

# Sumário

## Entrevista

### **Breve Encontro com o Ministro Peçanha Martins**

Ministro Peçanha Martins

## Tópicos Jurídicos

### **Reflexões sobre a Nova Tutela Relativa às Obrigações de Entregar Coisa Certa ou Incerta**

Dr. Marcelo José Magalhães Bonício

### **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial**

Dra. Maria de Fátima A. da Silva

### **O Controle Externo do Ministério Público**

Dr. Hugo Nigro Mazzilli

## Acórdãos – Inteiros Teores

### **Corte Especial – Conflito negativo de competência. Fundef. Restituição de valores**

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

CC 2005.01.00.033090-0/BA

### **1ª Seção – Conflito de competência. Juiz de Direito e Juizado Especial Federal Cível**

Rel.: Juiz Manoel José Ferreira Nunes (convocado)

CC 2005.01.00.073367-0/TO

### **2ª Seção – Assinantes de linhas telefônicas. Fornecimento de dados cadastrais**

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Tourinho Neto

MS 2002.01.00.030079-4/AP

### **3ª Seção – FGTS. Divergência. Honorários advocatícios**

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

EIAC 2001.34.00.028356-8/DF

### **4ª Seção – Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Devedor domiciliado em comarca**

**que não é sede de vara federal**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso  
CC 2006.01.00.002964-9/MG

**1ª Turma – Benefício. Pagamento por meio de conta conjunta. Impossibilidade**

Rel.: Juiz Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocado)  
AMS 1999.01.00.023516-5/DF

**2ª Turma – Militar licenciado a bem da disciplina. Reabilitação. Efeitos**

Rel.: Des. Federal Neuza Alves  
AMS 2000.38.00.046385-7/MG

**3ª Turma – Tráfico internacional de entorpecentes. Organização criminosa. Confissão espontânea. Colaboração premiada**

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes  
ACr 2002.37.00.001036-2/MA

**4ª Turma – Desapropriação por utilidade pública. Laudo pericial. Justa indenização**

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz  
AC 2001.43.00.001097-6/TO

**5ª Turma – Concurso público. AFTN. Gestante. Curso de formação. Abono de faltas**

Rel.: Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado)  
AMS 2000.01.00.061514-0/DF

**6ª Turma – Ação civil pública. Contratos de honorários advocatícios. Suspeita de cobrança excessiva**

Rel.: Juiz Leão Aparecido Alves (convocado)  
Ag 2005.01.00.004231-5/MA

**7ª Turma – Provimento judicial que extingue execução a uma das CDA's de origem normativa diversa das demais. Natureza jurídica**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral  
AgTAg 2005.01.00.061261-5/BA

**8ª Turma – Teoria da encampação. Repasse de verbas relativas ao FPM**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso  
AMS 2001.40.00.004148-4/PI

---

## 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))**

Ação de cancelamento de protesto. Endosso-mandato.

Ação de consignação em pagamento. Débitos previdenciários.

Aposentadoria. Rurícola. Perícia.

Concurso público. Curso de formação profissional.

Execução fiscal. Débitos previdenciários. Responsabilidade.

Remuneração. Guias de importação. Prescrição.

Porte ilegal de munição. Regime prisional. Progressão.

## JEF's em Revista

**Turma Recursal/PA – Servidor público. Revisão da remuneração. Indenização**

Rel.: Juiz Rubens Rollo D'Oliveira

Pr 2005.39.00.708922-7/PA

**Benefício em manutenção. Conversão em URV**

Rel.: Juiz Anselmo Gonçalves da Silva

Pr 2005.39.00.706768-4/PA

**Correção. Salário-de-contribuição. IRSM**

Rel.: Juiz Anselmo Gonçalves da Silva (convocado)

Pr 2005.39.00.706791-7/PA

**Turma Recursal/DF – Financiamento. Imóvel. Liberação da hipoteca**

Rel.: Juiz Itagiba Catta Preta Neto

Rec 2005.34.00.700430-9/DF

**Aposentadoria por invalidez. Período de graça. Termo inicial**

Rel.: Juiz Itagiba Catta Preta Neto

Rec 2005.34.00.754986-2/DF

## Monografia

A Repressão à Lavagem de Dinheiro e as Garantias Constitucionais: Tendências Atuais

Felipe Bernardes Rodrigues

---

Os Livros dos Juízes

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

## Entrevista



### Breve Encontro com o Ministro Peçanha Martins\*

Neste mês, o entrevistado da Revista é o novo Vice-Presidente do egrégio STJ, Ministro Peçanha Martins, que tece alguns comentários sobre questões bastante atuais no âmbito daquele Tribunal.

**Revista:** Como foi a experiência de V. Exa. na Diretoria da Revista do STJ, no último biênio?

**Peçanha Martins:** Exerci a Diretoria da Revista do STJ por pouco mais de um mês, dando continuidade ao planejamento editorial e à implantação do Projeto de Conversão e Validação de Documentos Eletrônicos. Fizemos publicar a “Oração aos Moços” e formulamos convites aos membros dos tribunais para o lançamento futuro de revista jurídica doutrinária.

---

\*Ministro Vice-Presidente do STJ.

---

**Revista:** Como V. Exa. vê a uniformização de jurisprudência no STJ?

**Peçanha Martins:** Promove-se intenso e meritório esforço na Revista para promover a versão digitalizada dos julgados do STJ desde a criação, dando prosseguimento à uniformização da jurisprudência. O trabalho está sendo executado com esmero, e creio, teremos, em breve, a memória da jurisprudência em versão digitalizada mais acessível a todos os juristas brasileiros.

**Revista:** V. Exa. deu grande apoio ao Programa de Qualidade de Vida do STJ nos últimos tempos. Na sua visão, como influem na vida profissional do servidor essas medidas?

**Peçanha Martins:** O Pró-Ser é um exemplo de auto-gestão. Promove a completa assistência médica, hospitalar e odontológica a cerca de 12.000 associados e seus dependentes, pagando aos profissionais da saúde a melhor remuneração entre todos os planos de saúde existentes no País rigorosamente no prazo acordado, mantém convênios com todos os hospitais de Brasília e assegura todos os serviços aos associados em todo o País mediante contrato firmado com a Gama.

A eficácia do Pró-Ser é uma garantia dos funcionários do STJ e do Conselho da Justiça Federal e seus dependentes, motivando-os a permanecerem, despreocupados, no desempenho das suas funções.

Do ponto de vista econômico-financeiro, o Pró-Ser dispõe de significativas reservas aplicadas no Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, permitindo ao Conselho Diretor tranqüilidade para assegurar a continuidade do exitoso plano, que utiliza a verba pública orçamentária, a contribuição dos associados descontada em igual percentagem de todos, e a retribuição de parte das despesas realizadas a favor do beneficiado, descontada posteriormente dos seus vencimentos, dentro do limite legal permitido.

É um plano lastreado na igualdade e fraternidade e permite a todos os associados desfrutar de tranqüilidade quanto à preservação da saúde.

**Revista:** Que desafios têm pela frente o Vice-Presidente do STJ?

**Peçanha Martins:** Como Vice-Presidente cabe-me prestar colaboração ao Presidente na gestão do STJ, substituindo-o nos impedimentos, promovendo o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários e a distribuição, e julgando na Corte Especial.

**Revista:** No último dia 5 de junho, o egrégio STJ teve de se pronunciar a respeito da transmissão televisiva, ao vivo, de um julgamento penal (caso Rishthofer). Como V. Exa. vê a possibilidade de uma transmissão dessa natureza?

**Peçanha Martins:** O julgamento televisado influenciaria, indiscutivelmente, os profissionais do Direito e os jurados, exacerbando as vaidades e expondo a intimidade do réu,

do promotor, do juiz, dos advogados e jurados.

Lembro que, no Brasil, todos os julgamentos são públicos, realizados com portas abertas a quem queira assisti-los, o que não acontece em países democráticos de invejável cultura jurídica.

**Revista:** Na qualidade de admirador do Senador Josaphat Marinho, V. Exa. poderia traçar um perfil dele, ainda que em apertada síntese?

**Peçanha Martins:** É difícil traçar o perfil de Josaphat Marinho “em apertada síntese”. Fi-lo, recentemente, e de modo parcial, sob o pálio da ética. O mestre foi um cidadão exemplar. Bom marido, pai e amigo, prestou relevantes serviços na advocacia, na cátedra e na política. Culto, íntegro, honesto, desde cedo vocacionado ao serviço público, foi um dedicado professor de Direito e um político com ampla visão dos problemas nacionais, cuja atuação livre e corajosa na defesa dos ideais democráticos mereceu o aplauso e o respeito de todos os brasileiros, inclusive dos adversários. O seu exemplo merece ser seguido.

## Tópicos Jurídicos

### Reflexões sobre a Nova Tutela Relativa às Obrigações de Entregar Coisa Certa ou Incerta<sup>1</sup>

Marcelo José Magalhães Bonício\*

#### 1. Introdução

A tutela jurisdicional prestada aos credores de obrigação de entregar coisa certa, ou coisa incerta, nunca mereceu grande atenção no sistema processual brasileiro. Tanto é assim que, até a entrada em vigor da Lei 8.953/94, o Código de Processo Civil (CPC), no art. 621, determinava que apenas o título executivo judicial poderia dar início à execução das obrigações de entregar, embora a jurisprudência admitisse, timidamente, que também por meio de um título executivo extrajudicial fosse possível iniciar esse tipo de execução<sup>2</sup>.

Com a redação dada ao art. 621 do CPC pela Lei 8.953/94, ficou ainda mais fácil para a jurisprudência passar a considerar que também o credor munido de título executivo extrajudicial pudesse iniciar imediatamente a execução, mas tanto

---

\*Procurador do Estado em São Paulo.

esse credor quanto aquele que obteve um título executivo judicial continuavam, de certa maneira, desamparados pelo sistema.

Esse desamparo ocorria da seguinte forma: se o devedor, mesmo citado, não cumprisse a obrigação, seria expedido um mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, nos termos do disposto no art. 625 do CPC, e, se mesmo assim não fosse possível a obtenção da coisa, cabia ao credor apenas a reparação em dinheiro, pelo equivalente, mais perdas e danos, conforme dispõe o art. 627 do mesmo diploma legal, exceto, obviamente, no caso de bens imóveis, pois o proprietário não perdia sua propriedade pelo simples fato de o possuidor se recusar a sair do imóvel.

O sistema era, então, bastante favorável ao devedor que, se quisesse ficar com a coisa, ignorando a obrigação assumida, poderia se limitar a indenizar os prejuízos causados, frustrando totalmente a expectativa do credor. A reforma ocorrida no CPC, em maio de 2002, promovida pela Lei 10.444/02, mudou radicalmente esse cenário.

Em primeiro lugar, deu nova e esclarecedora redação ao disposto no art. 621 do CPC, que passou a disciplinar apenas as execuções amparadas em título executivo extrajudicial. Depois, introduziu as regras constantes no art. 461-A, as quais passaram a cuidar das ações de conhecimento em que o autor pede a condenação do réu a entregar uma determinada coisa. Nessa nova configuração, a ação em que o autor pleiteia a entrega de determinada coisa foi transformada numa *ação executiva lato sensu*<sup>3</sup>, ou seja, uma ação em que a instauração de um processo de execução se afigura totalmente desnecessária, como ocorre com a ação de despejo, com as possessórias ou com o mandado de segurança. Nesses casos não se fala em processo de execução, pois a satisfação da obrigação terá lugar na mesma relação jurídica instaurada inicialmente, isto é, no mesmo processo de conhecimento.

Não é só, porém; as obrigações de dar coisa certa agora são tratadas pelo sistema processual da mesma forma que as obrigações de fazer ou de não fazer, ou, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, agora estão inseridas no *estatuto da execução específica*, mas, como adverte o ilustre doutrinador, “somente no que há de útil e racional”<sup>4</sup> nesse estatuto.

A possibilidade de antecipação de tutela exerce um papel importantíssimo nesse quadro não só para confirmar a desnecessidade de se instaurar um processo de execução mas também e, principalmente, para conferir efetividade às decisões judiciais, atribuindo, rapidamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito, conforme ensinou Chiovenda<sup>5</sup>, em clássica lição.

Todas essas alterações e as implicações decorrentes serão tratadas pormenorizadamente nos tópicos seguintes.

## **2. Características da tutela jurisdicional específica**

Tutela, em termos genéricos, é o amparo que se presta a alguém e, quando prestada em juízo, chama-se tutela jurisdicional. Em certa medida, é passível de crítica o costume de se falar em tutela de direitos, melhor seria falar em tutela de pessoas<sup>6</sup>.

O termo “tutela específica”, no atual estágio da ciência processual, não significa apenas uma particularidade da tutela prestada, tampouco uma situação especial, mas, sim, um novo complexo de mecanismos legais que devem ser guiados por uma mentalidade igualmente nova, diferente daquela que costumamos observar no sistema processual clássico. Quando esses mecanismos são, de fato, dirigidos por uma mentalidade moderna, conseguem fornecer ao tutelado exatamente aquilo que ele busca, otimizando, assim, a prestação do serviço jurisdicional<sup>7</sup>.

Superando o longo período de influência que o disposto no art. 1.142 do Código Civil (CC) francês exerceu, segundo o qual a vontade humana seria intangível, isto é, toda obrigação de fazer ou de não fazer, se descumprida, poderia apenas gerar direito a uma indenização, o sistema brasileiro passou a dar mais atenção às situações em que o credor é mais bem tutelado, obtendo aquilo que ele deseja, aquele bem móvel ou imóvel ou aquela conduta, positiva ou negativa, acreditando, com razão, que a tutela específica é melhor do que as outras<sup>8</sup>.

Os sistemas legais, porém, por si sós, não bastam para oferecer um resultado eficaz. Antes de tudo, talvez até mesmo na ausência de regras, é preciso que aqueles os quais lidam com os mecanismos da Justiça estejam conscientes dos papéis que assumiram e da necessidade de oferecer uma tutela justa a quem dela precisa, sem apego a velhos dogmas.

Provavelmente o mais difícil problema a ser superado, no caso da tutela específica, é o do distanciamento que o juiz mantém das pretensões (do autor e do réu) postas em discussão, em nome da imparcialidade a qual o sistema lhe impõe. O distanciamento, em si, não é um problema. A dificuldade está no exagero com que ele é utilizado.

Enrico Tullio Liebman<sup>9</sup> ensina que o princípio dispositivo é uma das garantias de imparcialidade do juiz, pois deixa a cargo dos interessados toda a produção probatória, enquanto no sistema inquisitório, em que o juiz tem mais poder na produção das provas, o risco de comprometimento da imparcialidade é muito

maior. A imparcialidade, porém, ainda segundo Liebman<sup>10</sup>, concordando com a opinião de Mauro Cappelletti, não está relacionada com o modo de exercer a função jurisdicional, ou, melhor explicando, a imparcialidade diz respeito à ação e ao direito afirmado pela parte, não, porém, ao *processo* e à justiça da decisão.

Essa é uma análise bastante interessante do problema. No que diz respeito ao processo, o juiz não é nem precisa ser imparcial, assim, ele está livre para exercer a sua função sem se preocupar em ser imparcial. Quanto à justiça da decisão, não é preciso lembrar que o juiz não pode ser imparcial no momento de proferir a sentença, pois nesse momento ele mesmo já se convenceu de que alguma das partes tem razão e será legitimamente parcial em seu julgamento.

A exigência de imparcialidade, portanto, que é o argumento normalmente usado para justificar o excessivo distanciamento do juiz, não pode tornar tímida a atuação dele, principalmente quando o autor pleiteia uma tutela específica. A necessidade de que o réu pratique uma determinada conduta ou entregue um determinado bem exige do juiz muito mais do que a simples concessão de uma liminar, em tutela antecipada ou em alguma medida cautelar. Ele deverá estar atento para determinar a remoção de pessoas ou coisas que porventura impeçam o cumprimento da ordem (art. 461, § 6º) ou então para impor multa diária que seja adequada para compelir o réu a cumprir a obrigação (art. 461, § 4º), dentre outras possibilidades que a lei lhe faculta.

