoso refúgio financeiro, como são as Bahamas, o sigilo bancário é quase absoluto e nem as autoridades locais nem qualquer outra autoridade do mundo estão autori-

zadas a tomar conhecimento do movimento das contas das sociedades *off-shore* nem podem consultar seus balanços.<sup>52</sup>

### **Regulatory arbitrage**

Em um sentido estrito, a arbitragem legislativa, em sua dimensão financeira, significa o movimento de fundos entre mercados, para se aproveitar as diferenças inter-regionais de preços. Trata-se de uma contratação financeira, pela qual uma ou ambas as partes podem lograr, total ou parcialmente, um objetivo financeiro que não seria possível ser concretizado, em razão de vedação constante da legislação de seus países.

Entretanto, um estudo da Universidade da Pensilvânia concluiu que nas últimas décadas se desenvolveu um processo paralelo aplicado pelos bancos e outras instituições financeiras, compreendido no conceito de arbitragem legislativa, que consiste, primeiramente, na localização de países e territórios com autoridades débeis e lacunas normativas e, em seguida, efetuar determinadas transações e outros negócios legais em seu âmbito, ao invés de realizá-las em outros países que dispõem de legislações mais rigorosas. Esta manobra facilita a prática de toda sorte de irregularidades como as sonegações fiscais, a lavagem de dinheiro, e a prática de outras operações de duvidosa legalidade, mediante o sistema bancário *off-shore*.<sup>53</sup>

### **Sociedades Comerciais Internacionais (IBC)**

Como se destaca em um estudo sobre lavagem de dinheiro, realizado pela Agência de Fiscalização de Drogas e Prevenção do Delito da ONU em 1988, as IBC's constituem o núcleo do problema relativo àquela modalidade criminosa. Estas sociedades existem em praticamente todas as jurisdições *off-shore* e são parte efetiva do esquema de lavagem, com o fim precípua de ocultar bens oriundos desta. Na maioria dos territórios onde funcionam, não se requer delas nenhuma das obrigações legais que se fazem necessárias, em outros países, para a constituição de sociedades comerciais. Com a condição de que a IBC não faça negócios no território de sua sede, pode ela fazer tudo, inclusive ocultar o nome dos proprietários, não pagar impostos, muito menos manter livros contábeis.

Assim, a finalidade própria de uma IBC é a de garantir que seus proprietários possam atuar amparados num anonimato total. Deste modo, com as IBC's foi estendido o privilégio da responsabilidade limitada das sociedades comerciais a uma entidade, para cuja fundação e funcionamento não são exigidas as cautelas legais que normalmente se requerem para a constituição e exercício daquelas, notadamente para se evitar, ao contrário das IBC's, o emprego de testas de ferro como diretores ou gestores.<sup>54</sup>

## *O trust*

O *trust* é uma sociedade fiduciária que tem sua origem na *common law*, em virtude da qual se permite que o proprietário dos bens os confie a alguém, para que este proteja os interesses de filhos menores de idade ou de pessoas declaradas incapazes. Permite ainda que os bens familiares sejam partilhados no futuro com base em certas necessidades da família. É utilizado também, à maneira de uma fundação, para fins caritativos. Todas estas finalidades atribuídas ao *trust*, indubitavelmente são dignas de elogios. Os problemas surgem quando esta instituição é utilizada também para ocultar sua origem e a distribuição de fundos ilícitos. Tal como as IBC's, os *trusts* vão além da finalidade inicial que ditou sua criação, que era a de assegurar a gestão e o controle de bens em proveito de terceiros. Atualmente, certas formas de *trust*, pelas quais se oculta a identidade dos fundadores e beneficiários, passaram a ser uma constante nos esquemas *off-shore* de lavagem de dinheiro.

Nos últimos anos, alguns paraísos fiscais modificaram o regime legal do *trust* para fazê-lo mais atrativo em ordem à ocultação de bens. Suas legislações o concebem de modo a viabilizar o intento básico de todo delinqüente financeiro: colocar o produto do crime fora do alcance da autoridade do país de origem, uma vez que o regime legal do *trust* contém disposições que o declaram imune a toda e qualquer investigação judicial estrangeira.<sup>55</sup>

Como se pode verificar, seja em qualquer fase seja mediante qualquer instrumento ou instituição, anota Lampe,

A lavagem de dinheiro é concebida objetivamente. Trata-se da reintegração clandestina, no ciclo financeiro ou econômico legal, de ganhos ilícitos objeto de confisco pelo Estado. (...) Por essa razão, bem jurídico é, também, o ciclo financeiro e econômico legal, que tem de ser preservado da mescla com valores patrimoniais ilegais.<sup>56</sup>

### **2.1.3. A superproteção ao bem jurídico ofendido com o crime antecedente**

Os bens, direitos e valores, referidos no *caput* do art. 1º da Lei 9.613/98, para constituírem o objeto material do crime de lavagem de dinheiro, não basta que tenham procedência criminosa, ainda que de natureza grave. Cumpre, ademais, que satisfaçam um requisito inarredável, qual seja, o de derivarem da prática de qualquer dos delitos taxativamente previstos nos incisos do aludido dispositivo da lei de regência, a saber:

- I) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- II) de terrorismo;
- III) de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV) de extorsão mediante seqüestro;

V) contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI) contra o sistema financeiro nacional;

VII) praticado por organização criminosa.

Excetuando as condutas contempladas nos incisos II e VII, ambas não suficientemente tipificadas no ordenamento penal pátrio, as demais têm em comum o ânimo de auferir lucro ou vantagem patrimonial e este, a nosso aviso, representa o argumento nuclear da tese que, neste tópico, constitui o alvo de nossa análise.

A partir da perspectiva de seus defensores, a punição da lavagem justifica-se enquanto instrumento político-criminal necessário para reforçar a função da pena prevista para os delitos prévios, uma idéia que não deve ser confundida com outra mais disseminada, segundo a qual o bem protegido com a sanção prevista para a lavagem coincide com o ofendido pela prática do crime anterior. Não se trata disso. Na verdade o raciocínio é bem outro: de fato, está implícito em todos os textos internacionais que proclamam que a luta contra a lavagem de dinheiro é um meio fundamental para combater a criminalidade organizada e, notadamente, o narcotráfico. Em países, como o Brasil, que não limitam a lavagem punível aos bens procedentes do tráfico de drogas, mas a estende também aos provenientes dos demais crimes elencados na Lei de Regência, a punição desta infração deve ser concebida como um instrumento para combater os delitos dos quais procedem os bens cuja origem pretende-se ocultar ou dissimular.

Partindo desta premissa, pode-se afirmar que a redução das possibilidades *ex ante* de o autor usufruir o produto do delito, há de ser considerado um expediente de política criminal idôneo na luta contra os delitos cometidos com um móvel lucrativo, como são os legalmente considerados prévios ao crime de lavagem. Se o que impele o agente a cometer determinados delitos é a vontade de obter e manter o incremento patrimonial conseguido com a consumação do delito anterior, eliminando as possibilidades *a priori* de embaraço dela, com a punição do posterior, no caso a lavagem, estar-se-á reduzindo em maior ou menor medida o número de pessoas dispostas a delinquir por tal razão.

Pelo que ficou dito, é lícito concluir que com a punição da lavagem, segundo alguns autores, não se protege nenhum bem jurídico, mas só se complementa e reforça a função da pena prevista para a prática dos delitos prévios.<sup>57</sup>

Em que pese a evidente fragilidade dogmática da construção examinada, apresenta ela, porém, uma faceta positiva que não é demais expor aqui, pois constitui um critério limite para a identificação do que possa ser considerado objeto

material do crime de lavagem. A doutrina considera que qualquer bem obtido em substituição ao originariamente proveniente deste, também ficará contaminado do mesmo vício, podendo constituir o objeto material do delito, tal como o seu substituto, numa ordem sucessiva e ininterrupta, cujos elos são representados por negócios jurídicos de direito privado.