### **3. As ações para entrega de coisa certa**

#### **3.1. Ação de execução por título executivo extrajudicial**

A primeira delas, e talvez a mais comum, é a ação daquele que possui título executivo extrajudicial e que poderá se valer das novas regras inseridas no art. 621 do CPC.

O devedor terá 10 dias para opor embargos, após a citação, desde que apresente a coisa a qual deve ser entregue e a deixe em depósito, como garantia do juízo, como exige o disposto no art. 737, II, do CPC, mas, como se sabe, nesse tipo de execução, a possibilidade de embargos é muito restrita. Não há valores a serem discutidos e, assim, a hipótese de embargos fica mesmo restrita ao disposto no art. 744 do CPC, segundo o qual “na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias”.

Fiel ao espírito das reformas, o legislador deixou claro que somente na execução por título executivo extrajudicial, para entrega de coisa, será possível a apresentação de embargos, isso porque, nas ações de conhecimento que tenham o

mesmo objetivo, simplesmente não há processo de execução, logo não há campo para embargos, muito menos os de retenção por benfeitorias.

No parágrafo único do art. 621, o legislador possibilitou ao juiz que, mesmo no caso de execução por título extrajudicial, fixe multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação. O valor da multa, ainda segundo a lei, poderá ser aumentado ou diminuído, caso se revele insuficiente ou excessivo.

Esse foi, sem dúvida, um grande avanço no sentido da efetividade da tutela jurisdicional, mas o legislador não concedeu ao juiz nenhum outro poder nesse caso, preferindo deixar a tutela daquele que possui um título extrajudicial mais tímida do que a tutela oferecida nas hipóteses em que o credor não possui um título executivo judicial.

Assim, por exemplo, no caso de execução por título extrajudicial, o juiz pode aplicar multa, mas não pode ordenar a remoção de pessoas ou coisas na forma prevista no § 5º do art. 461.

Em certa medida, é justo pensar que a tutela jurisdicional, no caso da ação de conhecimento em que o autor pede a condenação do réu a entregar coisa certa, é *melhor* do que a tutela daquele que possui título executivo extrajudicial, assim como, sem sombra de dúvida, é melhor a tutela prestada ao autor, na ação em que ele pede a condenação do réu a fazer uma determinada coisa, do que a tutela prestada ao credor de uma obrigação de fazer que possui título executivo extrajudicial. Nesse caso, caberá ao credor resignar-se com a conversão em pecúnia, caso o devedor não queira cumprir a obrigação, conforme dispõe o art. 633 do CPC, enquanto, se se tratar da ação de conhecimento prevista no art. 461 do mesmo Código, o credor contará com um poderoso conjunto de medidas que estão ao alcance do juiz, para o efetivo cumprimento da obrigação.

Se é melhor a tutela jurisdicional prestada àquele que não tem título extrajudicial, então é o caso de indagarmos se, mesmo com o título extrajudicial em mãos, o credor não poderia utilizar a via da ação de conhecimento. Seria interessante a discussão que surgiria nesse caso, pois o réu teria dificuldades em argüir a falta de interesse de agir do credor que, portando um título executivo extrajudicial, preferisse a ação de conhecimento, sendo essa evidentemente mais efetiva do que a outra. Enquanto no caso da execução por título extrajudicial o sistema logo se conforma com a conversão em pecúnia, na tutela prevista no art. 461 essa conversão dificilmente ocorrerá.

### **3.2. Ação de conhecimento condenatória**

Nas novas regras que estão no art. 461-A do CPC, o legislador inovou verdadeiramente, ao tratar da tutela que deve ser dada àqueles que buscam a condena-

ção do devedor a entregar uma determinada coisa.

Adotando a terminologia usual na doutrina, chamou de tutela específica aquela prestada nesses casos (art. 461-A, *caput*) e tratou, logo no § 1º do dispositivo mencionado, de determinar que o credor deve individualizar a coisa pretendida na petição inicial, se lhe couber a escolha, mas, se essa escolha couber ao devedor, ele a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

O mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se trate, respectivamente, de coisa móvel ou imóvel, será expedido imediatamente após o prazo fixado pelo juiz para o adimplemento da obrigação (art. 461-A, § 2º). Convém lembrar que o juiz pode conceder a tutela antecipada nesse caso, de maneira que o prazo para cumprimento da obrigação de entregar coisa certa pode ser fixado logo no início do processo.

A verdadeira e radical mudança, porém, está mesmo na nova regra inserida no § 3º do mencionado art. 461-A, segundo a qual todas as disposições aplicáveis à tutela da obrigação de fazer ou de não fazer devem ser utilizadas, também, na tutela relativa às obrigações de entregar coisa certa. Com isso, o sistema abandonou o antigo apego que tinha ao dogma da intangibilidade da vontade humana, como havia feito na tutela das obrigações de fazer e de não fazer, conferindo, assim, mais efetividade ao processo.

### 3.2.1. Sentença mandamental

Outra mudança importante não está expressa na lei, mas decorre naturalmente da opção feita pelo legislador. A sentença, no caso de ação de conhecimento que tenha a finalidade de condenar o réu a entregar uma determinada coisa (ou de fazer ou não fazer), agora é portadora de uma ordem que deve ser cumprida no prazo fixado nessa sentença.

Não há necessidade de o credor, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, instaurar um processo de execução, como era exigido pelo sistema, antes da reforma (veja a redação antiga do art. 621 do CPC).

É essa a grande vantagem da sentença de cunho mandamental, a “imediatez entre seu momento de eficácia e a execução”<sup>11</sup>. Essa imediatez existe porque não será preciso instaurar um novo processo de execução e, em decorrência, a satisfação do direito do credor será buscada na mesma relação jurídica do processo de conhecimento, como ocorre na ação de despejo, no mandando de segurança ou na ação de reintegração de posse<sup>12</sup>.

### 3.2.2. Providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

No *caput* do art. 461 do CPC, o legislador inseriu uma regra extremamente

proveitosa, segundo a qual, se procedente o pedido de condenação do réu a fazer ou não fazer uma determinada coisa, caso persista o inadimplemento, o juiz poderá adotar um resultado prático que seja equivalente ao adimplemento.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>13</sup> apresenta o seguinte exemplo: se uma casa noturna é condenada a reduzir o volume do som, mas insiste em manter o mesmo nível considerado incomodativo, o juiz pode e deve agir, emitindo outros comandos que assegurem a efetivação do primeiro, mesmo que não tenham sido pedidos na inicial ou que simplesmente não constem na sentença (duas transgressões ao clássico sistema processual, mas que são perfeitamente legítimas, nos termos da lição do mesmo doutrinador). Assim, no primeiro momento, o juiz pode determinar que o oficial de Justiça vá ao local e diminua o volume do aparelho. Se o volume for aumentado posteriormente, o juiz pode ordenar a retirada do aparelho de som, e, finalmente, se persistir o barulho, a casa noturna pode ser fechada.

Essa regra, todavia, não pode ser aplicada na tutela das obrigações de entrega de coisa. Em primeiro lugar, a reforma permitiu a aplicação do *estatuto da execução específica* apenas quanto ao disposto nos §§ 1º ao 6º do art. 461, portanto, considerando que a regra a qual permite a adoção de resultado prático equivalente está no *caput* do dispositivo legal, é óbvio que ela não pode ser aplicada.

Além disso, tendo em vista a tutela específica, como o próprio nome diz, buscar alcançar determinado resultado, o qual, aliás, está previsto na lei (o adimplemento da obrigação), seria uma contradição oferecer ao autor que pleiteou a entrega de certa coisa uma *outra coisa* qualquer, a qual fosse praticamente a mesma. Ora, essa possibilidade apenas faz sentido quando se trata de uma obrigação de fazer, mas não pode ser aplicada na tutela das obrigações de entregar coisa certa, mesmo porque não se trataria, então, de tutela específica, pois não estaria voltada para a obtenção daquela coisa que o autor mencionou na petição inicial.

### **3.2.3. As medidas necessárias para obtenção do resultado**

Com exceção da regra que permite a adoção de um resultado prático equivalente, como foi visto, todas as demais regras do *estatuto da execução específica* podem e devem ser utilizadas no caso da tutela das obrigações de entrega de coisa certa.

A concessão de tutela antecipada, no *estatuto da execução específica*, é mais fácil do que no processo convencional. Enquanto no art. 461, § 3º, as exigências para a concessão da tutela antecipada são apenas duas (relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final), no art. 273 as exigências são bem maiores (prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou caracterização do abuso de direito de de-

fesa)<sup>14</sup>.

Preenchidos, portanto, os requisitos do art. 461, § 3º, nada impede que, no caso das obrigações de entrega de coisa certa, o juiz possa conceder a tutela específica e antecipada para fazer com que o réu entregue, imediatamente, a coisa pretendida pelo autor. Imaginemos que alguém compra um eletrodoméstico em uma loja, a qual deve entregar-lhe o produto em cinco dias. Escoado esse prazo, se não ocorrer a entrega, o consumidor pode exigir, até mesmo nos Juizados Especiais, a imediata entrega da coisa pretendida, com fundamento nas regras do *estatuto da execução específica*.

As multas periódicas constituem, ao seu turno, ferramenta importante para influir psicologicamente na vontade do réu, fazendo ele achar mais interessante cumprir a ordem judicial do que insistir em não cumprir a obrigação assumida, seja ela de fazer, de não fazer ou de entregar determinada coisa.

Nos termos do disposto no art. 287 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.444/02, o autor pode pedir a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da ordem fixada em decisão interlocutória (tutela antecipada) ou na sentença. Em resumo, as regras previstas no art. 287 e nos §§ 2º, 4º, 5º e 6º do art. 461 determinam que a multa é independente da obrigação de reparar as perdas e danos porventura existentes, pode ser pedida pelo autor ou concedida de ofício pelo juiz, o qual terá ampla liberdade para modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva<sup>15</sup>.

A regra prevista no § 5º do art. 461 encerra as mais drásticas medidas que podem ser adotadas pelo juiz para o cumprimento da ordem fixada em decisão interlocutória (tutela antecipada) ou na sentença. Segundo a regra mencionada, o juiz pode, de ofício ou a requerimento, determinar a busca e apreensão ou a remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Está claro que o rol fixado na lei não é taxativo, mas exemplificativo, permitindo-se ao juiz, no caso concreto, adotar uma outra medida qualquer, desde que condizente com a ordem jurídica e social, para o efetivo cumprimento de sua decisão.

Assim, as regras previstas no art. 461 do CPC (o *estatuto da execução específica*) estenderam-se agora às obrigações de entrega de coisa, mas, no futuro, nada impede que possam servir para atender a outras necessidades, constituindo, portanto, um núcleo de regras perfeitamente permeável a futuras novas aplicações.

---

#### Notas

<sup>1</sup>Originalmente publicado em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 811, p. 78-86, maio 2003.

<sup>2</sup> Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 700. O CPC/39 era explícito ao disciplinar, no art. 381, as hipóteses em que os credores de obrigação de entrega de coisa seriam tutelados. Antes dessa regra, que não foi repetida no código atual, constava, nas Ordenações Filipinas, autorização para tomada de posse “extrajudicial” quando não houvesse oposição (Liv. 4<sup>o</sup>, Tít. 58, §§ 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup>). Há notícia de institutos similares na Roma antiga, chamados *adipiscendae possessionis*, conforme observa Ovídio A. Batista da Silva (*Ação de imissão de posse*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 90 e 135). Conforme dispõe o art. 612 do CPC italiano, somente por meio de sentença é possível a execução das obrigações de fazer ou de não fazer (nesse sentido, cf. Redenti, Enrico. *Diritto processuale civile*. 3<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 1999, v. 3, p. 385). No Direito espanhol, segundo ensina Jaime Guasp, mesmo que a lei não trate explicitamente desse tema, admite-se a execução por título extrajudicial (*Derecho Procesal Civil*. 4<sup>a</sup> ed. Madrid: Civitas, 1998. t. I, p. 735). No Direito português admite-se o título extrajudicial, segundo consta no art. 928 do CPC daquele país.

<sup>3</sup> Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 146, e v. 3, p. 242. Ensina Andrea Proto Pisani que, nas execuções específicas, o objeto da execução coincide com o objeto da obrigação fixada no Direito material (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 3<sup>a</sup> ed. Napoli: Jovene, 1999. P. 807), e essa observação será bastante útil para a compreensão do tema ora tratado.

<sup>4</sup> *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 245.

<sup>5</sup> *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2, p. 101.

<sup>6</sup> Dinamarco, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81, p. 61, 1985.

<sup>7</sup> “De fato, o próprio conceito de tutela específica (...) é praticamente coincidente com a idéia de utilidade das decisões, dado que naquela primeira a atividade tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento” (Yarshell, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. P. 59). Ensina Enrico Redenti, no mesmo sentido da opinião de Flávio Luiz Yarshell, que, na execução específica, ao contrário do que ocorre na execução por expropriação, “*non si ravvisa o non emerge quella distinzione fra attività strumentali e atti o provvedimenti soddisfatti*” (*Op. cit. Diritto Processuale Civile*. v. 3, p. 386). Acertadamente, Andrea Proto Pisani define a tutela específica como sendo “*quella tutela diretta a fare conseguire al titolare del diritto quelle stesse utilità garantitegli dalla legge (o dal contratto) e non utilità equivalenti*” (*Op. cit. Lezioni di Diritto Processuale Civile*. P. 814).

<sup>8</sup> “Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento quer é que os deveres e obrigações se cumpram *tais quais são*” (Moreira, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1988. P. 31-32). Para uma análise mais profunda das diferenças existentes entre a tutela meramente indenizatória e a tutela específica, cf. Pisani, Andrea Proto. *Op. cit. Lezioni di Diritto Processuale Civile*. P. 813. No Direito espanhol, todavia, tanto as obrigações de fazer e de não fazer (chamadas *ejecución satisfactiva*) quanto as de entregar determinada coisa (chamadas *ejecución transformativa*), se descumpridas, geram apenas direito à indenização, conforme ensina Jaime Guasp (*op. cit. Derecho Procesal Civil*. t. 1, p. 736 e 742). Assim também ocorre no Direito português, segundo consta nos arts. 931 e 934 do CPC daquele país. No Uruguai, Eduardo J. Couture já criticava, em sua clássica obra, o sistema legal daquele país que, ao menos naquela época, se contentava com a imediata conversão em perdas e danos, caso a obrigação de fazer, não fazer ou de entregar fosse descumprida (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. P. 460).

<sup>9</sup> Fundamento del principio dispositivo. *In: Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962. P. 13. Sobre o tema, mais amplamente, cf. Bedaque, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*; Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2001; Múrias, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

<sup>10</sup> *Op. cit. Problemi del Processo Civile*. P. 13-14.

<sup>11</sup> São palavras de Cândido Rangel Dinamarco (*Op. cit. A reforma da reforma*. p. 230). A existência de uma sentença de cunho mandamental, defendida por Pontes de Miranda, é um tema “sempre sujeito a muitas divergências e oposições” (cf. Dinamarco. *Op. cit. A reforma da reforma*. P. 230). Para um exame crítico e atual da opinião de Pontes de Miranda, cf. Moreira, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de Direito Processual Civil* (sétima série). São Paulo: Saraiva, 2001. P. 53.

<sup>12</sup> Cândido Rangel Dinamarco entende que “há boas razões para mitigar ainda mais a clássica dualidade representada pelos dois processos destinados a dirimir um só conflito, fazendo crescer o número das chamadas *ações executivas lato sensu* ou mesmo invertendo todo o sistema para que passe a ser regra geral a unidade do processo, com meras fases de conhecimento e de execução” (*Op. cit. Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3, p. 246). Mais amplamente, sobre a distinção entre ação de conhecimento e ação de execução, cf. Enrico Tullio Liebman (*Processo de execução*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1968. P. 37).

<sup>13</sup> *Op. cit. A reforma da reforma*. P. 227-228. Curiosamente, no Direito italiano, segundo dispõe o art. 2.933 do CC, a única limitação na execução das obrigações de não fazer é que a destruição daquilo que foi feito não pode ocorrer, quando prejudicar a economia nacional, cf. Salvatore Satta (*Diritto Processuale Civile*. 13<sup>a</sup> ed. Padova: Cedam, 2000. P. 714).

<sup>14</sup> Como observa Cândido Rangel Dinamarco, porém, “as diferenças de redação entre o art. 461 e o art. 273 não infirmam a integração da tutela específica antecipada na categoria mais ampla da *tutela jurisdicional antecipada*” (*Op. cit. A reforma da reforma*. P. 234). Sobre o tema, cf. a opinião de Luiz Guilherme Marinoni (*A antecipação da tutela*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 75).

<sup>15</sup> “Já se vinha entendendo, no âmbito da jurisprudência e da doutrina, que o juiz poderia, de ofício, alterar o valor da multa. A regra é a de que, desempenhando a multa o papel de levar o réu a cumprir a obrigação, esta não deve ser ínfima, sob pena de não representar pressão alguma, nem exagerada, a ponto de, somadas as parcelas devidas, ter-se um *quantum* superior ao patrimônio do devedor, o que faz com que a pena pecuniária também deixe de significar uma *ameaça*, levando o réu a cumprir *espontaneamente* a obrigação tal como anteriormente avençada. O valor da obrigação, portanto, não desempenha papel de parâmetro (= limite máximo) para a fixação do valor da multa” (Wambier, Luiz Rodrigues; Wambier, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários à 2<sup>a</sup> fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112-113).

#### Referências Bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Reimpressão. Milano: Giuffrè, 1993. 3 v.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 3<sup>o</sup> v.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 81, p. 54, 1985.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4<sup>a</sup> ed. Madrid: Civitas, 1998. T. 1 e 2.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual Civil (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ónus da prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1999.
- REUDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1999. 3 v.
- SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 13ª ed. Padova: Cedam, 2000.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

## Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial

Maria de Fátima A. da Silva\*\*

*Hermenêutica jurídica e concretização judicial* é recém chegada a público, numa edição colombiana, pelo Editorial Temis. De autoria da jovem jurista e professora Kelly Susane Alflen da Silva, é, indubitavelmente, a primeira obra originária do Brasil a merecer uma versão hispânica, referente a essa temática. Esta obra teve seu início no verão de 1978 e trata de investigação sobre a hermenêutica numa fundamentação contemporânea, um tema de privilegiado interesse jurídico e judicial. No Brasil, desde os trabalhos de Paulo Batista e, em especial, do ex-Ministro Carlos Maximiliano, poucos estudos com tanta acuidade e de modo peculiarmente profícuo têm sido escritos sobre o tema. Distintamente desses trabalhos, no entanto, o propósito de *Hermenêutica jurídica e concretização judicial* está longe do apego ao formalismo jurídico, de vertente positivista tradicional. A obra, numa abordagem magistral, deixa assaz solar ao leitor que uma metódica jurídica de trabalho há muito requer uma sistemática de fundamentação que não seja apegada ao rigor do método. E, nesse sentido, a obra desvela desde as perdas de certezas do pensamento jurídico até o problema da universalidade hermenêutica, que mora na linguagem – o ápice do problema tanto da hermenêutica geral quanto da hermenêutica jurídica – razão pela qual não se pode cingir o pensamento do jurista e o pensamento do filósofo.

---

\* Advogada em Direito de Família, em Porto Alegre, especialista em Direito pela Universidade Luterana do Brasil, autora da obra *Direitos fundamentais e o novo Direito de Família* (2005), pelo Editorial Safe.

Essa fundamentação corresponde a uma sistematização, no corpo do texto, em três grandes partes, intituladas da seguinte maneira: Pré-Compreensão Histórico-Compreensiva da Hermenêutica (I); A Orientação Problemática Objetivo-Compreensiva na Hermenêutica Geral (II) e Desenvolvimento do Direito por meio da Concretização Hermenêutico-Jurisdicional (III).

Em *Pré-Compreensão Histórico-Compreensiva da Hermenêutica* (I), a autora esclarece que interpretar já não é mais uma instância científica, mas é, antes, uma experiência humana de mundo, na qual a compreensão é um próprio critério existencial. É justo aqui que a autora retoma a unidade entre a hermenêutica geral e a hermenêutica jurídica, considerando a compreensão como chave que une o pensamento filosófico e jurídico. A autora resgata e desenvolve reflexões teóricas que vão desde Heirinch Seume, Peter Hebel, Platão, Dilthey e Schleiermacher a Heidegger, Gadamer e Betti, rumo a uma fundamentação da hermenêutica jurídica. É nesse sentido que aborda desde a hermenêutica romântica, historicista até a hermenêutica ontológica.

Já em *A Orientação Problemática Objetivo-Compreensiva na Hermenêutica Geral*, a jurista parte para a análise e o desenvolvimento de teses principais sobre uma teoria clássica da interpretação, num claro contraste com uma fundamentação filosófica, para, ao fim, erigir que, no âmbito da hermenêutica clássica, o problema parte de uma questão de ordem epistemológica, do processo do entender. E, nesse passo, a segunda parte assume uma posição medular, pois, não só permite o tratamento profícuo das bases da teoria hermenêutica clássica, até então não explorada, mas também serve a evidenciar um verdadeiro giro da fundamentação epistemológica da hermenêutica jurídica (relação S-O), para uma fundamentação filosófica, já resgatada na primeira parte da obra. É esse giro, em particular, que permitirá, na obra, a clareira da passagem de uma fundamentação hermenêutica epistemológica (que tem como essencial o método) para uma fundamentação filosófica, coroada na terceira parte. Nesta parte, existem elementos investigativos suficientes sobre a teoria de E. Betti, na qual é explorada a discussão entre metodologia e teoria da interpretação da compreensão do sentido, assim como o ponto de vista da interpretação como um processo contemplativo e reprodutivo, ou como um processo produtivo.

E, em *Desenvolvimento do Direito por meio da Concretização Hermenêutico-Jurisdicional* (III), a autora apresenta o alicerce para uma teoria material do Direito, afastando-se por inteiro das correntes formalistas do normativismo e vindo, a seguir, a um modelo dinâmico de concretização, agregado à elaboração da hermenêutica geral, já elucidada na primeira parte, porém, nesta parte, numa clara e profícuo zetética aplicada ao Direito. Explora, pois, uma hermenêutica baseada em H.-G. Gadamer em Heidegger, em K. Hesse e, em especial, numa dinâmica

---

estrutura com base em Friedrich Müller.

A obra é compreensível ao principiante, muito embora requeira o domínio e o conhecimento de certos argumentos que não são simples. Desse modo, o livro se constitui em uma leitura fundamental na formação universitária, bem como leitura de interesse para os juristas, na medida em que versa sobre o desenvolvimento da hermenêutica geral enquanto disciplina básica das ciências do espírito, desde a hermenêutica romântica até a hermenêutica ontológica heideggeriana, assim como sobre a hermenêutica jurídica concretizadora fundada nas teorias de Friedrich Müller e Konrad Hesse, com o propósito de lograr a realização material do direito e, por conseguinte, de alcançar a justiça material.

Referência bibliográfica

ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá (Colômbia), 2006, 296 p.

## O Controle Externo do Ministério Público

Hugo Nigro Mazzilli \*

Numa democracia, controles externos sempre são salutares; o que normalmente provoca maior polêmica é a forma de exercitar o controle. O controle externo faz parte da própria harmonia dos Poderes, inserindo-se no sistema de *freios e contrapesos*.

Pela natureza eletiva dos cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o povo exerce diretamente um controle sobre os agentes desses Poderes. Sobre o Judiciário, entretanto, e também sobre o Ministério Público (que exercita uma parcela da soberania do Estado, na qualidade de *dominus litis*), não existe qualquer controle eletivo da população sobre seus integrantes. Por esse motivo, durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, houve uma séria tentativa de criar-se um Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, como forma de impor controle externo sobre essas instituições, e foi somente por questão de poucos votos que essa forma de controle externo não foi aprovada desde então.

Apesar de não ter sido criado esse Conselho já pelo poder constituinte originário, a verdade é que havia controles externos sobre Ministério Público e magistratura mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional (EC) 45/04 (que instituiu a chamada *Reforma do Judiciário*). Essa emenda criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mas o certo é que, bem antes dela, podemos demonstrar que havia um sistema de controles externos sobre essas instituições. Por ora, cuidemos apenas de demonstrar

---

\* Hugo Nigro Mazzilli é professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, procurador de Justiça aposentado e consultor jurídico.

nossa assertiva, no tocante ao Ministério Público: a) a atividade funcional do procurador-geral submete-se a controle externo no processo de investidura, de *impeachment* ou de destituição; b) no concurso de ingresso, há a salutar participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)<sup>2</sup>; c) a Constituição Federal (CF) tempera a privatividade da ação penal pública com a ação penal subsidiária por parte da vítima ou sucessores, para contraste da inércia ministerial<sup>3</sup>; d) sua legitimidade nunca exclusiva para as ações civis públicas permite controle de sua omissão por outros órgãos governamentais, pelas associações civis<sup>4</sup> e até pelo cidadão, por meio da ação popular<sup>5</sup>; e) nos atos da sua *atividade fim*, junto ao Poder Judiciário, a atuação ministerial é contrastada pelas partes e seus procuradores e pelas autoridades jurisdicionais; f) nos atos de sua *atividade meio*, recebe controle orçamentário dos Tribunais de Contas e do Poder Legislativo; g) os cidadãos podem promover responsabilidades dos membros do Ministério Público por meio da ação popular<sup>6</sup>; h) há controle recíproco entre os diversos Ministérios Públicos, pois eles detêm legitimidade concorrente em diversas ações<sup>7</sup>, podendo o Ministério Público Federal, par a par com o dos Estados, em alguns casos, interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados<sup>8</sup>.

Assim como ocorria sobre o Poder Judiciário ou quaisquer Poderes ou instituições do Estado, também sobre o Ministério Público deveria existir alguma forma de controle externo, não para cercear a independência e a liberdade funcional da instituição e de seus agentes, mas para assegurar que esses prestassem contas ao Poder Legislativo, à imprensa e à coletividade não só sobre o exercício de suas atividades-fim mas também sobre o exercício de suas atividades-meio. Afinal, a Constituição supõe publicidade e transparência nas atividades dos órgãos públicos, só obstada em casos excepcionais, em que da divulgação da providência possa resultar prejuízo à coletividade<sup>9</sup>.

A Reforma do Judiciário (EC 45/04) criou, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça, o CNMP (art. 130-A). Sob o ponto de vista acadêmico, parece-nos inadequado que o poder constituinte derivado tenha criado essas limitações a um Poder de Estado, o que seria mais próprio para o poder constituinte originário<sup>10</sup>; entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, admitiu a constitucionalidade dessa inovação (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367).

Quanto ao CNMP, cumpre notar que, por força da EC 45/04, será ele composto por 14 membros, nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: a) o procurador-geral da República, que o preside; b) 4 membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; c) 3 membros do Ministério Público dos Estados; d) 2 juízes, indicados um pelo STF e outro pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ); e)

2 advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB; f) 2 cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado.

Note-se, *prima facie*, a gritante desproporção entre os membros do Ministério Público da União (5, aí incluído o procurador-geral da República) e os membros dos Ministérios Públicos dos Estados-membros (3), desfigurando-se, ainda mais, nossa já débil federação.

Os membros do CNMP, oriundos do Ministério Público, serão indicados pela respectiva instituição a que pertençam, na forma da lei<sup>11</sup>.

Compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, ainda: a) zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; b) zelar pela observância do art. 37 da CF e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; c) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; d) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; e) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem presidencial prevista no art. 84, XI, da CF.

O Conselho escolherá, em votação secreta, um corregedor nacional, entre os membros do Ministério Público que o integrem, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes: a) receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e aos seus serviços auxiliares; b) exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; c) requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público<sup>12</sup>.

O CNMP será regulamentado em lei<sup>13</sup>. Essa lei deverá ter natureza comple-

mentar, pois dirá respeito à organização do Ministério Público<sup>14</sup>.

Ainda segundo a EC 45/04 (Reforma do Judiciário), leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao CNMP.

---

#### Notas

<sup>1</sup> Arts. 52, III, e, e 128, §§ 2º e 4º, da CF; *vide*, também, art. 221, parágrafo único, da Loemp.

<sup>2</sup> Art. 129, § 3º, da CF.

<sup>3</sup> Art. 5º, LIX, da CF.

<sup>4</sup> Art. 129, § 1º, da CF; art. 5º da Lei 7.347/85.

<sup>5</sup> Art. 129, III, e § 1º, da CF; art. 5º da Lei 7.347/85.

<sup>6</sup> Art. 5º, LXXIII, da CF.

<sup>7</sup> Ainda existe a possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos. A propósito, *vide* nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Capítulo 17.

<sup>8</sup> Art. 37, parágrafo único, da Lompu.

<sup>9</sup> Nesse sentido, pode o membro do Ministério Público dar entrevistas à imprensa, mesmo sem autorização superior (Ato 137/98–PGJ, *DOE* de 07/02/98, Seção 1, p. 18); é, porém, responsável pelo uso indevido das informações e documentos a que teve acesso, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

<sup>10</sup> Não se esqueça de que esse novel controle alterou significativamente o equilíbrio entre os Poderes, inclusive com a participação nos Conselhos de pessoas indicadas por outro Poder.

<sup>11</sup> Art. 130-A, § 1º, da CF, introduzido pela EC 45/04.

<sup>12</sup> Art. 130-A, § 3º, da CF, introduzido pela EC 45/04.

<sup>13</sup> Art. 130-A, § 3º, da CF c. c. o art. 7º da EC 45/04.

<sup>14</sup> Art. 128, § 5º, da CF.

---

# Acórdãos Inteiros Teores

## Corte Especial

---

**Conflito de Competência**  
**2005.01.00.033090-0/BA**

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

---

Autor:	Município de Belmonte/Bahia
Procurador:	Dr. Bruno Gustavo Freitas Adry
Ré:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Suscitante:	Des. Federal da 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitado:	Des. Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação:	DJ 2 de 29/05/06

---

### **Ementa**

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Fundef. Restituição de valores. Direito Financeiro. Art. 6º, IV, do RITRF/1ª Região. Afastamento dos efeitos de ato administrativo. Portaria 400/04 do Ministério da Fazenda. Art. 8º, § 5º, do RITRF/1ª Região. Competência da egrégia Quarta Seção.*

I. Compete à egrégia Quarta Seção deste Tribunal processar e julgar ação em que se pleiteia a restituição de valores referentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – Fundef, nos termos do art. 6º, IV, do Regimento Interno do TRF-1ª Região. Precedentes.

II. Muito embora a parte autora pretenda, ainda, afastar os efeitos da Portaria 400/04 do Ministério da Fazenda, que estabeleceu critérios para o repasse de verbas do Fundef, não resta excluída a competência da Quarta Seção para conhecer do feito, porquanto o art. 8º, § 5º, do RITRF/1ª Região estabelece que “os feitos relativos a nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da Seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo”.

III. Competência da egrégia Quarta Seção, órgão suscitante.

### **Acórdão**

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o conflito, para declarar a competência da Quarta Seção, órgão suscitante, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

Corte Especial do TRF-1ª Região – 18/05/06.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

---

### **Relatório**

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, que integra a Quarta Seção desta Corte Regional, nos autos de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos de ação de rito ordinário que versa sobre o estorno de quantia referente ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – Fundef, bem como sobre os efeitos da Portaria 400/04 do Ministério da Fazenda.

O agravo de instrumento foi inicialmente distribuído ao eminente Desembargador Federal Souza Prudente, que integra a Terceira Seção deste Tribunal, o qual determinou a redistribuição dos autos à Quarta Seção por entender que a matéria controvertida na lide possui cunho eminentemente financeiro (art. 8º, § 5º, do RITRF/1ª Região).