Mas, ainda admitindo que no crime de lavagem seja cabível a substituição do bem, a doutrina é unânime em repudiar uma derivação ilimitada dos bens originários, de modo que os subseqüentes a estes sejam também considerados de proveniência ilícita. Mas, haverá critérios idôneos capazes de estabelecer limite a essa cadeia de contaminação sucessiva e automática de bens, em que o vício do primeiro, a exemplo do pecado original, contagia todos os demais com a mesma intensidade e indefinidamente?

Barton<sup>58</sup>, Blanco Cordero<sup>59</sup> e Del Carpio Delgado<sup>60</sup>, cada um a seu modo, propõem a adoção da teoria da equivalência das condições – *conditio sine qua non* – mesclada, aqui e ali, com algumas variações da doutrina da imputação objetiva.

Conquanto original, o recurso à teoria da causalidade, como observa Arán-guez Sánchez, “resulta insatisfatório, porque o nexos que une um bem à sua origem ilícita tem uma natureza radicalmente distinta da relação de causalidade que une uma determinada ação ou omissão a um resultado”.<sup>61</sup>

Eis-nos aqui enfrentados com um problema cuja solução parece somente ser acessível por vias menos dogmáticas e mais casuísticas. Uma destas é a que propõem os seguidores da doutrina da *superproteção* que, como vimos, põe a ênfase no ânimo de lucro do autor do crime prévio. Trasladando para cá a lógica daquela construção doutrinária, obtém-se um critério delimitador que diz assim: a punição de uma conduta, a título de lavagem, só está justificada se, para um potencial infrator, a possibilidade de contar com ela *ex post* pode ser considerada um incentivo para a prática do delito prévio, na medida em que sua consideração diminua, de forma relevante, a capacidade dissuasória da pena respectiva. Por outras palavras, só está justificada a punição, como lavagem de dinheiro, daquelas condutas que garantam ou facilitem a consolidação do ganho econômico obtido com a prática do crime antecedente, entendendo-se por consolidação o efeito que se alcança com as ações preordenadas ao desfrute econômico dos *producta sceleris*, desvinculando-os de sua origem criminosa, ou por ocultação ou por dissimulação.

Assim, por exemplo, é o caso de quem vende automóveis de luxo, pois a mera transformação de dinheiro em um veículo luxuoso não caracteriza, *eo ipso*, ocultação ou dissimulação de bens. Outro tanto acontece com quem vende um imóvel, recebendo e declarando o preço real da transação, posto que, em ambas

hipóteses, as aludidas vendas não se prestam para ocultar a capacidade econômica do autor do delito prévio, mas muito ao contrário, a põe em evidência, donde ser lícito deduzir, segundo as premissas postas acima, que só são puníveis, a título de lavagem, a prática de negócios jurídicos que, comportando um efeito de ocultação da origem dos bens, signifiquem a consolidação das vantagens econômicas conseguidas pelo autor do delito prévio.

## 2.2. O conceito de lavagem de dinheiro

De posse das considerações feitas precedentemente, estamos em condições de formular uma hipótese de trabalho, relativamente à lavagem de dinheiro, cuja definição há que ser feita operacionalmente, tanto pela propriedade que o autor dela normalmente apresenta de reagir ante determinados estímulos observáveis como pela de provocar, mediante essa reação, determinadas respostas também observáveis.

Não é o objeto do conhecimento judicial,  $X$ , que deve ser necessariamente observável, até porque é sumamente rara a ocorrência de flagrante neste tipo de crime. As coisas que devem ser observáveis são, por uma parte, as condições antecedentes, os estímulos,  $E$ , que provocam determinadas reações fáticas e, por outra parte, os acontecimentos conseqüentes, as respostas,  $R$ , que são produzidas por estas. O objeto de exame como tal, no caso a lavagem em si, pode não ser observável diretamente, como dissemos, desde que a construção hipotética  $O$  possa ser definida em termos de funções ou leis, do tipo E-O-R, isto é, a definição deve ser feita de modo que certo valor da variável  $E$  dê lugar a determinado valor da construção hipotética  $O$  e que este, por sua vez, determine um certo valor da variável  $R$ .  $E$  é, por conseqüência, o conjunto de condições suficientes para que a existência de  $O$  seja também a condição necessária e suficiente para a produção de  $R$ .<sup>62</sup>

Para exemplificar o que afirmamos, suponhamos que numa certa casa, à qual não se pode ter acesso, existem cães. Suponhamos também que, embora não seja possível entrar nela para se verificar a existência de cães, seja ela de tal modo construída que permita a introdução de certos estímulos (tais como gatos, ratos, alimentos insuficientes etc.), por uma pequena abertura. A situação é, em tal caso, do tipo que os estudiosos chamam de *caixa negra*, ou seja, um estado de coisas que não se pode ver diretamente, mas que pode ser descoberto por indícios, mediante a conexão estímulo-resposta. Ademais, no exemplo sugerido, pode-se admitir sem dificuldade que o enunciado “na casa existem cães” é uma hipótese acerca do significado de determinado conceito: “cão”. Se definimos cão como algo que ante um gato ou um rato produz ladridos e, faminto, dá gemidos, tal definição operacional nos ajudará a descobrir o que procuramos, caso contrário, teremos problemas.

No exemplo em questão, a audição de ladridos e grunhidos na casa confirmaria a hipótese da existência de cães no seu interior, porque para ouvir ladridos é necessário que eles tenham sido, naquele lugar, produzidos e para isso é necessário que na casa existam cães, o que prova a existência de um conjunto de correlações entre determinados estímulos (gatos, ratos, privação de alimentos) e determinadas respostas (ladridos, grunhidos e gemidos). A noção teórica de “cão” cumpre, precisamente, a função de permitir ordenar esse conjunto de correlações em uma só correlação, que se verifica entre classes de antecedentes e conseqüentes. Todos estes estímulos podem ser agrupados conceptualmente por sua propriedade comum de “excitar cães” e todas as respostas, por sua propriedade comum, de serem conseqüências identificadoras da situação.

Do exemplo exposto, ficou claro que a formulação correta de um conceito (no caso o de cão) é um instrumento importante e imprescindível para a busca de verdade em situações denominadas de “caixa negra”, como a da hipotética casa e de tantas outras que, a exemplo da lavagem de dinheiro, não permitem uma percepção direta de sua fenomenologia íntima.<sup>63</sup>

Sendo assim, deixamos propositadamente para o final a tarefa de correlacionar elementos antecedentes e conseqüentes, filtrados da noção de bem jurídico, que possam oferecer ao julgador, no diagnóstico da lavagem e mediante o raciocínio indiciário, o mesmo grau de certeza que os latidos, grunhidos e gemidos conferiram à assertiva da existência de cães na casa.

Desde logo, não nos parece essencial à noção de lavagem de dinheiro determinadas características que tanto podem estar presentes em algumas situações que não a comportam, como faltarem em outras que a caracterizam. Dessa espécie são as que enfatizam a riqueza de mecanismos empregados para a prática do delito; as que vêem na lavagem um processo interminável e sempre perfectível; as que a traduzem num favorecimento ou num mero caso de ocultação como muitas vezes se costuma chamar a substituição de um bem por outro. A atribuição dessas notas como sendo necessárias ao conceito de lavagem equivaleria, comparativamente ao exemplo anterior, em atribuir ao cão o hábito de beber quando sedento, o de se deitar quando adormece ou o de roncar no mesmo caso. Ou seja, este conceito de cão, compreensivamente deturpado, em nada acrescentaria à busca da verdade, relativamente à existência de cães na referida casa. Outro tanto cabe dizer da noção de lavagem de dinheiro, para a caracterização do injusto, se continuarmos pondo o acento na mera ocultação ou dissimulação de bens: de nada serviria para dar solução aos chamados *hard cases*, de que são exemplos as condutas denominadas *standards*.