Por sua vez, o eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, discordando desse entendimento, argumentou que “a matéria, tratando de repasse e retenção do Fundef por órgão da Administração Pública Federal com resvalo na exatidão dos valores repassados, que tem seus valores disciplinados em norma administrativa que fixa o valor mínimo anual por aluno, é de cunho eminentemente administrativo”.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência do conflito para declarar-se a competência da Terceira Seção deste Tribunal.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — O agravo de instrumento origina-se de ação de rito ordinário ajuizada pelo Município de Belmonte/BA em face da União, na qual pleiteia o estorno incontinenti da quantia de R\$ 91.762,96, o qual, segundo alega a autora, foi indevidamente deduzido de sua cota do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – Fundef, bem como a suspensão dos efeitos da Portaria 400/04 do Ministério da Fazenda, que estabeleceu critérios para a distribuição dos

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Maria do Carmo Cardoso, Aloísio Palmeira Lima, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz (convocado em substituição ao Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian), Carlos Moreira Alves (convocado em substituição ao Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral), Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Daniel Paes Ribeiro e João Batista Moreira. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Carlos Fernando Mathias e Fagundes de Deus. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro (convocado em substituição ao Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves), Carlos Olavo e Souza Prudente.

recursos do Fundef.

Trata-se, portanto, de uma ação de restituição de valores referentes ao Fundef, os quais, no caso, embora tenham sido inicialmente repassados ao Município, foram deduzidos pela União. A matéria é de Direito Financeiro, cuja competência é atribuída à egrégia Quarta Seção, conforme dispõe o art. 6º, IV, do Regimento Interno do TRF-1ª Região, com a redação dada pela Emenda Regimental 5/04.

O acolhimento do pedido formulado acarretará a suspensão dos efeitos da Portaria 400/04 do Ministério da Fazenda, o que, contudo, não afasta a competência da egrégia Quarta Seção para processar e julgar o feito, tendo em vista que o art. 8º, § 5º, do RITRF/1ª Região estabelece que “*os feitos relativos a nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da Seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo*”.

Vale salientar que a Corte Especial deste Tribunal já se pronunciou sobre o tema, no sentido de reconhecer a competência da egrégia Quarta Seção.

Confira-se os seguintes julgados:

*Processual Civil. Conflito de competência. Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – Fundef. Repasse dos recursos a Municípios. Competência da Quarta Seção.*

I. Compete à colenda Quarta Seção desta Corte Regional o processamento e julgamento de ação, cuja matéria possui caráter eminentemente financeiro, como o caso dos autos, em que se discute o repasse de verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – Fundef aos Municípios.

II. Conflito conhecido e julgado procedente. Competente o Desembargador Federal suscitante. (CC 2005.01.00.042081-0/BA, Corte Especial, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, DJ de 22/03/06, p. 2)

*Processual Civil. Conflito de competência. Repasse de recursos do Fundef. Direito Financeiro. Distribuição da competência no Tribunal. Ato administrativo.*

I. Segundo o RI do TRF-1, os feitos relativos a nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão da competência da Seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo (art. 8º, § 5º). Na hipótese, pretendendo o Município afastar a incidência da Portaria 400/04 do Ministério da Fazenda, que traça critérios para a distribuição dos recursos do Fundef, com a restituição dos valores não repassados – matéria de Direito Financeiro –, o feito, mesmo tendo como premissa o afastamento de um ato administrativo, deve ser processado e julgado pela 4ª Seção, à qual está afeto o exame das matérias de Direito Financeiro.

II. Conflito de competência conhecido. Declaração da competência da 4ª Seção, órgão suscitante. (CC 2005.01.00.021007-0/BA, Corte Especial,

---

Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, *DJ* de 1º/12/05, p. 4)

Pelo exposto, conheço do conflito e julgo-o improcedente, para declarar a competência da egrégia Quarta Seção desta Corte Regional.

É como voto.

## Primeira Seção

---

### Conflito de Competência

**2005.01.00.073367-0/TO**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves  
Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Manoel José Ferreira Nunes  
Autora: Edna César da Silva  
Advogado: Dr. Carlos Aparecido de Araújo  
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Suscitante: Juizado Especial Federal Cível e Criminal/TO – 3ª Vara  
Suscitado: Juízo de Direito da Comarca de Gurupi/TO  
Publicação: *DJ* 2 de 10/05/06

---

### Ementa

*Processual Civil e Previdenciário. Conflito de competência entre juiz de Direito e Juizado Especial Federal Cível. Incompetência deste Tribunal.*

I. A Primeira Seção deste Tribunal firmou orientação majoritária no sentido de que esta Corte de Justiça não tem competência para apreciar conflito de competência entre juiz de Direito e Juizado Especial Federal Cível, uma vez que os juízos em conflito não estão vinculados jurisdicionalmente a este Tribunal.

II. Remessa dos autos ao STJ.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, remeter os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para o julgamento da questão.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 14/03/06.

Juiz *Manoel José Ferreira Nunes*, Relator convocado.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Manoel José Ferreira Nunes:* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado Especial Federal Cível de Tocantins, nos autos da Ação Ordinária de Concessão de Benefício Previdenciário de Aposentadoria Rural por Idade 2005.43.00.904551-9, ajuizada por Edna Cezar da Silva contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

A citada ação ordinária foi distribuída ao Juiz de Direito da Comarca de Gurupi/TO, que declinou da competência para a Vara Federal Especializada do Juizado Especial Federal de Palmas/TO (fls. 13).

O Juizado Especial Federal Cível de Tocantins, por sua vez, suscitou conflito negativo de competência, sustentando que a Lei 10.259/01 não elimina a faculdade conferida pela Constituição Federal/88 de o segurado eleger o foro, sendo certo que a competência dos Juizados Especiais Federais somente é absoluta em relação às varas federais de uma mesma subseção (fls. 3/6).

É o relatório.

### **Voto\***

*O Exmo. Sr. Juiz Manoel José Ferreira Nunes:* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado Especial Federal Cível de Tocantins, nos autos da Ação Ordinária de Concessão de Benefício Previdenciário de Aposentadoria Rural por Idade 2005.43.00.904551-9, ajuizada por Edna Cezar da Silva contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

No julgamento de diversos processos na sessão de julgamento do dia 29/06/04, este Tribunal firmou orientação majoritária no sentido de remeter os autos ao Superior Tribunal de Justiça, que é o competente para dirimir a controvérsia, nos termos do voto do eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, exarado no CC 2004.01.00.015916-7/MG, *in verbis*:

Partindo do pressuposto de serem, os juízes dos Juizados Especiais Federais, juízes federais, esta Seção tem afirmado sua competência para processar e julgar conflitos negativos de competência, envolvendo juiz federal ou juiz de Direito no exercício de função delegada e juiz do Juizado Especial Federal, a respeito de matéria que lhe é afeta, quando ambos da Primeira Região.

Na assentada de 16 de dezembro próximo passado, por ocasião do julgamento dos Conflitos de Competência de números 2003.01.00.001437-0/BA, 2003.01.00.010553-1/MG, 2003.01.00.015112-4/MG, 2003.01.00.023357-

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, José Amilcar Machado, Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Itelmar Raydan Evangelista (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

4/MG, divergi deste entendimento, e o fiz à consideração de que a vinculação preconizada no dispositivo em referência é a de natureza jurisdicional, não a de caráter institucional ou político administrativo, porque o princípio que fundamenta e justifica a atribuição de competência à Corte Superior, em hipóteses tais, é o da hierarquia jurisdicional, assim o poder que tem os tribunais de imporem as respectivas deliberações aos juízes a eles jurisdicionalmente subordinados, ainda quando não o sejam institucional, funcional e administrativamente. Essa a sistemática da Constituição Federal no tocante à distribuição de competências em favor dos tribunais inferiores, sempre levada em conta na definição do sentido e alcance de seus dispositivos, até porque impossível ao legislador contemplar todos os casos em que visa a disciplinar. Outro, aliás, não é o motivo pelo qual, a despeito de sua redação, sempre se entendeu abrangente, essa mesma alínea *e* do inciso I do art. 108 da Carta Constitucional, dos conflitos envolvendo juiz federal e juiz estadual no exercício de jurisdição federal, ou mesmo juízes estaduais no exercício da jurisdição federal, conquanto não sejam estes juízes federais, nem muito menos vinculados, sob ponto de vista funcional e administrativo, a Tribunal Regional Federal.

Exatamente porque atento ao princípio da vinculação jurisdicional, o Plenário da Suprema Corte, quando do julgamento, em duas recentes oportunidades, assim 19 de agosto e 11 de setembro de 2002, dos Conflitos de Competência 7.081/MG e 7.090/PR, envolvendo Tribunal de Alçada e Turma Recursal de Juizado Especial Estadual, teve por competente o egrégio Superior Tribunal de Justiça para dirimi-lo. No primeiro dos mencionados precedentes, após alertar para a circunstância de versarem os autos hipótese distinta da que se verificara no julgamento do Conflito de Competência 7.094/MA, onde a Corte o invocara para afastar a possibilidade de ocorrência de conflito entre o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, e diversa da que retrataram os Conflitos de Competência 7.095, 7.096 e 7.098, todos eles do Estado de Goiás, nos quais proclamara a competência do Tribunal de Justiça da referida unidade federada para dirimir conflito entre juiz de Direito e Juizado Especial Estadual, salientou o ilustre Relator, Ministro Sidney Sanches, com adesão unânime dos ministros que participaram do julgamento:

“7. Aqui a hipótese é diversa, pois, de um lado, está um Tribunal de Alçada (de 2ª instância), cujas decisões não estão sujeitas à jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado; e, de outro, um órgão colegiado de juízes de primeiro grau, não submetido à jurisdição de um ou de outro.

8. Na verdade, a norma que pode ser invocada, para solução do impasse verificado, é a do art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, segundo a qual compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, ‘os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos’” (RTJ 183/161).

O caso em exame versa hipótese que, conquanto distinta, é análoga à

do referido precedente, justificando a solução à luz do mesmo princípio com que veio este a ser dirimido. Com efeito, embora estaduais, no exercício da jurisdição federal, porque parte na demanda autarquia federal previdenciária, ambos os juízes em conflito, a esta Corte não se encontra vinculado, jurisdicionalmente, o Juizado Especial Cível da Comarca de Teófilo Otoni, cujas deliberações, por força do sistema especial preconizado pela Carta da República e legislação que a regulamenta, submetem-se ao crivo revisional de Turma Recursal de juízes de primeiro grau, que de igual forma não têm suas deliberações sujeitas ao crivo revisor deste Tribunal. Se não existe, portanto, no tocante a um dos juízos em conflito, vinculação jurisdicional à Corte, não haverá ela, que não tem poder jurisdicional sobre ele, de ser a competente a resolvê-lo. A regra a ser observada, a meu sentir, está inscrita no art. 105, inciso I, alínea *d*, da Lei Maior:

“Art. 105 Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I. Processar e julgar, originariamente:

(...)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos” (os destaques não constam do original).

É verdade, e sempre o assinala a Suprema Corte, não substanciarem, as Turmas Recursais de Juizados Especiais, propriamente tribunais, no sentido tradicionalmente usado pelas Constituições e leis brasileiras, mas apenas órgãos colegiados compostos por juízes de primeiro grau, e se poderia pretender argumentar que, em face dessa circunstância, de não estarem os juízes dos Juizados Especiais jurisdicionalmente vinculados a tribunal, mas a colegiado de juízes de primeiro grau, não restaria caracterizada a competência do colendo Superior Tribunal de Justiça para dirimir o conflito. O argumento, porém, a meu sentir, não resiste a uma análise teleológica do preceito constitucional em referência, com os olhos do intérprete voltados à singular conformação emprestada aos Juizados Especiais. De fato, ao atribuir competência ao Superior Tribunal de Justiça para dirimir conflitos entre tribunais e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos, não se preocupou o legislador constituinte com aspectos formais, senão com o fato de cometer à Corte, de jurisdição nacional, processar e julgar conflitos entre autoridades judiciárias não vinculadas a um mesmo órgão jurisdicional revisional de segundo grau, por isso mesmo não sujeitas, ambas ao poder jurisdicional hierárquico impositivo de suas deliberações.

É verdade, outrossim, que ao apreciar os Conflitos de Competência 7.095, 7.096 e 7.098, todos do Estado de Goiás e envolvendo juiz de Direito e juiz de Direito do Juizado Especial Estadual, teve o Plenário da Suprema Corte por afetos os respectivos julgamentos ao Tribunal de Justiça local, à luz da disposição inscrita no § 1º do art. 125 da Carta da República, conjugada como quanto disposto na alínea *m* do inciso VIII do art. 46 da Constituição

Estadual, atributiva de competência originária, à Carta goiana, para processar e julgar os conflitos envolvendo seus juízes de primeiro grau, e se poderia dizer idêntico o fundamento para, à luz do disposto na alínea *e* do inciso I do art. 108 da Lei Fundamental, se atribuir aos Tribunais Regionais Federais competência para solver aqueles envolvendo juiz federal ou juiz de Direito no exercício da jurisdição federal delegada e juiz estadual de Juizado Especial igualmente no exercício de jurisdição federal delegada, quando ambos da mesma região. Não é menos certo, porém, que o princípio adotado para dirimir a controvérsia, de mera vinculação institucional-administrativa, contrasta com o que, posteriormente, se valeu, às expensas, o Supremo Colégio Judiciário para solver o Conflito de Competência 7.081, antes mencionado, preconizando o de vinculação jurisdicional, a indicar, quando menos de forma implícita, abandono ao primeiro.

Em síntese, Sr. Presidente, entendendo não se inserir a hipótese no comando do art. 108, inciso I, alínea *e*, da Carta da República, por não vinculado, jurisdicionalmente, a esta Corte, o juiz do Juizado Especial Estadual, declino da competência, para julgamento do presente conflito, ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, a quem determino a remessa dos autos e que, obviamente sem estar vinculado a tal entendimento, melhor dirá a propósito. (CC 2004.01.00.015916-7/MG)

O Conflito de Competência 2004.01.00.015916-7/MG restou assim ementado:

*Processo Civil. Conflito de competência envolvendo juízo de Direito e Juizado Especial Estadual Cível. Benefício assistencial. Inexistência de exercício de jurisdição federal. Incompetência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.*

1. Embora estaduais, no exercício da jurisdição federal, porque parte na demanda autarquia federal previdenciária, ambos os juízes em conflito, a esta Corte não se encontra vinculado, jurisdicionalmente, o Juizado Especial Cível da Comarca de Teófilo Otoni, cujas deliberações, por força do sistema especial preconizado pela Carta da República e legislação que a regulamenta, submetem-se ao crivo revisional de Turma Recursal de juízes de primeiro grau, que de igual forma não têm suas deliberações sujeitas ao crivo revisor deste Tribunal.

2. Se não existe, portanto, no tocante a um dos juízos em conflito, vinculação jurisdicional à Corte, não haverá ela, que não tem poder jurisdicional sobre ele, de ser a competente a resolvê-lo.

3. Reconhecimento da incompetência da Corte, com determinação de remessa dos autos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Isso posto, determino a remessa dos autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para o julgamento da questão.

É o meu voto.

---

## Segunda Seção

---

### Mandado de Segurança 2002.01.00.030079-4/AP

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes  
Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Impetrante: Norte Brasil Telecom S/A  
Advogado: Dr. Cássio Humberto Alves Santos  
Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara/AP  
Publicação: DJ 2 de 19/05/06

---

### Ementa

*Processo Penal. Mandado de segurança. Assinantes de linhas telefônicas. Fornecimento de dados cadastrais à Polícia.*

I. Constitui quebra de sigilo de dados o fornecimento de *dados cadastrais* de todos os assinantes, indistintamente, de linhas telefônicas, de empresa concessionária de serviços telefônicos, à Polícia Federal, sem que haja motivo determinado.

### Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencida a Juíza Relatora, Rosimayre Gonçalves de Carvalho, convocada, conceder a segurança.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 29/03/06.

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

---

### Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca:* — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Norte Brasil Telecom S/A, identificada na inicial, insurgindo-se contra ato do MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amapá, objetivando a concessão da ordem, ocasião em que postulou:

(...) a) seja concedida *medida liminar*, com fundamento no art. 7º, II, da Lei 1.533/51, para o fim de suspender a exigibilidade da respeitável decisão do Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Amapá;

b) D.R. e A., o presente, com os documentos anexos, requer ainda à impetrante a notificação do impetrado para que preste as informações que entender convenientes no prazo da lei, obedecidas as cautelas de estilo e demais requisitos processuais;

c) finalmente, uma vez requisitadas as informações da digna autoridade impetrada e ouvido o ilustre representante do Ministério Público, requer seja definitivamente concedida a segurança para afastar a ordem judicial de fornecimento do cadastro de todos os clientes da impetrante, proferindo ordem impeditiva de tal ilegalidade, que deverá ser cumprida pela autoridade coatora (...) (fls. 24).

Em defesa de sua pretensão, a impetrante alega, em síntese, que:

a) Do Texto Constitucional extrai-se o objetivo do constituinte em assegurar ao cidadão o direito à intimidade e à privacidade (ou privacidade, anglicismo de notória aceitação) (fls. 5).

b) Pela interpretação dos incisos constitucionais, já se percebe, *prima facie*, que tais dados gozam de proteção severa. Neste sentido, uma análise mesmo superficial da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) já demonstra a impossibilidade de *divulgar* os dados cadastrais dos clientes, salvo nas hipóteses previstas na Constituição e na legislação, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal, senão vejamos o que dizem os arts. 3º e 72 da lei supra (...) (fls. 6/7).

c) (...) a jurisprudência orienta-se de acordo com a posição aqui defendida, a saber, da inviolabilidade dos dados cadastrais (v.g. nome, CPF, endereço), salvo em se respeitando o devido processo legal, o que depende, necessariamente, de decisão judicial fundamentada e calcada nos limites estabelecidos em lei (...) (fls. 11).

d) A similaridade entre a quebra do sigilo de dados cadastrais, a exemplo da decisão judicial ora atacada, e o sigilo bancário é óbvia (fls. 12).

e) (...) são requisitos essenciais para a quebra de sigilo, a investigação criminal ou instrução processual penal (...) (fls. 15).

f) (...) o segredo de justiça, a “sigilosidade”, não poderia jamais figurar-se em fundamento da ressalva constitucional, já que é posterior a esta, no sentido de sua existência, e independente desta, no sentido de sua eficácia (fls. 21/22).

g) A decisão não respeitou os pressupostos legais para a quebra de sigilo (...) (fls. 22).

A fls. 62, foi exarada decisão no sentido de se conceder “(...) a medida liminar postulada na peça inicial, para o fim de que, até o julgamento definitivo deste mandado de segurança, o impetrante não seja obrigado ao fornecimento dos dados cadastrais dos usuários de suas linhas telefônicas, na forma em que determinado pela respeitável decisão *a quo* (...)”.

Solicitadas as informações à eminente autoridade judiciária impetrada, esta as prestou a fls. 81/82, esclarecendo que:

Ao tempo em que cumprimento Vossa Excelência, venho, por este, prestar as informações que me foram solicitadas para instrução do mandado de segurança acima epigrafado.

1. É cediço que a Polícia Federal realiza diversas investigações utilizando os dados existentes em catálogos telefônicos fornecidos ao público. Assim, chegando ao conhecimento da autoridade policial determinado número de telefone, basta a consulta a esses catálogos para se verificar alguma pertinência com o(s) investigado(s).

2. Sucede que nem todas as concessionárias ou empresas autorizadas lançam ao público a sua lista telefônica, como ocorre com a impetrante. Por isso, todas as vezes que a Polícia Federal necessita saber o nome do usuário de certa linha telefônica dessa empresa tem constantemente recorrido à Justiça Federal, solicitando o envio desses dados.

3. Não se pretendeu efetivar uma quebra de sigilo coletiva, com fornecimento de todas as ligações dos usuários da impetrante. Apenas se objetivou levar ao conhecimento da autoridade policial os nomes, endereços e prefixos desses usuários, e nada mais.

4. Ademais, o procedimento que exige autorização judicial é o da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que não foi o objeto de cogitação no *decisum* impugnado, o qual adotou o entendimento de que *in casu* o respeito à privacidade não é prevaletente diante do interesse público que emana das investigações policiais.

5. Assim, não se vislumbrou ofensa às garantias constitucionais dos assinantes da impetrante.

6. Colocando-me à inteira disposição para esclarecimentos complementares, e entendendo ser desnecessária a reprodução de peças processuais pertinentes, já que a impetrante as ofereceu com a petição inicial, reitero a Vossa Excelência os mais sinceros protestos de respeitosa estima e elevada consideração (fls. 81/82).

O douto Ministério Público Federal, em parecer de fls. 73/79, opinou “(...) *denegação da segurança*” (fls. 79).

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca: — A impe-*

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e Carlos Olavo. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes.

trante almeja a concessão da ordem para que esta Corte Regional Federal determine à autoridade coatora que suspenda o fornecimento dos dados cadastrais dos assinantes de suas linhas telefônicas, no Estado do Amapá (fls. 62).

Seus fundamentos são o direito ao sigilo de dados dos seus clientes e a inexistência de lei que lhe imponha a obrigação de divulgar os dados de seus usuários, sustentando que a quebra do sigilo só é permitida para fins de investigação criminal ou investigação penal.

De início, é preciso estabelecer que a medida hostilizada não constitui quebra do sigilo de dados, como afirmou a impetrante. Como bem delimitou o MPF, em seu parecer de fls. 73/79, o que se pediu e foi deferido foi o fornecimento da relação de nomes, endereços e telefones dos usuários da empresa impetrante (como ocorre quando há fornecimento dos catálogos). Inclusive, é prática usual e nunca se alegou quebra da privacidade, o fato de as empresas fornecerem catálogos (listas) telefônicos com o nome e endereço dos usuários, exceto se houver pedido expresso para que isso não ocorra.

Assim, não aproveita à impetrante a argumentação jurídica do direito/dever à privacidade.

Ademais, como vem reiteradamente decidindo o Superior Tribunal de Justiça, é flagrante sua ilegitimidade ativa *ad causam* para impetrar o presente mandado de segurança em alegando que o faz em defesa do direito de terceiros/usuários. Nesse sentido:

*Processual Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Quebra de sigilo. Interceptação telefônica. Ordem judicial proferida por autoridade competente. Impetração de mandado de segurança pela Tim Celular. Não-conhecimento por parte do Tribunal a quo. Ilegitimidade ativa ad causam. Falta de interesse de agir. Companhia telefônica. Direito líquido e certo. Titularidade. Proprietário da linha telefônica interceptada.*

*In casu*, falece à ora recorrente (Tim Celular S.A.) a legitimidade ativa *ad causam* para a impetração de mandado de segurança. Vale dizer, ela é não titular do suposto direito líquido e certo invocado e que a legitimaria a figurar no pólo ativo da demanda. Quem possui esse direito é o proprietário da linha telefônica objeto da quebra, e não a operadora de serviços telefônicos. Logo, o que se tem na hipótese vertente é uma pretensão de legitimidade extraordinária, mais precisamente, de substituição processual, prevista no art. 6º do CPC (“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”), mas que não se configura legalmente.

Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido (STJ – RMS 18658/RR, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 21/06/05, publicado no DJ de 1º/07/05, p. 568).

*Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo Penal. Quebra*

*de sigilo telefônico. Tribunal que julgou extinto o mandamus pela perda do objeto. Inocorrência. Interesse de agir que ainda se mantém. Mandado de segurança impetrado pela empresa de telefonia. Ilegitimidade ativa ad causam. Titularidade atribuída somente ao proprietário da linha.*

I. Ao contrário do reconhecido pelo Tribunal *a quo*, embora tenha sido concluída a interceptação das ligações telefônicas, não se verifica a perda do objeto do *mandamus*, tendo em vista a necessidade do reconhecimento da ilegalidade ou não do deferimento da quebra do sigilo telefônico e, por conseguinte, de todo o material probatório produzido, em face, segundo alega a recorrente, do desatendimento das hipóteses e condições previstas na Lei 9.296/96.

II. Embora permaneça o interesse de agir da recorrente, de qualquer forma o mandado de segurança não merece ser conhecido, em face da sua ilegitimidade ativa *ad causam*.

III. É que a ora recorrente, empresa de telefonia (Tim Celular S/A), não detém a titularidade do direito de ingressar com mandado de segurança visando proteger o sigilo das ligações telefônicas de seus clientes, tendo em vista tratar-se de direito constitucional individual, onde só a própria pessoa – proprietária da linha – que teve o seu sigilo devassado, de forma ilegal ou abusiva, é que pode figurar em seu pólo ativo.

IV. Recurso a que se nega provimento, mantendo-se, assim, a extinção do mandado de segurança sem o julgamento do mérito, contudo, por outro fundamento, qual seja, a ilegitimidade ativa da ora recorrente para a causa (STJ – ROMS 18186/AM, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 07/04/05, publicado no de *DJ* de 02/05/05, p. 381).

Não estando legitimada, por lei, à defesa extraordinária do direito dos usuários, poderia aproveitar-lhe o argumento remanescente, qual seja, do princípio da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No entanto, há determinação clara, direta e cogente, na Lei 10.703, de 18 de julho de 2003, art. 1º, § 3º, no sentido de impor-lhe essa obrigação mediante ordem judicial, independente de tratar de processo criminal ou investigação policial:

Art. 1º Incumbe aos prestadores de serviços de telecomunicações na modalidade pré-paga, em operação no território nacional, manter cadastro atualizado de usuários.

(...)

§ 3º Os dados constantes do cadastro, salvo motivo justificado, deverão ser imediatamente disponibilizados pelos prestadores de serviços para atender solicitação da autoridade judicial, sob pena de multa de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por infração cometida.

Desse modo, sua assertiva de que inexistente lei a amparar a obrigação imposta

pelo juiz impetrado não se sustenta.

Em arremate, como informou o juiz impetrado, a medida não constitui “quebra coletiva de sigilo, com fornecimento de todas as ligações dos usuários da impetrante. Apenas se objetivou levar ao conhecimento da autoridade policial os nomes, endereços e prefixos desses usuários, nada mais” (fls. 81).

Assim, não vislumbro ilegalidade no ato atacado pelo presente *writ*, sendo importante acrescentar, ainda, que “a autoridade policial não está pedindo ‘os dados cadastrais’ dos assinantes da impetrante para investigar os seus telefonemas. Está apenas pedindo uma listagem, um cadastro, para se munir de elementos que muitas vezes se fazem necessários em uma investigação, sem ter que recorrer à empresa toda vez eu isso acontecer”, como pontuou o MPF.

Em verdade, como consta das informações de fls. 69/70:

É cediço que a Polícia Federal realiza diversas investigações utilizando os dados existentes em catálogo telefônicos fornecidos ao público. Assim, chegando ao conhecimento da autoridade policial determinado número de telefone, basta a consulta a esses catálogos para se verificar alguma pertinência com o(s) investigado(s). Sucede que nem todas as concessionárias ou empresas autorizadas lançam ao público a sua lista telefônica, como ocorre com a impetrante. Por isso, todas as vezes que a Polícia Federal necessita saber o nome do usuário de certa linha telefônica dessa empresa tem constantemente recorrido à Justiça Federal, solicitando o envio desse dados.

Portanto, a hipótese não se configura quebra do sigilo e encontra adequação no princípio da legalidade e da razoabilidade.

Diante disso, denego a segurança pleiteada e revogo a liminar concedida.

Custas na forma da lei. Sem honorários advocatícios (Súmulas 105 do egrégio Superior Tribunal de Justiça e 512 do egrégio Supremo Tribunal Federal).

É o voto.

### **Voto Vogal Vencedor**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Senhor Presidente, *data venia*, entendo que a Polícia possa pedir, até diretamente à empresa telefônica, o endereço de algum usuário, mas a Polícia quer, no caso, o endereço e telefone de todos os usuários. Acho que não é possível, *data venia* da Relatora, pois muitas vezes até o usuário não quer que o seu nome conste da lista, e a Polícia vai ter o nome dele, ainda que ele não esteja sendo investigado. A Polícia que peça à telefônica o endereço de cada cidadão que esteja investigado e não precisa, creio, nem ir ao juiz, só se a empresa se negar a fornecer.

Assim, *data venia* da Relatora, entendo que a empresa não está obrigada a fornecer indistintamente o nome de todos os seus usuários para a Polícia Federal.

Portanto, concedo a segurança, *data venia*.

## Terceira Seção

### Embargos Infringentes na Apelação Cível

**2001.34.00.028356-8/DF**

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

Embargantes: Sérgio Roberto dos Santos e outros

Advogados: Dr. Ivo Evangelista de Ávila e outros

Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogado: Dr. Leonardo Pinto Fontes

Publicação: DJ 2 de 17/05/06

### Ementa

*Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Ação de rito ordinário. Divergência. Honorários advocatícios. Medida Provisória 2.164-40/01. Constitucionalidade.*

I. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não há condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 29-C da Lei 8.036/90, acrescentado pela Medida Provisória 2.164-40, de 26 de julho de 2001.

II. À época da edição da Medida Provisória 2.164-40, em julho de 2001, não havia restrição quanto ao uso de medidas provisórias em matéria processual, o que somente ocorreu com a promulgação da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001.

III. A regra do art. 29-C da Lei 8.036/90 não viola os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade.

IV. Consoante entendimento mais recente do STJ, “o art. 29-C é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e deve ser aplicado às relações processuais instauradas a partir de sua vigência (27 de julho de 2001), inclusive nas causas, que não têm natureza trabalhista, movidas pelos titulares das contas vinculadas contra o FGTS, administrado pela CEF” (EREsp 559959/SC, Primeira Seção, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 23/02/05, DJ de 21/03/05, p. 210)

V. Tendo a ação sido ajuizada após 27 de julho de 2001, incide a regra do art. 29-C da Lei 8.036/90.

VI. Embargos infringentes dos autores improvidos.

### Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 02/05/06.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — Trata-se de embargos infringentes opostos por Sérgio Roberto dos Santos e outros contra acórdão que, por maioria, e em sede de execução fundada em título judicial, ao dar provimento à apelação da Caixa Econômica Federal – CEF, excluiu a condenação ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais, nos termos da Medida Provisória 2.164-40/01.

Os autores/embargantes ajuizaram ação de rito ordinário, em 17 de outubro de 2001, objetivando a recomposição dos saldos de suas contas vinculadas junto ao FGTS. A sentença de fls. 70/73 julgou procedente o pedido e condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

No julgamento da apelação interposta pela CEF, o voto vencedor proferido pela eminente Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues deu parcial provimento ao recurso para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais, nos termos da Medida Provisória 2.164-40/01.

O voto vencido proferido pelo então Relator, o eminente Desembargador Federal Souza Prudente, negava provimento à apelação da CEF, para manter a condenação ao pagamento de honorários advocatícios fixada na sentença.

Sustentam os embargantes a inconstitucionalidade da medida provisória em questão, tendo em vista que a Carta Política veda a edição de medidas provisórias em matéria processual.

Afirmam que a isenção da verba honorária refere-se tão-somente à hipótese de demandas trabalhistas, não se referindo aos feitos que envolvem a cobrança de

expurgos inflacionários sobre os saldos das contas de FGTS.

Pedem os autores o provimento dos presentes embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido do eminente Desembargador Federal Souza Prudente, a fim de que seja restabelecida condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da respeitável sentença.

Não houve contra-razões.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — Os autores interpõem embargos infringentes visando à prevalência do voto vencido proferido pelo eminente Desembargador Federal Souza Prudente, no sentido de que não se aplica a Medida Provisória 2.164-40/01 para excluir os honorários advocatícios.

O acórdão da Sexta Turma está assim redigido:

*Administrativo. FGTS. Correção monetária. Honorários advocatícios. Juros moratórios. Prazo para cumprimento do julgado.*

I. Não incidem honorários advocatícios, na espécie, em face do que dispõe a Medida Provisória 2.164-41/01. Vencido, no ponto, o Relator.

II. Os juros moratórios incidem, a partir da citação, no índice de 0,5% (meio por cento) ao mês, nos termos da Súmula 46/TRF-1ª Região, até a vigência da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, observando-se, a partir daí, o disposto no art. 406 da aludida lei, que instituiu o novo Código Civil.