Em termos puramente operacionais, manifestados no binômio *estímulo-resposta*, parece muito mais aceitável concentrar a cognição penal nos índices de

*invisibilidade e consolidação*, significativamente mensuráveis em toda genuína conduta de lavagem de dinheiro. A invisibilidade, como estímulo, e a consolidação, como resposta, não referenciam condutas de fácil apreensão, mas constituem ambas valorações de condutas. Assim é que o autor do delito prévio, animado do propósito de invisibilidade e paralelamente ao desejo de incrementar seus ganhos, deseja também não atrair suspeitas sobre estes, coisa que lhe garante o lavador através da consolidação. A combinação de uma – a invisibilidade – com a outra – a consolidação – é que dá o verdadeiro sentido normativo à incriminação da lavagem de dinheiro, qualquer que seja a definição que se lhe dê, ou o modo pelo qual ela se materializa. Daí porque vamos nos abster de propor um conceito objetivo de lavagem de dinheiro, prestigiando qualquer construção doutrinária neste sentido, desde que assentada sobre três pilares: o incremento patrimonial do autor do delito prévio; o seu desejo de torná-lo invisível; a concretização deste por meio de atividades de transformação ou ocultação dos bens, que permitam consolidar as vantagens obtidas.

### Capítulo 3

#### A evasão de divisas

A preservação das reservas cambiais, apesar da livre movimentação dos fluxos financeiros na globalização, constitui um objetivo comum a todos os países, principalmente aos que se acham em vias de desenvolvimento, como o Brasil, pois a ausência delas significa mais endividamento externo e menos condições de realizar importações estratégicas para o crescimento da economia. Diga-se o que se disser, enquanto o capitalismo for o regime econômico predominante, é mediante superávits no balanço de pagamentos que as economias, principalmente as do terceiro mundo, poderão financiar seu desenvolvimento, notadamente via expansão das exportações.

O saldo positivo nas transações comerciais de um país, na medida em que fortalece sua economia, traz consigo a prosperidade econômica e a paz social, valores inarredáveis quando se trata de promover o bem-estar e a segurança de sua população. Entre nós, estes objetivos são indiretamente tutelados pelo art. 22 da Lei 7.492/86 que, mal ou bem, cumpre essa tarefa, apesar de existir um grande abismo entre a literalidade de seus termos e a velocidade e a virtualidade que caracterizam a dinâmica dos negócios realizados ao abrigo dos mercados financeiros. Daí que não sejam poucas as críticas, ásperas muitas delas, tanto à sua letra como ao seu espírito. Contra este se argumenta que está na contramão da história,

posto que a tendência em todo mundo é a da descriminalização de toda e qualquer forma de transferência de recursos financeiros (exceto as utili-

zadas para atividades criminosas), diante de uma atividade econômica que praticamente desconhece as fronteiras nacionais no contexto da vertiginosa dinâmica do fluxo de capitais entre as mais diversas e distantes regiões e praças comerciais do planeta.<sup>64</sup>

Contra a letra do aludido dispositivo legal, as críticas são mais contundentes e, a nosso sentir, menos justas, conquanto digam a verdade quando afirmam que a sua redação poderia ser melhor.

Após fazer a distinção entre câmbio manual (que envolve dinheiro em espécie) e câmbio sacado (escriturado) e advertir que o conceito de reserva cambial comporta tanto um sentido *estrito*, representado pelo estoque de divisas em poder do Banco Central, como um *lato* que inclui o estrito, acrescido das moedas conversíveis das instituições privadas e ainda daquelas em poder de pessoas físicas ou jurídicas registradas no Sisbacen, concluem José Carlos Tórtima e Fernanda Tórtima pelo gigantesco anacronismo do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86, dramaticamente acentuado pela adoção do critério da territorialidade, que supõe a saída física dos recursos do território nacional ou ainda com a efetiva transposição das fronteiras do país. É de ambos a seguinte observação:

A dicção do texto legal leva realmente o leitor à perplexidade. Constatase um fosso intransponível entre o sentido literal das expressões empregadas pelos autores da lei e a realidade empírica das operações de mercado no câmbio sacado. Com efeito, quando se fala em saída para o exterior das divisas, é inevitável a conotação física e geográfica dada à operação de transferência de valores, significando que estes foram efetivamente remetidos para outro país. Entretanto, na realidade do mercado cambial, tais transferências físicas de numerário só ocorrem com a saída do dinheiro em espécie, transportado por viajantes nos percursos internacionais. Nunca nas hipóteses de operações cursadas através das instituições bancárias credenciadas a operar no mercado de câmbio ou mesmo nas transações informais do chamado dólar cabo, pois nesse caso, repise-se, o dinheiro em moeda estrangeira já se encontra no exterior, não havendo como cogitar-se de saída física do país, do numerário transferido.<sup>65</sup>

E prosseguem os mesmos autores:

Ficaria então o intérprete diante do seguinte dilema: ou permanece fiel aos princípios garantistas da legalidade e da taxatividade, só admitindo a ocorrência de crime, em tese, quando as divisas saíssem do território nacional em direção ao exterior, na linha de entendimento da transposição das fronteiras do País, tal como indica textualmente a redação do tipo penal, aceitando, nesse caso, que as operações realizadas através do câmbio sacado ficariam fora da incriminação legal; ou optaria por uma exegese ampliativa do alcance da norma penal, para fazê-la atingir ambas as modalidades de transferências internacionais de recursos (câmbio manual e sacado), sempre que realizadas à margem do sistema oficial, e, nesse caso, arrostaría o risco da violação do

princípio da reserva legal, visto que nas transferências cursadas pela via interbancária as saídas de recursos são meramente escriturais e contábeis, e não efetivas e concretas, como leva a crer o texto do referido dispositivo da lei.<sup>66</sup>

É demasiado acrescentar, depois de tudo o que foi dito e ouvido, que os ilustrados autores inferem do anacronismo da norma a sua não-recepção pela Constituição.

Dada como respondida a censura feita ao espírito da norma, por ocasião da menção de alguns autores que, em nome do combate à evasão fiscal, à lavagem e ao crime organizado, direcionaram suas diatribes contra a desregulamentação desordenada dos movimentos de capitais, passamos a tecer algumas considerações sobre a censura feita à mesma norma, mas agora dirigida contra a sua letra.

O vício de anacronismo atribuído à regra sob censura não constitui uma imperfeição privativa de sua normatividade, mas é, antes, uma característica do próprio Direito, cujas normas parecem imutáveis diante das proteicas manifestações da realidade social. Este descompasso entre as normas e a experiência, aos olhos do cético ou do anarquista, é sempre uma boa ocasião para ignorar as primeiras, pretextando uma natural superioridade moral que a segunda, em relação a estas, parece inelutavelmente ostentar.

Não é aqui o local e o momento exato para demonstrar, com exemplos históricos, que não são poucos, a erronia desta concepção. Baste-nos lembrar o papel destacado de eminentes magistrados, desde a antiga Roma até os nossos dias, que se fizeram famosos precisamente porque tornaram atuais textos normativos desenganados pelo mal do anacronismo. Dizer que o Direito move-se mais lentamente que a realidade é afirmar o óbvio, conquanto esta obviedade não seja do ponto de vista jurídico apta, nem do político a propósito para se sair revogando leis a torto e a direito.