III. O prazo para cumprimento de obrigação de fazer encontra-se amparado em disposição legal (CPC, art. 461, §§ 4º e 5º). Vencido, no ponto, o Relator.

IV. Apelação parcialmente provida.

O voto vencido proferido pelo eminente Desembargador Federal Souza Prudente afastou a aplicação da Medida Provisória 2.164/40-01 à hipótese, sob o fundamento da impossibilidade da edição de medida provisória que verse sobre Direito Processual Civil. Neste ponto, cinge-se a irresignação dos autores.

Argumentou ainda que a MP 2.164-40/01 se destina à disciplina das obrigações derivadas das relações entre empregado e empregador, no âmbito da Justiça do Trabalho e não àquelas decorrentes da remuneração das contas de FGTS.

A jurisprudência desta Seção é mesmo no sentido da aplicabilidade do art. 29-C da Lei 8.036/90 para as ações ajuizadas após a edição da MP 2.164/01. Se-

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira (convocado).

não, confira-se:

*Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Custas processuais. Honorários advocatícios. Aplicabilidade das normas do art. 24-A, parágrafo único, da Lei 9.028/95, e do art. 29-C da Lei 8.036/90, introduzidas, respectivamente, pelas MP 1.984-18/00 e MP 2.164/01, às ações ajuizadas a partir do início de sua vigência.*

1. Nas causas concernentes ao FGTS, são aplicáveis as normas do art. 29-C da Lei 8.036/90, introduzida pela MP 2.164/01, que não admite a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ações da espécie, bem como do art. 24-A, parágrafo único, da Lei 9.028/95, com a redação dada pela MP 1.984-18, de 1º/06/00, e sucessivas reedições, que isenta a CEF do pagamento das custas processuais, por se tratar de demanda ajuizada após a data do início da vigência das referidas medidas provisórias.

2. Embargos infringentes improvidos. (EIAC 2002.34.00.040025-5/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Terceira Seção, I, de 19/07/05, p. 6)

*FGTS. Apelação. Juros progressivos. Lei 5.705/71. Opção retroativa. Lei 5.958/73. Prescrição. Juros moratórios. Súmula 46 desta egrégia Corte. Rescisão contratual. Honorários advocatícios. Aplicabilidade da Medida Provisória 2.164-40/01.*

1. O autor optante do FGTS em data anteriores à edição da Lei 5.705/71, ou que tenha feito opção retroativa, nos termos da Lei 5.958/73, tem direito à taxa progressiva de juros.

2. O autor Valter Ferro de Moraes tem direito à taxa progressiva de juros em razão de ter comprovado (fls. 13) que optou pelo FGTS de forma retroativa sob a égide da Lei 5.958/73.

3. A *actio* foi ajuizada em 17 de novembro de 2004, por isso está prescrito o direito aos juros progressivos em data anterior a 17/11/74.

4. Não é aplicável à espécie a Súmula 156 do TST, pois a demanda não em natureza trabalhista, mas estatutária.

5. O prazo prescricional para o ajuizamento de ação que objetiva a atualização de contas fundiárias é trintenário. O autor tem direito à incidência dos juros progressivos no percentual previsto em lei no período de 17 de novembro de 1974 até 6 de outubro de 2004.

6. Não são devidos juros moratórios, pois com a recomposição da conta desaparece a mora.

7. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não há condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 29 da Lei 8.036/96, acrescentado pela Medida Provisória 2.164-40 de 26 de julho de 2001.

8. Incide na espécie correção monetária, pois cuida-se de conta vincu-

lada desativada em razão de aposentadoria.

9. Apelação da Caixa Econômica Federal improvida.

10. Apelação do autor provida em parte com relação à correção monetária. (AC 2004.35.00.020146-0/GO, Quinta Turma, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, *DJ* de 07/07/05, p. 35)

*FGTS. Embargos infringentes. Ação destinada à recomposição de correção monetária e juros. Honorários advocatícios (MP 2.164-40/01). Custas (MP 2.102-28/01).*

1. Não incidem custas processuais após a vigência da Medida Provisória 2.102-28, de 23/02/01.

2. Nos termos do art. 29-C da Lei 8.036/90, incluído pela Medida Provisória 2.164/40, de 27 de julho de 2001, “nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios”, vencido nesta parte o Relator.

3. Embargos infringentes improvidos. (EIAC 2002.34.00.012655-9/DF, Terceira Seção, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, *DJ* de 23/06/05, p. 8)

Note-se que à época da edição da Medida Provisória 2.164-40, em julho de 2001, não havia restrição quanto ao uso de medidas provisórias para disciplinar matéria processual, o que somente ocorreu com a promulgação da Emenda Constitucional 32, em 11 de setembro de 2001.

Logo, a medida provisória em questão não representa ofensa ao disposto no art. 62, § 1º, I, *b*, da Constituição da República.

O art. 29-C da Lei 8.036/90 não viola os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, pois estabelece isenção de honorários não apenas em favor do FGTS e de sua representante, como, também, dos titulares das contas vinculadas.

Portanto, inexistente tratamento diferenciado a beneficiar exclusivamente a CEF.

Ademais, embora a Caixa Econômica Federal seja uma empresa regida pelo direito privado (art. 173, § 11º, inciso II), os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não são seus. Cuida-se de dinheiros do trabalhador. Muitos deles não podem pagar advogados e não têm acesso à Justiça Federal. Por isso a norma de isenção não vem beneficiar a CEF, mas o próprio Fundo, em relação a milhões de demandas ajuizadas pelos que possuem advogados e têm meios de ingressar em juízo.

De fato, o advogado é essencial à administração da Justiça e, a rigor, deveria ser possível a todo cidadão contar com assistência judiciária qualificada (art. 133 c/c art. 1º, IV, da CF/88). Porém, há exceções almejadas pelo próprio legislador por motivo de política judiciária e para facilitar o acesso à Justiça.

Por fim, consoante entendimento mais recente do STJ, “o art. 29-C é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e deve ser aplicado às relações processuais instauradas a partir de sua vigência (27 de julho de 2001), inclusive nas causas, que não têm natureza trabalhista, movidas pelos titulares das contas vinculadas contra o FGTS, administrado pela CEF” (EREsp 559959/SC, Primeira Seção, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 23/02/05, DJ 21/03/05, p. 210).

Tendo a ação de rito ordinário sido ajuizada após 27 de julho de 2001, incide a regra do art. 29-C da Lei 8.036/90.

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes opostos pelos autores, para manter a exclusão dos honorários advocatícios.

É o voto.

**Voto Vogal  
Vencido**

*O Exmo. Sr. Juiz Moacir Ferreira Ramos:* — Senhor Presidente, peço vênua à ilustre Relatora e aos demais Desembargadores que me antecederam nesses embargos infringentes, para dar provimento aos embargos, por entender, de acordo com os votos que tenho proferido sobre a matéria, que os honorários são legítimos, e a Caixa Econômica deve arcar com os mesmos.

**Voto Vogal  
Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Senhor Presidente, acompanho a divergência, informando que a questão está para ser decidida definitivamente dentro de poucos dias, porque pedi à Presidência do Tribunal que incluía em pauta a argüição de inconstitucionalidade desse dispositivo, na qual fui vencedor em um dos casos na Turma.

---

## Quarta Seção

---

### Conflito de Competência

**2006.01.00.002964-9/MG**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Autora: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Ré: Grama Materiais para Construção Ltda.

Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Lavras/MG

Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Boa Esperança/MG

Publicação: DJ 2 de 26/04/06

---

### Ementa

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Devedor domiciliado em comarca que não é sede de vara federal. Criação de vara federal com jurisdição sobre a comarca do domicílio do devedor. Competência do juízo estadual inalterada.*

I. Compete a este Tribunal conhecer de conflito de competência entre juiz estadual investido de jurisdição federal e juiz federal.

II. Nas comarcas em que não há sede de vara federal, a competência para processar e julgar execução fiscal em face de executados ali domiciliados é do juízo estadual (art. 109, § 3º, da CF, c/c art. 15, I, da Lei 5.010/66).

III. A criação de vara da Justiça Federal em Lavras somente exclui a competência delegada relativamente a essa cidade, que passa a ser sede de juízo federal, não alterando a competência dos juízos estaduais das demais comarcas, como a de Boa Esperança, o que comprometeria a finalidade das normas insculpidas no art. 109, § 3º, da CF, e art. 15, I, da Lei 5.010/66, que visam a facilitar a defesa processual dos executados domiciliados em comarca que não seja sede de Justiça Federal.

IV. Conflito conhecido e provido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Boa Esperança/MG, ora suscitado.

### Acórdão

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Boa Esperança/MG, suscitado, nos

termos do voto da Relatora.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 05/04/06.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Lavras/MG, em face do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Boa Esperança/MG, nos autos da execução fiscal movida pela Fazenda Nacional em desfavor de Grama Materiais para Construção Ltda.*

O juízo suscitado determinou a remessa dos autos de origem à Justiça Federal, tendo em vista a instalação de vara federal na Comarca de Lavras/MG, com jurisdição em Boa Esperança, Coqueiral e Ilicínea.

O Juízo Federal da Subseção Judiciária de Lavras, recebendo os autos, suscitou conflito de competência perante este Tribunal, ao fundamento de que *o Direito positivo vigente (§ 3º do art. 109 da CF/88 c/c art. 15, I, da Lei 5.010/66) confere competência ao juízo estadual para processar e julgar os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas comarcas, ficando evidenciado, assim, a incompetência deste juízo para tal mister, o que, aliás, como era de se prever, já está consolidado por remansosa e pacífica jurisprudência dessa Corte, como também do STJ.*

O Ministério Público Federal, em parecer apresentado a fls. 12/15, opinou pelo conhecimento do conflito, para que se declare competente o Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Boa Esperança, suscitado.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — De início, devo frisar que, estando, no presente caso, o juízo estadual suscitado investido da jurisdição federal, cabe a este Tribunal dirimir o presente conflito de competência, aplicando-se a Súmula 3/STJ: *competete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva Região, entre juiz federal e juiz estadual investido da jurisdição federal.**

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa, Carlos Fernando Mathias, Luciano Tolentino Amaral e Antônio Ezequiel da Silva. Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

No que toca ao mérito, entendo que razão assiste ao juízo suscitante, pelo que passo a expor.

A Carta Política de 1988 trouxe, em seu art. 109, § 3º, a seguinte redação:

Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

§ 3º Serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de Previdência Social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

Verifico que a Constituição Federal, por meio do dispositivo transcrito, admitiu hipóteses, previstas em lei, em que o juízo estadual será investido de jurisdição federal em comarcas onde não houver vara federal. Uma dessas hipóteses é, precisamente, a execução fiscal proposta pela União e suas autarquias contra devedores domiciliados naquelas comarcas, conforme o art. 15, I, da Lei 5.010/66, recepcionado pela CF/88, *verbis*:

Art. 15 Nas comarcas do interior onde não funcionar vara da Justiça Federal (art. 12), os juízes estaduais são competentes para processar e julgar:

I – os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas comarcas;

Interpretando os referidos dispositivos constitucionais e legais, a jurisprudência de nossos Tribunais pacificou a matéria ora em apreço, tendo sido inclusive editada a Súmula 40 pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, que ora transcrevo:

Súmula 40 do TFR. A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o juiz de direito da comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de vara da Justiça Federal.

Esta Quarta Seção, por inúmeras vezes, também já se manifestou sobre a matéria, sustentado idêntico entendimento, conforme ementa a seguir:

*Processual Civil e Tributário. Execução fiscal contra devedor sediado/domiciliado em comarca não sede de vara federal. Juízo de direito de vara cível e de vara da Fazenda Pública: conflito negativo de competência. Competência do TRF para dirimi-lo. Vara da Fazenda Pública competente.*

1. O Tribunal Regional Federal é competente para dirimir conflitos de competência entre juízes de direito quando em cogitação qual deles é o destinatário da jurisdição federal delegada em tema de execução fiscal.

2. “Nas comarcas do interior onde não funcionar vara da Justiça Federal (art. 12), os juízes estaduais são competentes para processar e julgar os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores

domiciliados nas respectivas comarcas” (Lei 5.010/66, art. 15, I).

3. As varas da Fazenda Pública das comarcas onde não existe vara federal são as competentes para processar e julgar as execuções fiscais, por simetria e analogia (art. 109, § 3º, *in fine* c/c Lei 5.010/66, art. 15, I).

4. Conflito conhecido. Declarada a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Contagem/MG.

5. Peças liberadas pelo Relator em 25/05/05 para publicação do acórdão. (CC 2005.01.00.034264-1/MG – Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – DJ de 25/07/05)

Noutro giro, entendo que a criação de vara da Justiça Federal em Lavras somente exclui a competência delegada relativamente a essa cidade, que passa a ser sede de juízo federal, não alterando a competência dos juízos estaduais das demais comarcas, como, no caso em apreço, a de Boa Esperança, o que comprometeria a finalidade das normas insculpidas no art. 109, § 3º, da CF, e art. 15, I, da Lei 5.010/66, que visam a facilitar a defesa processual dos executados domiciliados em comarca que não seja sede de Justiça Federal.

Por oportuno, trago à colação excerto do parecer da lavra do ilustre Procurador Regional da República, Dr. José Adonis Callou de Araújo Sá, oferecido nos autos do Conflito de Competência 2006.01.00.003499-7/MG, em que faz menção a precedente do Superior Tribunal de Justiça, que bem explicita o sentido da referida norma constitucional, *verbis*:

Entendo que a instalação de vara de Justiça Federal, com jurisdição sobre diversas cidades, somente exclui a competência delegada relativamente à cidade sede do novo juízo federal. A exclusão da competência delegada no tocante a todas as comarcas situadas na área de abrangência do juízo federal compromete a finalidade das normas do art. 109, § 3º, da CF e art. 15, I, da Lei 5.010/66.

Conforme assinalou o Ministro Luiz Fux, em precedente do STJ, “a finalidade do legislador, ao estabelecer a jurisdição federal delegada, nos termos dos dispositivos mencionados, foi proporcionar aos executados e segurados da Previdência Social melhores condições de defesa, evitando que a parte tenha que se deslocar de seu domicílio para acompanhar o andamento da ação em outro Município onde haja vara federal instalada. Assim é que o termo “comarca”, deve ser entendido em sentido amplo, para abranger também os foros distritais que não sejam sede de vara federal” (CC 38.713/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 14/04/04, DJ de 03/11/04, p. 121)

No caso dos autos, o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Lavras/MG tem jurisdição sobre uma região formada por mais de 25 Municípios mineiros, entre os quais os de Andrelândia, Boa Esperança, Coqueiral, Ijaci, Luminárias, Ribeirão Vermelho, Santana do Jacaré, Santo Antônio do Amparo e São Vicente de Minas. A solução que privilegia o sentido teleológico do §

3º do art. 109 da Constituição c/c art. 15, I, da Lei 5.010/66 é a que considera não extinta a competência delegada ao juízo estadual de comarca que não seja a sede de vara federal. (...)

Além do sentido teleológico da norma constitucional referida, deve-se levar em conta os princípios da economia e celeridade processuais, bem como o princípio insculpido no art. 620 do Código de Processo Civil, segundo o qual a execução deve-se dar do modo menos gravoso para o executado. Com efeito, permitir-se que a execução fiscal tenha processamento em comarca diversa do domicílio do devedor gera ao executado excessivo ônus, além de retardar o andamento do processo, com a expedição de cartas precatórias e a realização de diligências em juízo diverso do condutor do feito executivo.

Nesse sentido, confira julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *verbis*:

*Processual. Constitucional. Conflito de competência. Execução fiscal ajuizada no juízo estadual. Criação de vara federal em sede diversa do domicílio do devedor. Inalteração da competência da vara estadual. Art. 109, § 3º, da CF/88.*

1. A competência para processamento e julgamento de execução fiscal é o foro do domicílio do devedor (art. 12 da Lei 5.010/66).

2. Inexistindo sede de vara federal no Município de domicílio do devedor, a competência é delegada ao juízo de Direito da Comarca do Município, por força do art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

3. A criação de nova vara federal em Município próximo ao de domicílio do devedor não retira a competência do juízo estadual, pois somente os litígios de devedores domiciliados na sede da vara federal é que serão abrangidos pela mesma.