No caso aqui em exame, à época da edição da norma contida no § 1º do art. 22 da Lei 7.492/86 não era possível prever-se a radical transformação operada, não dizemos somente na realidade social, mas, com a introdução de refinadas inovações tecnológicas, na própria maneira como o homem passou a percebê-la, isto é, interpretá-la segundo uma lógica diversa, que tem como unidade de tempo o microsegundo e se desliza errante pelos caminhos da virtualidade. Ora, onde o tempo e o espaço constituem abstrações, por que se negar ao julgador, não ampliar o alcance da norma, mas dotar o verbo legal de conteúdo semântico idôneo a tutelar ações que, embora fenomenologicamente diversas, têm objetivos idênticos: ofender o mesmo bem jurídico? Se o raciocínio que os detratores da norma em questão empregam hoje tivesse sido esgrimido antanho com sucesso, certamente a subtração de energia elétrica estaria de moda, paralelamente à difusão da técnica do *gato*, tudo em nome de uma distorcida concepção do princípio da reserva le-

gal e do garantismo penal. Felizmente a jurisprudência interveio, dando às coisas seus verdadeiros nomes e à subtração de energia o de furto, acompanhado, se for o caso, da respectiva pena.

Passemos agora ao exame do bem jurídico tutelado pela norma de regência.

### 3.1. Do bem jurídico na espécie

Considerando o bem jurídico protegido na espécie – a boa execução da política econômica do Estado ou o sistema financeiro nacional –, parece-nos evidente tratar-se de *bem jurídico universal* ou *supraindividual*.

A criação de bens jurídicos supraindividuais tem se revelado como uma das técnicas mais genuínas do Direito Penal moderno, para a antecipação da tutela penal. Essa técnica consiste em identificar, com vistas à punição, a efetiva lesão do bem jurídico universal com o perigo abstrato ao bem jurídico individual.

A configuração de bens jurídicos não orientados diretamente à proteção de interesses individuais é hoje objeto de severas críticas da doutrina que, majoritariamente, não admite aquela identidade conceitual. Indagam os doutrinadores se mediante a criação de bens jurídicos supraindividuais não estar-se-ia, em certas ocasiões, qualificando de bem jurídico o que não é senão um artifício, uma simples metáfora conceitual, de modo a disfarçar uma injustificada intervenção do Direito Penal, com a infringência dos princípios da lesividade e da intervenção mínima.<sup>67</sup>

Nesta categoria estariam incluídos conceitos abstratos como o meio ambiente, a segurança no trânsito, patrimônio histórico e novos interesses, formulados sobretudo no âmbito socioeconômico, como o bom funcionamento do mercado, a funcionalidade do sistema financeiro, o sistema tributário e o previdenciário etc.<sup>68</sup>

Sob esta veemente crítica palpita a preocupação por um reconhecimento desmedido deste tipo de interesse no âmbito jurídico-penal que, perdida a perspectiva do indivíduo, possa levar à proteção de meras funções sociais, na linha das concepções sociológico-funcionalistas do bem jurídico. Observa Günter Kaiser<sup>69</sup>:

Daí que se faça necessário, reforçar as normas da moral econômica e criar um consenso geral de valores, para deixar claro o reprovável do comportamento delitivo no campo econômico. Tudo isso acarreta uma especial dificuldade quando, como ocorre no caso de muitos crimes econômicos, não existe uma vítima concreta.

Em sentido crítico, observa Mendez Rodriguez<sup>70</sup> que

a crescente antecipação da tutela penal através da criação indiscriminada de delitos de perigo abstrato e a utilização preponderante dos mesmos em

relação aos bens jurídicos coletivos, produziram uma banalização do conceito de bem penal como critério axiológico de orientação ou delimitação da seleção penal.

Frente a esta tendência expansiva, cumpre reivindicar a função garantista da noção de bem jurídico que permita responder às exigências do princípio fundamental da *ultima ratio* que rege a intervenção penal. Esse tipo de tutela deve, em princípio, estar afeto ao Direito Administrativo e só excepcionalmente, quando concorram razões relevantes de política criminal, deve concernir ao Direito Penal.

Não desconhecemos a necessidade atual de se proteger bens jurídicos supraindividuais, mas à condição de que a conduta tipificada efetivamente se dirija não contra metáforas ou abstrações, mas em prejuízo de bens verdadeiros, e como tais, mercedores da tutela penal. E a via para o atingimento desse objetivo só pode ser encontrada, a nosso juízo, no método pragmático que torna possível a articulação de todos os elementos – fáticos e normativos – que explicam a fenomenologia delituosa.

### **3.2. Critério quantitativo para a caracterização do delito de evasão de divisas**

Pretende-se que uma norma administrativa, que impõe o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) possa dar a última palavra sobre a responsabilidade penal daquele que, portando moedas ou divisas, deixa o país. É a técnica denominada de quantificação do qualitativo que resulta ser muito empregada em competições esportivas, ainda que pulule como expediente confortável em inúmeras produções legislativas. Sobre ela ensina *ex professo* Genaro Carrió<sup>71</sup>:

É certo que no Direito, como em outros campos normativos – por exemplo, em muitos jogos –, se utiliza o processo de quantificar o qualitativo para ganhar certeza, ao preço, muitas vezes, de uma boa dose de arbitrariedade. (Por que uma jogada brusca deve ser sancionada com penal se foi cometida cinco centímetros dentro da área, e com um simples tiro livre se, com igual intensidade e má intenção, foi praticada cinco centímetros fora dela?)

Em futebol, a linha da área é o marco para se estabelecer a diferença do que é *penalty* e do que não o é. Dois dedos antes dela é uma simples falta com barreira; dois dedos depois, dá-se o *penalty* com muita possibilidade de gol.

Vê-se que esse critério, se é idôneo para disciplinar questões esportivas, já não o é quando se trata da liberdade do indivíduo, justamente porque a sua restrição deve responder a questões que transcendem a meras equações ou soluções ligeiras e burocráticas.

Por que alguém que transporta R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o exterior não é objeto de juízo de reprovação penal, enquanto que o é aquele que transportou R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais)? Seja qual for a posição que se tome para justificar o critério quantitativo prefalado, deve ela ser rejeitada de plano por todo juiz que tenha compromisso com a Justiça e com o instrumento específico para realizá-la: a Jurisdição.

### 3.3. Do limite constitucional

Descartado o critério quantitativo, convém agora precisar melhor o método pragmático que acima sugerimos, que não é outro senão o que, por intermédio da *Interpretação conforme a Constituição*, preconiza a fixação do limite normativo do crime de evasão de divisas, por referência ao mandamento constitucional insculpido no art. 5º, XV, da CF, que assegura um direito fundamental.

A interpretação do art. 22 e seu parágrafo único deve ser realizada à luz do que preceitua o art. 5º, XV, da Constituição Federal, que assegura ser “livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. É de ver que o Texto Constitucional dá o direito a quem quer que seja, nacional ou estrangeiro, de sair do País com seus bens do território nacional, cabendo ao poder público somente o direito de regulamentá-lo, sem estorvá-lo, mediante, exemplificativamente, a incidência de tributação, desde que não o faça em prejuízo de seu exercício. Enquanto legítimo direito, o ato de levar para o exterior moedas ou divisas próprias, não pode constituir ofensa a nenhum bem jurídico, pois que *nemo nocet qui suo jure utitur*. Portanto, aquém do marco da razoabilidade dentro do qual se determina o que constitui bem próprio de modo a receber a tutela constitucional, toda pretensão é lícita, ainda que exceda o limite preconizado pelo absurdo critério quantitativo.