4. Fixação da competência na 1ª Vara da Comarca de Nossa Senhora da Glória/SE. (CC 200485010008923-SE – Relator Desembargador Federal Napoleão Maia Filho – DJ de 02/03/05) (sem grifo no original)

Por todo o exposto, conheço do conflito de competência e julgo-o procedente, para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Boa Esperança/MG, ora suscitado, para processar e julgar o feito de origem.

É como voto.

## Primeira Turma

**Apelação em Mandado de Segurança**  
**1999.01.00.023516-5/DF**

---

Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Miguel Ângelo Alvarenga Lopes  
Apelante: União Federal  
Procurador: Dr. Amaury José de Aquino Carvalho  
Apelada: União Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle  
– Unacon  
Advogados: Dr. Antônio Torreão Braz Filho e outro  
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara/DF  
Publicação: DJ 2 de 19/05/06

---

### **Ementa**

*Administrativo e Previdenciário. Mandado de segurança. Pagamento de benefício por meio de conta conjunta. Impossibilidade. Art. 10, caput, Lei 9.527/97.*

I. A restrição prevista no art. 10 da Lei 9.527/97 que proíbe o pagamento de proventos de aposentadoria estatutária por meio de conta conjunta não ofende o princípio da razoabilidade, porquanto tal restrição não impede ou cria obstáculo ao recebimento do benefício, apenas evita que terceiro receba a prestação por via oblíqua.

II. A norma faculta o recebimento por via de procurador legalmente constituído, não fazendo qualquer distinção quanto à possibilidade de que o pagamento seja efetivado na conta do mandatário e em nada viola a proteção outorgada pela Carta Política aos idosos, constituindo-se em verdadeira proteção, na medida em que os resguarda da prática de fraudes.

III. Apelação e remessa oficial providas.

### **Acórdão**

Decide a 1ª Turma do TRF-1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 08/05/06.

Juiz *Miguel Ângelo Alvarenga Lopes*, Relator convocado.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Juiz Miguel Ângelo Alvarenga Lopes*: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pela União Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle – Unacon contra ato do diretor de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda, objetivando “... *seja concedida a segurança, confirmando-se a*

*liminar, para que fique assegurado, aos servidores em atividade, aos aposentados e as pensionistas filiados da impetrante o direito de receberem os seus ganhos mensais por intermédio de conta corrente conjunta, se assim o desejarem, tornando nulo de pleno direito o disposto no art. 10º da MP 1.573, em suas diversas reedições.”.*

Na sentença de fls. 60/62, o MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Novély Vilanova da Silva Reis, concedeu a segurança para que os aposentados e pensionistas filiados à União Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle possam receber seus proventos em conta corrente conjunta, se assim o desejarem, ao fundamento de que viola o princípio constitucional da igualdade a proibição ao aposentado e ao pensionista de receberem seus proventos em conta corrente conjunta, por não existir idêntica proibição para o servidor em atividade.

Inconformada, a União interpôs o recurso de apelação de fls. 66/71, alegando que observa-se no art. 10, parágrafo único, da Lei 9.527/97 uma forma de controle da Administração para evitar inúmeras fraudes que ocorrem em relação aos benefícios pagos pelos cofres públicos, não havendo qualquer inconstitucionalidade na norma citada.

Contra-razões a fls. 78/80.

Opina o Ministério Público Federal pelo provimento da apelação (fls. 83/86).

É o relatório.

### **Voto\***

*O Exmo. Sr Juiz Miguel Ângelo Alvarenga Lopes: — Trata-se de remessa oficial e apelação em mandado de segurança contra sentença que concedeu a segurança para que os aposentados e pensionistas filiados à União Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle possam receber seus proventos em conta corrente conjunta, se o desejarem.*

Conheço da remessa oficial. Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conheço do recurso de apelação.

Dispõe o art. 10, *caput*, da Lei 9.527/97, que:

A aposentadoria ou pensão será paga diretamente aos seus titulares, ou aos seus representantes constituídos, *não se admitindo o recebimento por intermédio de conta corrente conjunta.*

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amilcar Machado e Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

Não há dúvida de que a norma acima transcrita visa resguardar o interesse da Administração em evitar fraudes, protegendo também, em última instância, o próprio beneficiário, principal interessado na solvência do sistema.

A restrição prevista na norma não ofende o princípio da razoabilidade, porquanto tal restrição não impede ou cria obstáculo ao recebimento do benefício, apenas evita que terceiro receba a prestação por via oblíqua.

A norma faculta o recebimento por via de procurador legalmente constituído, não fazendo qualquer distinção quanto à possibilidade de que o pagamento seja efetivado na conta do mandatário.

Ressalte-se que a regra em nada viola a proteção outorgada pela Carta Política aos idosos. Ao reverso, constitui verdadeira proteção, na medida em que os resguarda da prática de fraudes.

Nesse sentido: TRF-1ª Região. AC 1999.01.00.117642-3/MG, Terceira Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Wilson Alves de Souza (conv.), *DJ* de 28/04/05, p. 134.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial para, reformando a respeitável sentença, denegar a segurança. Custas *ex lege*. Sem honorários (Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

É como voto.

## Segunda Turma

---

### Apelação em Mandado de Segurança

**2000.38.00.046385-7/MG**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves

Apelante: União Federal

Procurador: Dr. Antenor Pereira Madruga Filho

Apelado: Edmar Ferreira de Carvalho

Advogados: Dr. Tarcísio Pires de Vasconcelos e outro

Remetente: Juízo Federal da 11ª Vara/MG

Publicação: *DJ* 2 de 10/04/06

---

### Ementa

*Constitucional e Administrativo. Militar licenciado a bem da disciplina. Reabilitação. Efeitos. Novo ingresso na vida castrense. Concurso. Possibilidade. Princípio da legali-*

---

*dade. Ausência de vedação expressa. Respeito ao postulado da razoabilidade. Princípio do devido legal substantivo.*

I. O impetrante foi licenciado do Exército em 1995, a bem da disciplina, por ocasião da prestação de serviço militar obrigatório, em face da prática do crime previsto no art. 171 do CP, por ter preenchido dois cheques subtraídos por terceiros.

II. No ano de 1998 o impetrante obteve sua reabilitação militar, vindo em seguida a ser aprovado e matriculado no Curso de Formação de Sargentos do Exército.

III. Na mesma época, foi deflagrada a ação penal atinente ao ilícito cometido, sobrevindo a suspensão condicional do processo com a aplicação de pena restritiva de direitos, consistente na prestação de três meses de serviço comunitário.

IV. Iniciado o curso, a permanência do impetrante foi administrativamente questionada, ultimando-se decisão proferida pelo comandante e diretor de Ensino da Escola de Sargentos das Armas que, discordando do parecer exarado à unanimidade pelo Conselho de Ensino, efetuou seu desligamento.

V. A decisão proferida, todavia, encontra-se desgarrada do princípio da legalidade, porque não há previsão legal que impeça o militar reabilitado de participar de certames promovidos com vista ao ingresso na carreira militar. Ao contrário, a interpretação conjunta dos ditames aplicáveis à espécie contidos na Lei 6.880/80, no Decreto 90.608/84, no Código Penal Militar e no Decreto 57.654/66 apontam justamente em sentido favorável à tese contida na peça inicial do *mandamus*.

VI. A par disso, a perpetuação da pecha da inidoneidade moral como pretendida pelo impetrado se traduz em punição que, por seu desmedimento, revela-se arbitrária e injusta, e, assim, incompatível com o postulado do respeito ao devido processo legal, em seu aspecto material.

VII. Apelação e remessa desprovidas.

### **Acórdão**

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF-1ª Região – 20/03/06.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

---

### **Relatório**

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal, contra sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 11ª Vara SJ/MG, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, concedendo a segurança requestada pelo impetrante para, convalidando os efeitos da liminar inicialmente deferida, anular o ato administrativo que o excluiu do Curso de Formação de Sargentos de que trata a Portaria 86/99 da ESA, ficando assegurado ao mesmo a formatura, desde que preencha todos os demais requisitos do edital (cf. fls. 132/137).

A liminar foi concedida (cf. fls. 95/99) e o agravo de instrumento contra ele manejado não concedeu o efeito suspensivo almejado.

A apelante, a fls. 145/151, descerra suas razões recursais, lembrando que o impetrante fora desligado das fileiras do Exército em 1995, a bem da disciplina, quando prestava serviço militar obrigatório, em face do cometimento de ilícito penal maculador da idoneidade moral necessária à sua permanência nos quadros militares.

Aduz, outrossim, que a interpretação dada pelo sentenciante ao instituto da reabilitação, excedeu o alcance do art. 133 da Lei 6.880/80, esta que deve ser compreendida à luz do art. 142 da Constituição Federal.

Nessa toada, afirma que o instituto da reabilitação tem o condão de consignar a aptidão do militar outrora expulso para todos os atos da vida civil, com o recebimento do certificado de reservista, mas não o de permitir seu retorno para as fileiras do Exército, isto por força da legislação e regulamentos militares aplicáveis à espécie, mormente o § 6º do retro indicado art. 133, que prevê como único efeito da reabilitação “a substituição de certificado pelo de dispensa de incorporação ou reservista, conforme o grau de instrução alcançado”.

Inexistindo previsão para que a reabilitação restitua a idoneidade do militar excluído por incapacidade moral, arremata, esse efeito não pode ser reconhecido a favor do impetrante.

Registra ainda a União que o próprio edital do concurso em testilha exige bons antecedentes do candidato como condição para seu ingresso no Curso de Formação e Sargentos da ESA, asseverando, no mesmo flanco, que os regulamentos militares são fontes legítimas para o estabelecimento dos requisitos a serem observados para o ingresso nas forças armadas.

Sustenta ainda que a sentença recorrida encerrou violação ao princípio da separação dos poderes, além de penetrar indevidamente no mérito do ato administrativo, “avocando a conveniência e a oportunidade do mesmo”.

A União transcreveu doutrina e jurisprudência em favor da tese que advoga,

pugnando, assim, pela reforma da sentença recorrida.

Contra-razões a fls. 154/156.

Neste Tribunal, o MPF opinou pelo desprovimento do recurso de apelação (fls. 160/161), reiterando a manifestação do órgão na primeira instância e reafirmando que “... o ato consistente na exclusão do impetrante do Curso de Formação de Sargentos invalida os efeitos da reabilitação obtida pelo impetrante, prescritos no art. 133 da Lei 6880/80. O ato de exclusão atacado no mandado de segurança carece de fundamentação compatível com a disciplina objetiva contida na lei mencionada e no seu regulamento.”

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Trata-se de mandado de segurança impetrado por militar expulso dos quadros do Exército quando nele prestava serviço militar obrigatório no ano de 1995, com dezenove anos de idade, vindo a ser posteriormente reabilitado em fevereiro de 1998, ação em que postulou a concessão de édito sentencial que anulasse o ato administrativo que o excluiu do Curso de Formação de Sargentos para o qual foi aprovado em concurso público, ao fundamento de que ele, militar excluído, não possuía a idoneidade moral necessária para ingressar na *carreira* militar.

A drástica punição imposta ao impetrante, contudo, não se mostrou consentânea com os ditames do Direito, sendo esta a conclusão a que cheguei a partir da leitura do judicioso trabalho do magistrado de 1º grau, tanto em sede de cognição sumária quanto por ocasião da prolação da decisão definitiva proferida, esta que, a seguir transcrita, também tomo como fundamento de meu voto:

.... O art. 133 da Lei 6.880/80 assim dispõe:

Art. 133 A concessão da reabilitação implica em que sejam cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais do militar e os registros constantes de seus assentamentos militares ou alterações, ou substituídos seus documentos comprobatórios de situação militar pelos adequados à nova situação.

Vê-se, portanto, e decorre da lei, que concedida a reabilitação, os registros anteriores constantes devem ser cancelados, não podendo, dessa forma, serem utilizados em desfavor do impetrante.

Ora, a autoridade coatora decidiu excluir o impetrante do curso com base tão-somente no fato pelo qual esse já havia sido reabilitado e que deveria ter sido cancelado de seus registros, decorrendo daí a ausência de motivação

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Carlos Moreira Alves.

válida.

Assim quando o regulamento do concurso exige que o candidato não tenha sido excluído a bem da disciplina, tal exclusão para poder impedir o postulante de exercer seu direito subjetivo, deve poder constar validamente de seus registros, o que, como demonstrado, não ocorre na espécie.

*Entender de outro modo é negar qualquer finalidade jurídica ao instituto da reabilitação.*

É necessário ressaltar, neste passo, que os termos do § 6º do art. 110 do Decreto 57.654/66, apenas garantem outro direito subjetivo ao reabilitado e em nada impedem o cancelamento dos antecedentes desfavoráveis ao mesmo.

De outra parte, os registros da Justiça Comum também não podem ser utilizados contra o impetrante, de vez que, como demonstra a certidão de fls. 49, foi declarada a extinção da pretensão punitiva do Estado em face do fato delituoso praticado em 1995 e, demais disso, nenhum documento foi trazido pela autoridade coatora que comprovasse a existência de algum tipo de processo administrativo que tivesse apurado a responsabilidade do impetrante no fato delituoso.

Noutro giro, nos termos do § 3º do art. 50 do Regulamento Disciplinar do Exército, ao ser incorporado em 1995, o impetrante obteve o comportamento classificado como “bom”, inexistindo qualquer notícia nos autos de que tal classificação tenha sido alterada, ou mesmo que exista algum fato que levasse a tal alteração.

De fato, o art. 50 do mesmo estatuto assim dispõe:

“– O comportamento militar das praças espelha o seu procedimento civil e militar sob o ponto de vista da disciplina.

§1º – O comportamento militar das praças deve ser classificado em:

1) Excepcional

a) quando no período de nove anos de efetivo serviço, computados somente nos comportamentos ‘bom’ ou ‘ótimo’, não tenha sofrido qualquer punição disciplinar;

b) quando, tendo sido condenada por crime culposo, passe dez anos de efetivo serviço sem sofrer qualquer punição disciplinar, mesmo que lhe tenha sido concedida a reabilitação judicial. Neste período somente serão computados os anos em que a praça estiver classificada nos comportamentos ‘bom’ ou ‘ótimo’;

c) quando, tendo sido condenada por crime doloso, passe doze anos de efetivo serviço sem sofrer qualquer punição disciplinar, mesmo que lhe tenha sido concedida a reabilitação judicial. Neste período somente serão computados os anos em que a praça estiver classificada nos comportamentos ‘bom’ ou ‘ótimo’.

2) Ótimo

a) quando, no período de cinco anos de efetivo serviço, contados a partir do comportamento ‘bom’, tenha sido punida com a pena disciplinar de até uma detenção;

b) quando, tendo sido condenada por crime culposo, passe seis anos de efetivo serviço, punida, no máximo, com uma detenção disciplinar, contados, a partir do comportamento ‘bom’, mesmo que lhe tenha sido concedida a reabilitação judicial;

c) quando, tendo sido condenada por crime doloso, passe oito anos de efetivo serviço, punida, no máximo, com uma detenção disciplinar, contados a partir do comportamento ‘Bom’, mesmo que lhe tenha sido concedida a reabilitação judicial.

### 3) Bom

a) quando, no período de dois anos de efetivo serviço, tenha sido punida com a pena disciplinar de até duas prisões;

b) quando, tendo sido condenada criminalmente, houver cumprido os prazos previstos para a melhoria de comportamento e constantes do § 7º deste artigo, mesmo que lhe tenha sido concedida a reabilitação judicial.

### 4) Insuficiente

a) quando, no período de um ano de efetivo serviço, tenha sido punida com a pena disciplinar de duas prisões;

b) quando, tendo sido condenada criminalmente, houver cumprido os prazos previstos para a melhoria de comportamento e constantes do § 7º deste artigo, mesmo que lhe tenha sido concedida a reabilitação judicial.

### 5) Mau

a) quando, no período de um ano de efetivo serviço tenha sido punida com mais de duas prisões disciplinares;

b) quando condenada por crime culposo ou doloso, desde a data de sua condenação em primeira instância, até que satisfaça as condições para a mudança de comportamento constantes do § 7º deste artigo.”