## Capítulo 4

### O papel do Judiciário na repatriação de capitais

Que mudanças sofreu, de algumas décadas para cá, a atividade criminosa, a ponto de justificar uma ruptura em seu processo de evolução, coincidente no tempo com o neoliberalismo, de modo que podemos dividi-lo em duas etapas claramente distintas que, à falta de designação mais apropriada, poderíamos chamá-las de pré e pós-globalização? Em primeiro lugar, se internacionalizou. Os sistemas econômicos tornaram-se interdependentes e as atividades criminosas, que se desenvolvem em seu seio, passaram a sê-lo também.

Em segundo lugar, se profissionalizou. Aprendeu as características das instituições financeiras, dos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, e em especial os da legislação tributária, penal e processual dos Estados, com o que adaptaram suas atividades a essas características, centrando seu interesse naqueles setores menos controlados e, portanto, mais suscetíveis de rentabilidade, de modo a otimizar os ganhos e minimizar as perdas.

Enquanto se expandia, nutrindo-se parasitariamente de um mercado internacionalmente integrado, o crime beneficiava-se dessa expansão ao preço do progressivo debilitamento do Estado, doravante minúsculo gestor de alguns serviços públicos essenciais e indelegáveis. Resultado: algumas instituições estatais, dentre as quais a justiça, não se globalizaram ou não lograram fazê-lo no mesmo ritmo ditado pelos mercados globalizados, que, guiados unicamente por uma espécie de instinto financeiro, similar ao faro canino, passaram a exercer funções definidoras de política econômica, antes reservadas exclusivamente ao monopólio estatal. Esse estado de coisas produziu efeitos desastrosos, que não deixou de se fazer sentir em todos os âmbitos da vida social, designadamente no da segurança, onde se sente mais de perto a debilidade das respectivas instituições comparativamente ao poder do crime organizado que sabe, como ninguém, tirar o máximo proveito da generalizada crise de autoridade estatal, manifestada em situações bastante significativas:

A cooperação judicial segue tropeçando com importantes travas burocráticas, derivadas da falta de homogeneização dos ordenamentos jurídico-penais internos, da falta de instrumentos jurídicos internacionais, das restrições impostas aos processos de extradição, da falta de meios pessoais e materiais e das restrições legais impostas à jurisdição dos tribunais dos Estados. Uma concepção decimonônica da soberania estatal permite e autoriza a paralisação e a insuficiência da resposta institucional do Estado frente a uma delinquência altamente organizada e transnacional.<sup>72</sup>

Trata-se, exemplificativamente, de um campo de batalha, cenário de uma disputa desigual, onde já se sabe antecipadamente quem vai ganhar e quem vai perder.

Graficamente a imagem que representa este hipotético campo de batalha seria a de uma criminalidade extremamente ágil, rápida e versátil, essencialmente mutante, à qual se opõe uma “cavalaria” burocrática, lenta e pesada, formada por muitos cavaleiros cegos e arrogantes, cada qual luzindo vistosos estandartes de diferentes cores e fazendo a guerra por sua conta.<sup>73</sup>

De mais a mais,

os meios tradicionais de investigação se mostram amiúde ineficazes na luta contra o crime organizado. Isso se deve a várias causas. Por um lado, à complexidade das organizações criminosas, com instâncias de direção

profissionalizada e, com frequência, assessorados por peritos em matérias técnicas, como a informática ou a economia. A organização costuma também dispor de meios materiais e técnicos – por exemplo meios de transmissão de comunicações – cada vez mais sofisticados para executar seu trabalho sem serem detectados. Mostram-se, outrossim, opacas e impermeáveis ao exterior, como consequência dos fortes códigos de hierarquia e disciplina pelos quais se regem seus membros. Tampouco é fácil contar com testemunhas. Grande parte dos delitos cometidos são os denominados “sem vítima”, como o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro, o crime ecológico ou a corrupção. Desse modo, muitos nem sequer chegam a ser denunciados: não há vítimas nem testemunhas.<sup>74</sup>

A despeito de tantos obstáculos, ao Poder Judiciário cabe, se não eliminar, pelo menos minimizar os efeitos nefastos que a prática da alta criminalidade acarreta para a sociedade civil e para a segurança do Estado.<sup>75</sup> Se este tipo de delinquência é *sui generis*, por todas as razões apontadas precedentemente, seu combate também deve sê-lo, como condição indispensável para obtenção de resultados positivos, tanto mais reclamados pela opinião pública quanto as dificuldades de investigação se acrescentam.

Apontam-se certas espécies de crimes como aqueles que mais reclamam métodos especiais de investigação: crimes sem vítima imediata; com sofisticação de organização; com redes e sustentáculos de proteção; com confusão entre atividades lícitas e ilícitas; o terrorismo; o tráfico de droga e a reciclagem de capitais; outros tráficos de grande dimensão, seja de armas ou pessoas, alguns crimes econômicos ou, por fim, a corrupção.<sup>76</sup>

Todos estes delitos pressupõem novas formas de investigação e de repressão, materializadas na excepcional suspensão de garantias constitucionais, como condição de aplicabilidade das normas próprias do chamado Direito Penal secundário. Este

apresenta-se, assim, como precário, conjuntural, instável, histórico e evolutivo. Axiológico-normativamente fundado na Constituição, como todo o Direito Penal clássico, o Direito Penal secundário encontra, todavia, o fundamento, não nos valores constitucionais vinculados aos direitos, liberdades e garantias, mas antes nos direitos sociais e na organização econômica vertidos no Texto Constitucional.<sup>77</sup>

Não é difícil concluir, à vista do exposto, que a implementação de medidas constitucionalmente restritivas fica a depender, no Estado de Direito, de um juízo de ponderação ou proporcionalidade, exercitável monopolisticamente pelo Poder Judiciário todas as vezes que a intangibilidade das liberdades e garantias individuais possa representar um elevado custo político-criminal para toda a sociedade. Nestes casos, a suspensão destes direitos pode constituir o único meio de prevenir a lesão de bens jurídicos da maior dignidade.

Entre nós o Poder Judiciário, em casos desta natureza, tem dito a que veio. Está sempre ao lado da polícia ou do Ministério Público, onde quer que a imposição de medidas urgentes e extremas – tais como prisões temporárias, quebra de sigilo fiscal ou bancário, escutas telefônicas etc. – exijam sua intervenção.

Tanto como nestes casos, no de repatriação de capitais seu papel também pode ser considerado positivo, embora, *de lege ferenda*, pudesse sê-lo mais, se houvesse maior colaboração das autoridades internacionais ou maior rigor na observação de tratados e convênios internacionais, para aquele fim. Contudo, a opacidade dos negócios e o anonimato decorrentes do sigilo bancário ainda constituem um grande obstáculo para a atuação do Judiciário neste sentido. Este problema, porém, não é só da Justiça brasileira, mas de todos os Estados que, buscando uma justa reparação de suas perdas, encontram na intransigência de países não-cooperantes um obstáculo intransponível não só para caracterizar a responsabilidade de funcionários e políticos corruptos, como também para efetivar a repatriação de valores dos quais se viram privados em virtude de crime, em sua grande maioria, praticados por seus agentes.<sup>78</sup>

De qualquer modo, o testemunho de casos de grande repercussão na imprensa (como os de Georgina, Nestor, Nicolau, propinoduto e *tutti quanti*) são bem a propósito para absolver o Judiciário brasileiro de qualquer possível imputação que se lhe possa fazer de negligência e até mesmo de má-fé, relativamente a remessas indevidas de recursos para o exterior.

## Conclusão

1. A forma empresarial com a qual é estruturado o crime organizado pede novas formas de persecução penal que as instituições estatais, constitucionalmente previstas para empreendê-las, não estão em condições, humanas e materiais, de realizá-las.

2. As características dos bens jurídicos ofendidos na espécie põem em evidência a necessidade da construção de tipos que permitam a antecipação da tutela penal, mediante a configuração legal dos crimes chamados de perigo abstrato.

3. O bem jurídico ordem econômico-social impõe uma interpretação do *caput* do art. 1º da Lei de Regência que considere a apreensão do sentido dos termos *ocultação* e *dissimulação* à luz do contexto semântico introduzido pela combinação dos critérios da *invisibilidade* e da *consolidação*, preconizados pela teoria da superproteção do bem jurídico ofendido com o crime antecedente.

4. A interpretação dada ao §1º do art. 22 da Lei 7.492/86, para alcançar os casos relativos ao câmbio sacado constitui uma forma legítima de construção ju-

risprudencial, tanto quanto a realizada pela jurisprudência relativamente aos casos de furto de energia elétrica.

5. A repatriação de capitais decorrente de prática de corrupção ou de lavagem de dinheiro constitui ato inafastável para cujo êxito será de rigor sempre a implementação de medidas excepcionais, exclusivamente a cargo do Judiciário, embora se saiba o propósito de não-cooperação dos paraísos fiscais a respeito delas.

---

#### Notas

<sup>1</sup> Informações extraídas do livro de Delorme, Roger. *Las mas sensacionales estafas de la história*. Ed. Sagitário, 1974.

<sup>2</sup> Viguera, Juan H. *Los paraísos fiscales*. Akal, 2005. p. 124.

<sup>3</sup> Viguera, Juan H. *op. cit.*, p. 126.

<sup>4</sup> As informações sobre o naufrágio do Prestige foram colhidas em Viguera, Juan H. *op. cit.*, p. 123 e ss.

<sup>5</sup> Sobre o tema consultar: Garcia de Paz, Isabel S. *La criminalidad organizada*. Dykinson, 2005.

<sup>6</sup> Montaigne, Michel de. *Os ensaios e punição da covardia*. Martins Fontes, p. 102 e ss.

<sup>7</sup> Sobre a pirataria em Roma, ver Plutarco. *A vida de Pompeu*. Também Dion Cássio, XXXVI, 22.

<sup>8</sup> Sobre o tema ver Radbruch, G. e Gwinner, E. *História de la criminalidad*. Bosch, p. 177 e ss., 1955.

<sup>9</sup> Por todos ver Villa-Urrutia, M. *Lucrécia Borja*. Liv. Beltrán, 1943.

<sup>10</sup> Tigre Maia, R. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Malheiros, Passim, 1996.

<sup>11</sup> Santo Agostinho exprimiu assim esse conceito: “Uma vez desaparecida a justiça, o que são os reinos senão grandes quadrilhas de bandidos? E o que são as quadrilhas de bandidos senão pequenos reinos?”. *A Cidade de Deus*, 4,4, Vozes, 1997. Sobre o perfil histórico do crime organizado cfr. Aleo, Salvatore. *Sistema penale e criminalità organizzata*. Giuffré Edit., 2005. p. 65 e ss.

<sup>12</sup> Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 23, p. 26, 1998.

<sup>13</sup> Davin, João. *A criminalidade organizada transnacional*. Almedina, 2004. P. 54.

<sup>14</sup> A contribuição de conceitos funcionalistas para a análise do crime organizado foi destacada por Aleo, Salvatore. *op. cit.*, p. 15 e ss.

<sup>15</sup> Sobre a Revolução Copernicana no Direito confira Broekman, Jan. *Derecho y Antropologia*. Civitas, 1993. p. 258 e ss.

<sup>16</sup> O caráter relacional do crime organizado é enfatizado por Albrecht, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. U.E.C., 2001, p. 41 e ss.

<sup>17</sup> Jakobs, Günther. *Derecho penal*. Civitas, 1995. P. 59 e ss.

<sup>18</sup> Fernandes, Paulo S. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal*. Almedina, 2001. P. 77. Também: Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoria de la imputación en Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch, p. 67 e ss.

<sup>19</sup> Roxin, Claus. *Problemas basicos del derecho penal*. Civitas, 1976. P. 11 e ss.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, pp. 84-85.

- <sup>21</sup> *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. U.E.C., 2003. P. 123.
- <sup>22</sup> André L. Callegari, *op.cit.*, p. 74.
- <sup>23</sup> *Lavagem de dinheiro*. Malheiros, 1999. P. 65.
- <sup>24</sup> Tigre Maia, R. *Op. cit.*, p. 61-62.
- <sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 32-33.
- <sup>26</sup> Art. 170 da CF/88.
- <sup>27</sup> Art. 192 da CF/88.
- <sup>28</sup> Art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.613/98.
- <sup>29</sup> Referenciado por Sánchez, Carlos A. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons, 2000. P. 87.
- <sup>30</sup> *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tirant Lo Blanch, 1997. P. 79-80.
- <sup>31</sup> *Do crime de “branqueamento” de capitais*. Almedina, 2001. P. 138-139.
- <sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 87-88.
- <sup>33</sup> André L. Callegari, *op. cit.*, p. 78.
- <sup>34</sup> *Lavagem de dinheiro. Revista dos Tribunais*, 2003. P. 37.
- <sup>35</sup> Tigre Maia, R. *Op. cit.*, p. 39.
- <sup>36</sup> Tigre Maia, R. *Op. cit.*, p. 39.
- <sup>37</sup> Tigre Maia, R. *Op. cit.*, p. 39.
- <sup>38</sup> Tigre Maia, R. *Op. cit.*, p. 39.
- <sup>39</sup> Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.*, p. 37.
- <sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 41-42.
- <sup>41</sup> *El delito de blanqueo de capitais*. Colex, 1998. P. 412.
- <sup>42</sup> A outra conclusão não se pode chegar, principalmente à vista das razões expostas por Gómez Iniesta, segundo as quais tal conduta ofende “interesses vinculados diretamente aos fundamentos do sistema econômico, enquanto que a Constituição condiciona a liberdade de mercado ao cumprimento de uma função social e às exigências da economia geral e, ainda, porque está em jogo a consecução de uma ordem “socialmente justa” proclamada na mesma (princípio de igualdade, atonicidade, perfeita transparência, livre circulação de capitais etc.), com a qual, e dada a categoria do bem jurídico dentro do ordenamento constitucional, fica patente o conteúdo de injusto e, portanto, o merecimento de pena quando de sua lesão ou exposição ao perigo. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Cedecs, 1996. P. 43.
- <sup>43</sup> Viguera, Juan H. *Op. cit.*, p. 69.
- <sup>44</sup> Martínez Selva, José Maria. *Los paraísos fiscales*. Dijusa, 2005, p. 62.
- <sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 63.
- <sup>46</sup> Na verdade, sempre existiu e existirá gente disposta a ouvir este tipo de conselho. É o caso, por exemplo, de “Meyer Lansky, braço direito de Lucky Luciano, que em 1932 teve também a idéia de possuir recursos em bancos suíços. Enviava dinheiro dos Estados Unidos para ser depositado em contas numeradas. O repatriamento do capital operou-se por meio de empréstimos fictícios e de investimentos diretos, efetuados por sociedades também elas fictícias. Graças a estes fundos reciclados, Meyer Lansky

e Bugsy Siegel puderam fundar Las Vegas, após terem servido o ditador cubano Fulgêncio Batista e reinado sobre os cassinos da ilha”. Herail, Jean-Louis e Ramael, Patrick. *Blanchiment d'argent et crime organisé*. Puf, 1996. P. 37-38.

<sup>47</sup> “... Ainda que seja legítimo garantir o sigilo nos negócios e certo que este aspecto tem sido aproveitado por indivíduos e entidades para realização de operações e aplicações de fundos de origem criminosa ou ilegítima. A lavagem do dinheiro da droga, o financiamento de operações ilícitas (*insider trading*), a estruturação de empresas e entidades que prosseguem objetivos ilegítimos (ver o caso do BCCI) tem sido conduzida através de paraísos fiscais, conhecidos pelo seu grau de confidencialidade”. Braz da Silva, José Manuel. *Os paraísos fiscais*. Almedina, 2004. P. 35.

<sup>48</sup> “Com a combinação de instrumentos capazes de ocultar a origem dos bens e a não-cooperação internacional em matéria de investigação fiscal e criminal, os paraísos fiscais representam um verdadeiro ‘Triângulo das Bermudas’, que serve para ocultar fortunas e impedir o rastreamento do dinheiro de origem criminosa”. Viguera, Juan H. *Op. cit.*, p. 213.

<sup>49</sup> “De maneira geral, é evidente que os critérios determinantes para a escolha de um paraíso fiscal são aqueles da segurança e do anonimato”. Herail, Jean-Louis e Ramael, Patrick, *op. cit.*, p. 48.

<sup>50</sup> Sobre a desregulamentação do sistema financeiro, ver, por todos, Viguera, Juan H. *Op. cit.*, p. 63 e ss.

<sup>51</sup> Um estudo minucioso sobre o sigilo bancário pode ser encontrado em Saldanha Sanches, J.L. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Coimbra Editora, 2004. P. 57 e ss.

<sup>52</sup> Viguera, Juan H. *Op. cit.*, p. 116. “Quanto à instituição do sigilo bancário, é preciso reconhecer que ela constitui um obstáculo para a manifestação da verdade judicial e, por esta razão, merece um exame muito particular”. Kasper-Ansermet, Laurent. *El secreto bancario*. Temis, 1997. P. 139.

<sup>53</sup> Conf. Viguera, Juan H. *Op. cit.*, p. 96 e ss., onde se expõem as características e objetivos da instituição.

<sup>54</sup> As IBC's constituem objeto de percuciente análise de Viguera, Juan H. *Op. cit.*, p. 179 e ss.; Dominguez, Fernando R. *El blanqueo de dinero*, p. 165-166.

<sup>55</sup> Sobre o *trust* existe uma abundante literatura. Indicamos aqui alguns autores que estudaram a instituição naquilo que elas podem favorecer a reciclagem de bens. Martinez Selva. *Op. cit.*, p. 188 e ss.; Dominguez, Fernando R. *Op. cit.*, p. 166 e ss.; Viguera, Juan. *Op. cit.*, p. 179 e Braz da Silva. *Op. cit.*, passim.

<sup>56</sup> Lampe, Ernst-Joachim. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero. *Estudios penales y criminológicos*, XX, p. 120-121, 1997.

<sup>57</sup> Gonzalez de Murillo. *Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo*. La Ley, 1998; LEIP, C. *Der strafatbestand der geldwäsche*. Arno Spitz, 1995; Palma Herrera. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid, 1995.

<sup>58</sup> Das tatobjekt der geldwäsche: wann rührt ein gegenstand aus einer der im katalog des § 261 I Nr. 1-3 stgb bezeichneten strafataten her?, NStZ, p. 161 e ss.

<sup>59</sup> Cordero, Isadoro B. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, 1997. P. 265 e ss.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 109.

<sup>61</sup> *Op. cit.*, p. 209.

<sup>62</sup> O leitor que se interesse pelo tema pode consultar os trabalhos em Ayer, J.A. (compilador). *El positivismo lógico*. Fondo de Cultura Económica, 1965.

- <sup>63</sup> “Quando o objeto não está suficientemente definido, os meios serão necessariamente ambíguos. Pelo contrário, a nitidez do objeto leva à nitidez dos meios e, com isso, geralmente, à eficiência normativa e à segurança jurídica”. Cervini, Raul. *Criminalidad organizada y lavado de dinero*, in *Criminalidade moderna e reformas penais*, Liv. do Advogado Edit., 2001. P. 78.
- <sup>64</sup> Tórtima, J.C. e Tórtima, Fernanda L. *Evasão de divisas*. Lumen Juris, 2006. P. 8.
- <sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 38.
- <sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 39-40.
- <sup>67</sup> G. Fiandaca adverte que a admissão destes bens jurídicos, com a conseqüente acentuação da função promocional do Direito Penal, pode provocar o perigo de transformá-lo de um instrumento jurídico de tutela em um instrumento de governo, e, enquanto tal, não imune à instrumentalização política – *II Bene Giurídico Come Problema Teorico e Come di Politica Criminale*, p. 164.
- <sup>68</sup> “Não nos deixa de provocar receio todo novo intento por se consagrar uma disciplina jurídica original, substantiva e autônoma, dentro do afã generalizado em nosso tempo, não isento de desordem e confusão, por multiplicar os ramos do Direito. Tal fenômeno atraiu nossa atenção e escrevemos sobre ele que esta desordem e confusão, que vai tomando proporções realmente alarmantes, deve-se, em grande parte, ao abandono que a Filosofia do Direito deixou esta questão.” Manuel de Rivacoba y Rivacoba. *Los llamados delitos socio-economicos en los codigos penales....*, p. 77.
- <sup>69</sup> *A criminalidade econômica e a forma de combatê-la*. p. 173.
- <sup>70</sup> *Los delitos de peligro*. P. 6 e 154 e ss.
- <sup>71</sup> *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. P. 76-77.
- <sup>72</sup> Fernández, Carlo C. *Corrupción, globalización y delincuencia organizada*. Ratio Legis, 2004, p. 216.
- <sup>73</sup> Solana, Esteban A. *Prevención y represión del blanqueo de capitales*. C.G.PJ., 2001. P. 89.
- <sup>74</sup> Garcia de Paz, Isabel S. *Op. cit.*, p. 218-219.
- <sup>75</sup> Barton afirma que a tipificação do delito de lavagem também protege a segurança interior, mas não entendida como “segurança a qualquer preço”, mas como “paz jurídica”. *Op. cit.*, p. 160.
- <sup>76</sup> Gaspar, António H. *Medidas de combate à criminalidade organizada*. Coimbra Edit., 2004, p. 44.
- <sup>77</sup> Monte, Mário F. *Medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira*. Coimbra Edit., 2004. p. 80.
- <sup>78</sup> “O soberano de Liechtenstein, Hans-Adams II afirmou recentemente que preferiria abandonar o Espaço Econômico Europeu do que renunciar ao sigilo bancário”. Viguera, Juan H. *Op. cit.*, p. 194.

#### Referências Bibliográficas

- ALBRECHT, HANS-JÖRG. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. U.E.C., Bogotá, 2004.
- ALEO, Salvatore. *Sistema penale e criminalità organizzata*. Giuffrè Editore, Milão, 2005.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civil correlatas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

- BARTON, Stephan. *Das tatobjekt der geldwäsche: Wann rührt ein gegenstand aus einer der im katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten strafaten her?* En NStZ, 1993.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BOTTKE, Wilfried. *Teoleologie und effektivität der Normen gegen Geldwäsche*. Müller Verlag, Heidelberg, 1992.
- BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*. Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- BRAZ DA SILVA, José Manuel. *Os paraísos fiscais*. Almedina, Coimbra, 2004.
- CALLEGARI, André Luis. *El delito de blanqueo en España y Brasil*. U.E.C., Bogotá, 2003.
- CERVINI, Raul. Criminalidad organizada y lavado de dinero, in *Criminalidade moderna e reformas penais*. Liv. do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.
- CHAMBOST, Edouard. *La trampa suiza*. Espasa Calpe, Madrid, 1985.
- DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional*. Almedina, Coimbra, 2004.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DELORME, Roger. *Las más sensacionales estafas de la historia*. Sagitario, Barcelona, 1974.
- DION CASSIO, Escritos.
- FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex, Madrid, 1998.
- FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de "branqueamento de capitais"*. Almedina, Coimbra, 2001.
- FERNANDES, Paulo S. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERNANDEZ, Carlos C. Corrupción, globalización y delincuencia organizada, in *La corrupción en un mundo globalizado: analisis interdisciplinar*. Ratio Legis, Salamanca, 2004.
- GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez. *La criminalidad organizada*. Dykinson, Madrid, 2005.
- CARRIÓ, GENARO. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.
- GOMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. CEPECS, Barcelona, 1996.
- HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, São Paulo, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HÉRAIL, Jean-Louis e RAMAEL, Patrick. *Blanchiment d'argent et crime organisé*. PUF, Paris, 1996.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal, parte general*. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KASPER-ANSERNET, Laurent. *Narcotráfico, política y corrupción*. Temis, Bogotá, 1997.
- LAMPE, Ernst-Joachim. *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero*. Estudios Penales y Criminológicos, xx, Santiago de Compostela, 1997.
- LESSARD, Donald R. e WILLIAMSON, John. *Fuga de capitais*. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989.
- MARTINEZ SELVA, José Maria. *Los paraísos fiscales*. DIJUSA, Madrid, 2005.
- MONTAIGNE, Michel de. *Os Ensaios*. Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- MONTE, Mário Ferreira. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- PITOMBO, Antônio Sergio de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- RADBRUCH, Gustav e GWINNER, Heinrich. *Historia de la criminalidad*. Bosch, Barcelona, 1955.
- ROXIN, Claus. *Problemas basicos del Derecho Penal*. Civitas, Madri, 1976.
- SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus contra os pagãos*. Vozes, São Paulo, 1989.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *Libertad económica o fraudes punibles?* Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SOLANA, Esteban A. *Prevención y represión del blanqueo de capitales*. Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2000.
- TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro*. Malheiros, São Paulo, 2004.
- TÓRTIMA, José Carlos e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas*. Lumen Juris Edit., Rio de Janeiro, 2006.
- VIGUERAS, Juan Hernandez. *Los paraísos fiscales*. Madrid: Akal, 2005.
- VILLA-URRUITA, Marqués de. *Lucrecia Borgia*. Madrid: Beltran, 1943.

## Os Livros dos Juízes

*Giovanni Paolo II – le vie della giustizia* contém estudos de 405 juristas de todas as partes do mundo (e não apenas católicos, porque, entre eles, também judeus, muçulmanos e de outras confissões religiosas), em reconhecimento da obra do Papa João Paulo II em prol dos direitos humanos, da justiça e da paz.



Do Brasil participaram cinco juristas: o Professor Miguel Reale, o Professor Ives Gandra da Silva Martins e os professores e magistrados, Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello (STF, UnB e UniCeub) e o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias de Souza (TRF-1ª Região, UnB e UniCeub), além do Juiz Federal Orlando Cavalcanti Neves.

O livro foi coordenado pelos Professores Aldo Loiodice, da Universidade de Bari e Massimo Vari, da Libera Università Maria Santíssima Assunta (LUMSA) e vice-presidente emérito da Corte Constitucional Italiana. Bardi Editore e Libreria Editrice Vaticana, 1.174 p.

A obra compara o sistema tributário brasileiro com o de outros países, em especial Alemanha e Espanha, e propõe a implantação de um novo sistema, no qual se adote o Imposto sobre Movimentação Financeira – IMF. O autor considera que esse imposto pode ser a grande solução para resolver o problema de caixa da economia nacional, pela simplicidade de sua cobrança e pela dificuldade de ser sonegado.

Nas palavras do Ministro do STJ José Augusto Delgado, essa obra reflete uma “compreensão vertical das bases fundamentais do nosso Direito Constitucional Tributário, com reflexões críticas sobre a sua utilidade como meio para formar receitas que suprirão as necessidades financeiras do Estado”. CJF/Centro de Estudos Judiciários, 1998, v. 6, 57 p.



## Repositórios Oficiais

Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais

Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários

Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo

Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio

Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB

Editora Forense: Revista Forense

Editora LTR: Revista de Previdência Social–RPS

Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/97.

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

## Normas de Envio

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 do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

- As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, 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 seus 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 na versão do 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 final e não no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância, também, 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, ligar nos telefones: 314-5377, 314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br.

# Composição TRF-1ª Região

## Plenário

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *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 *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

## Corte Especial

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

### 1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Desembargador Federal Amilcar Machado

Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

### 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 Gomes Moreira  
Desembargador Federal Antônio Souza Prudente  
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida  
Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus  
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz 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 Barros Amorim de Sousa

### **1ª Turma**

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

### **2ª Turma**

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

---

### **3ª Turma**

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

### **4ª Turma**

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

### **5ª Turma**

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

### **6ª Turma**

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

### **7ª Turma**

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

### **8ª Turma**

Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa – 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 João Batista Gomes Moreira

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente  
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida  
Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus  
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

### **Comissão de Jurisprudência**

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente  
Desembargador Federal José Amilcar Machado – Efetivo  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo  
Desembargador Federal João Batista Moreira – Suplente

### **Comissão de Regimento**

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente  
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo  
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo  
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

### **Comissão de Acervo Jurídico**

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

### **Comissão de Promoção**

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente  
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva  
Desembargador Federal Olindo Menezes  
Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes  
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida  
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues  
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

---

## **Revista do Tribunal**

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor

### **Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – Esmaf**

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – 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

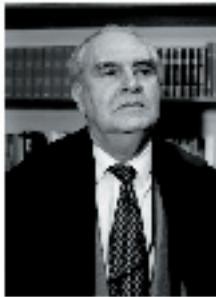
Seção Judiciária do Estado do Piauí

Seção Judiciária do Estado de Rondônia

Seção Judiciária do Estado de Roraima

Seção Judiciária do Estado de Tocantins

# Galeria de Diretores



Desembargador Federal  
Adhemar Maciel  
Outubro/89 – Dezembro/91



Desembargador Federal  
Catão Alves  
Novembro/92 – Outubro/93



Desembargador Federal  
Leite Soares  
Novembro/93 – Junho/94



Desembargador Federal  
Tourinho Neto  
Julho/94 – Abril/97



Desembargador Federal  
Osmar Tognolo  
de Maio/97 – Maio/99



Desembargador Federal  
Aloísio Palmeira Lima  
Maio/99 – Maio/2001



Desembargador Federal  
Jirair Aram Meguerian  
Junho/2001 – Maio/2003



Desembargador Federal  
Olindo Menezes  
Junho/2003 a Julho/2005



Desembargador Federal Carlos  
Fernando Mathias  
A partir de Agosto/2005

# Ficha Técnica

## REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – PRIMEIRA REGIÃO

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor

Secretaria Judiciária – Secju

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – Cojud

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv

### Coordenação

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa

### Supervisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

### Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Maria Benáurea Santos

### Entrevista

Martha Hormann

### Editoração Eletrônica

Fábia Cristina de Barros

Luciana Fernandes Menezes

Maria Carolina de Souza Ribeiro

### Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

### Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviços

Zilda Maria Regina Dutra

### Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia

### Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos/Secad

### Confecção de fotolitos

Color Press Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal 1ª Região

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv/Cojud

Praça dos Tribunais Superiores, Bloco “A” – Ed. Sede – Sala 13 – Térreo

70095-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3314-5377 e 3314-5451 – Fax (61) 3226-6538

E-mail: revista@trf1.gov.br

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

A revisão textual abarca as seções Entrevista, Artigos Doutrinários, Tópicos Jurídicos, Breviário e os Livros dos Juízes. Quanto às demais (Acórdãos e Decisões Monocráticas), em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, nas quais esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização.

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

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

v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal –  
Jurisprudência

– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

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