Vê-se, e novamente decorre da norma, que ter sido *acusado* da prática de estelionato, ter aceitado suspensão condicional de processo ou mesmo ter sido excluído a bem da disciplina, não são motivos para regressão da classificação para insuficiente ou ruim, decorrendo daí que o impetrante foi licenciado no comportamento *Bom*, não podendo prevalecer, por mais esse fato, a sua exclusão.

Argumenta-se que aqueles que sustentam comportamento insuficiente ou ruim demonstram conduta mais favorável do que a do impetrante.

Todavia, sem razão.

É que tal afirmação é de ordem subjetiva e não evidencia qualquer favorecimento pessoal do impetrante através de sua reincorporação ao curso.

Desta forma, estando o ato impugnado baseado tão-somente em fatos que não poderiam constar validamente dos registros do impetrante em face da

reabilitação concedida, configurada está a ofensa ao princípio da legalidade, decorrendo daí a sua invalidade (cf. fls. 134/137).

Não bastassem tais razões, a análise da matéria em berlinda também sob outro enfoque impõe a inarredável conclusão de que o autor não poderia ser desligado tão abruptamente do curso para o qual foi aprovado.

A tal propósito, convém transcrever o que dispõe a Lei 6.880/80 no ponto em que disciplina o instituto da reabilitação militar:

Art. 132. A reabilitação do militar será efetuada:

I – de acordo com o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, se tiver sido condenado, por sentença definitiva, a quaisquer penas previstas no Código Penal Militar;

II – de acordo com a legislação que trata do serviço militar, se tiver sido excluído ou licenciado a bem da disciplina.

Parágrafo único. Nos casos em que a condenação do militar acarretar sua exclusão a bem da disciplina, a reabilitação prevista na legislação que trata do serviço militar poderá anteceder a efetuada de acordo com o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

*Art. 133 A concessão da reabilitação implica em que sejam cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais do militar e os registros constantes de seus assentamentos militares ou alterações, ou substituídos seus documentos comprobatórios de situação militar pelos adequados à nova situação.*

O Código Penal Militar, a seu turno, cuida do referido instituto da reabilitação, tratando-a como causa extintiva da punibilidade em relação aos crimes militares, consoante se infere da leitura dos seguintes dispositivos:

Art. 123 Extingue-se a punibilidade:

(...)

V – pela reabilitação;

Art. 134 A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva.

1º A reabilitação poderá ser requerida decorridos cinco anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar a execução desta ou da medida de segurança aplicada em substituição (art. 113), ou do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado:

(...)

5º A reabilitação será revogada de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, por decisão definitiva, ao cumprimento de pena privativa da liberdade.

Art. 135 Declarada a reabilitação, serão cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais.

Parágrafo único. Concedida a reabilitação, o registro oficial de condenações penais não pode ser comunicado senão à autoridade policial ou judiciária, ou ao representante do Ministério Público, para instrução de processo penal que venha a ser instaurado contra o reabilitado.

Além dessas regras, também o Decreto 90.608/84, que aprovou o Regulamento Disciplinar do Exército, assim tratou a questão:

Art. 31 – A reabilitação dos licenciados ou excluídos, a bem da disciplina, segue o prescrito no Estatuto dos Militares e Lei do Serviço Militar e sua concessão obedecerá ao seguinte:

1) a autoridade competente para conceder a reabilitação é o comandante da Região Militar em que o interessado tenha prestado serviço militar, por último;

2) a concessão se fará mediante requerimento do interessado, instruído com documento passado por autoridade policial do Município de sua residência, comprovando o seu bom comportamento, como civil, nos dois últimos anos que antecederam o pedido;

3) a reabilitação *ex officio* poderá ser determinada pelas autoridades relacionadas no item 1) art. 9º ou ser proposta, independente de prazo, por qualquer outra autoridade com atribuição para excluir ou licenciar a bem da disciplina.

4) quando o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina for decorrente de condenação criminal, a reabilitação estará condicionada à apresentação de documento comprobatório da reabilitação judicial, expedido pelo juiz competente;

5) a autoridade que conceder a reabilitação determinará a expedição do documento correspondente à inclusão ou reinclusão na reserva do Exército, em conformidade com o grau de instrução militar do interessado.

Pela inteligência das normas em comento, podemos facilmente perceber que o militar agraciado com a reabilitação, mediante o preenchimento dos requisitos para tanto exigidos, tem o direito de ver cancelados os seus antecedentes criminais e, além disso, substituídos seus documentos comprobatórios de situação militar pelos adequados à nova situação.

Em termos práticos, isso se operacionaliza com a observação do que preceitua o item 5 do art. 31 do Decreto 90.608/84, que garante ao militar reabilitado o direito de que a autoridade concessora da reabilitação *determine a expedição do documento correspondente à inclusão ou reinclusão na reserva do Exército*, em conformidade com o seu grau de instrução.

Vemos, assim, que o militar licenciado a bem da disciplina, e posteriormente

reabilitado, faz jus, em última análise, a ser considerado como reservista da instituição a que estava vinculado. O efeito primacial decorrente da reabilitação concedida ao militar licenciado a bem da disciplina, assim, corresponde a garantir-lhe a condição de reservista, em conformidade com seu grau de instrução.

Nesse vértice, afastados os antecedentes criminais e assegurado o novo *status quo*, é de se perquirir se o militar (re)incluído na reserva das Forças Armadas pode, ou não, ser a elas reintegrado, mediante a aprovação em concurso público.

À toda prova, a resposta é positiva!

É que inexistindo previsão normativa que impeça o militar reabilitado, na condição do impetrante, de retornar aos quadros castrenses, não se afigura crível que esse direito lhe seja subtraído, sob o argumento de que a reprovável conduta por ele outrora praticada lhe impediria de reingressar na vida militar.

A excessividade da medida, aliás, avulta facilmente demonstrada quando se verifica que, à luz do quanto prescreve o art. 102 do CPM, a exclusão do militar das Forças Armadas como decorrência do cometimento de infração penal somente ocorre quando ele for condenado à pena privativa de liberdade *superior* a 2 anos.

No caso vertente, todavia, o autor obteve a suspensão condicional do processo instaurado em face do cometimento do crime de estelionato, submetendo-se, assim, à prestação de três meses de serviço comunitário, integralmente cumprido. A imposição de pena restritiva de direitos demonstra, claramente, que o impetrante não cometeu “um grave ilícito penal”, como alegado pela autoridade administrativa, porque se assim o fosse certamente teria de se submeter a uma pena privativa de liberdade.

O que se vê, de toda sorte, é que se a gravidade da ofensa é parâmetro para a exclusão do militar das Forças Armadas (pena privativa de liberdade superior a dois anos), deve ser, do mesmo modo, utilizado para fins de impedimento do seu retorno à atividade, e por uma simples questão de lógica, somente o militar apenado com pena privativa de liberdade em gradação temporal suficiente para determinar a sua exclusão é que poderia ser impedido de retornar ao aquartelamento.

Não fora só isso, anoto ainda, por importante, que além de desvirtuar o instituto da reabilitação, manietando-lhe os efeitos, a decisão administrativa incorreu em outro erro que, do mesmo modo, a inquina de nulidade.

É que a pretexto de salvaguardar a instituição militar da presença “nociva” de um ex-integrante de lá afastado a bem da disciplina, a autoridade impetrada terminou por praticar um ato administrativo sem a necessária fundamentação legal que lhe conferisse o indispensável alicerce, visto inexistir qualquer norma jurídica impeditiva da participação do militar reabilitado em certame público voltado para

o ingresso na *carreira* militar.

De fato, ao contrário do que ocorre na esfera do direito privado, onde se é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador público somente pode atuar a partir do que for expressamente prescrito pela lei, ou por normas jurídicas hierarquicamente inferiores nascidas para lhe dar efetividade.

Assim, inexistindo disposição legal que vede expressamente a participação de militar reabilitado em certame público voltado para o ingresso na vida castrense, extrapola os limites da legalidade o ato administrativo que assim dispõe.

Mais que isso, a lógica hermenêutica contida na peça recursal é igualmente improfícua, desde que o só fato de estar contida na disposição regulamentadora da reabilitação a afirmação de que o militar por ela contemplado terá direito à substituição de certificado pelo de dispensa de incorporação ou reservista, conforme o grau de instrução alcançado, não significa que essa substituição tenha efeito estante, como se fosse um direito em si mesmo. Não! A substituição da certidão, nada mais é do que a positivação da reabilitação operada, ou seja, a certificação de que o militar não mais se encontra em situação vexatória perante a instituição militar.

Em outras palavras, a reabilitação confere, sim, ao beneficiário o direito de alteração em seus registros cadastrais, mas não apenas esse direito, porque se assim o fosse essa alteração seria inócua, vazia.

Por isso, testificado o novo *status quo* do impetrante, é inaceitável que a pecha da inidoneidade moral siga, *ad eternum*, maculando a sua própria personalidade, de sorte que desborda dos limites da razoabilidade a conduta administrativa que impede o militar reabilitado pela própria instituição de, aprovado em concurso público, colher os frutos de seu esforço despendido com o intuito de seguir a carreira militar.

Tenho, aliás, que a negativa à pretensão deduzida em juízo pelo impetrante terminaria, em última análise, por induzi-lo à volta às práticas delituosas, porque soaria como um claro fechar de portas à sua louvável tentativa de reintegração social e de crescimento pessoal e profissional, mediante a correta, ainda que dificultosa, trilha do concurso público.

Pensar diferente, *data venia* dos que discordam dessa compreensão, seria como fechar os olhos diante da injusta e desigual realidade social do País, que impele para a criminalidade milhares de jovens que se vêem frustrados diante da falta de perspectiva para o seu futuro, ante a situação de pobreza e miséria com que vivenciam seu presente.

Em suma, negar ao impetrante a possibilidade de ingressar na carreira militar, mesmo depois de ter sido reabilitado é impedir, ou no mínimo dificultar, que

suas aptidões físicas e intelectuais permaneçam sendo aplicadas em atividades lícitas e importantes para a manutenção da paz social.

Sobre o tema da *reabilitação* em matéria criminal, aliás, afirma com habitual percuciência o Professor César Roberto Bitencourt<sup>1</sup>, tratar-se “*de medida de política criminal que objetiva restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania*”. Realçando essa natureza da reabilitação, o ilustre penalista ainda cita Giuseppe Maggiore<sup>2</sup>, que com igual sabedoria pontifica: “*A reabilitação se assenta em questões de humanidade, enquanto auxilia o condenado, após a expiação ou extinção da pena, a recuperar a reputação moral que lhe foi ofuscada pelo delito*”.

*Mutatis mutandis*, outra não é a hipótese dos autos, visto que o impetrante fora reabilitado no ano de 1998 (fls. 26), *antes* de ter transacionado no processo criminal contra ele instaurado (vale o registro, aliás, que seu licenciamento a bem da disciplina se operou no ano de 1995, antes mesmo da apresentação da denúncia pelo Ministério Público, ou seja, antes mesmo do início da ação penal, o que sugere, no mínimo, o açodamento do referido licenciamento).

Mais que tudo isso, é de manifesta importância a constatação de que o Conselho de Ensino da Escola de Sargento das Armas, *composto por nove militares de alta e média patente*, decidiu, à unanimidade, pela permanência do impetrante no Curso de Formação de Sargentos, tendo sido consignados como razões de defesa na respectiva ata da reunião realizada em 09/10/00 os argumentos que passo a transcrever:

1. O aluno tem apresentado bons resultados nas verificações, sendo possuidor de conceito favorável por seu comandante de pelotão;
2. De acordo com o BI 43, de 5 de março de 1998, do Comando da 4ª RM/4ª DE, o aluno Edmar foi reabilitado, recebendo certificado de reservista de 2ª categoria;
3. De acordo com os arts. 3º e 4º do Capítulo XVI da RLSM, os incapazes moralmente, quando convocados ou durante a seleção, poderão concorrer à seleção após sua reabilitação, caso não tenham completado trinta anos. Por analogia, o aluno Edmar poderia concorrer novamente ao ingresso no Exército Brasileiro, em particular à EsSA;
4. De acordo com o art. 133 do Estatuto dos Militares, não deveria constar de suas alterações o fato ocorrido, devido a sua reabilitação. Por analogia, haveria um cancelamento da punição disciplinar, como ocorre nos pedidos de cancelamento de punição. O mesmo procedimento é adotado nos casos de crime militar, conforme art. 656 do CPPM;
5. De acordo com o inciso XXVI, da Constituição Federal, o aluno Edmar não deve ser sancionado por um erro que já foi julgado, uma vez que, além de ter sido excluído a bem da disciplina, foi condenado a cumprir serviço gratuito à comunidade, recebendo certidão negativa da Comarca de São

João Del Rey.

6. Segundo parecer da SSPP, o aluno apresenta comportamento facilmente influenciável, que pode ter acarretado tal procedimento. Sua família era possuidora de baixa renda à época, bem como seu pai havia falecido a (*sic*) menos de um ano;

7. Não houve parecer desfavorável, por parte da Crecodom, por ocasião de sua apresentação na EsSA, antes de sua matrícula.

Dentre as razões acima transcritas, destaco aquelas lançadas nos itens 1, 3, 4, 5 e 7 como fortes elementos de convicção para a manutenção da decisão monocrática; *a uma*, porque o impetrante *já estava matriculado* e cursando o Curso de Formação de Sargentos/00, para o que teve sua documentação devidamente analisada por quem de direito, por ocasião de seu ingresso, inexistindo nos autos qualquer documento que apontasse no sentido da existência de irregularidades no deferimento da inscrição no concurso, ou mesmo na matrícula; *a duas*, porque, de fato, havendo previsão regulamentar (Decreto 57.654/66, art. 110, §§ 4º e 5º) autorizadora da participação dos militares reabilitados em seleção para a incorporação nas Forças Armadas, essa regra também pode beneficiar o impetrante, visto que se ele pode ingressar no serviço militar na condição de praça, razão não há para que não possa se submeter a concurso para sargento, até porque ele não foi apenado com perda de posto ou patente. Cai por terra qualquer pretensão impeditiva da União, mesmo com o singelo argumento de que a reabilitação do militar expulso (situação incorrente na espécie) somente permitiria a alteração de seus registros de dispensa; *a três*, porque o art. 133 da Lei 6.880/80 dispõe claramente que “*a concessão da reabilitação implica em que sejam cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais do militar e os registros constantes de seus assentamentos militares ou alterações, ou substituídos seus documentos comprobatórios de situação militar pelos adequados à nova situação*”, não sendo outra a conclusão senão a de que a reabilitação induz não só ao cancelamento dos antecedentes criminais, como também à alteração nos assentos funcionais do militar de forma a que seja consignada a sua *nova situação*.

Ora! Se a situação é nova significa, obviamente, que a inidoneidade moral outrora existente não mais subsiste, até porque seria uma contradição considerar-se reabilitado o militar, e, ao mesmo tempo, desprovido de idoneidade moral; e, *a quatro*, porque o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal veda a adoção de penas de caráter perpétuo, não sendo outra a hipótese dos autos, desde que a autoridade impetrada decidiu, em outras palavras, que por ter cometido aos dezoito anos de idade um delito punido *in concreto* com pena restritiva de direitos, o impetrante jamais possuiria a idoneidade moral necessária para ingressar na carreira militar.

Todos esses argumentos revelam, assim, que a gravosidade da medida im-

posta ao impetrante é manifestamente desproporcional em relação ao ilícito que ele cometeu, revelando, assim, sua absoluta incompatibilidade com o postulado superior da razoabilidade das normas legislativas e dos atos administrativos como condição *sine qua non* de validade e eficácia.

Forçosa, pois, a conclusão de que a recusa do impetrado à permanência do impetrante no curso para o qual fora aprovado é ofensiva ao princípio do *substantive due process of law*, por traduzir punição que, por seu desmedimento, revelou-se arbitrária e injusta.

Anote-se, a respeito, o que ensina Alexandre de Moraes<sup>3</sup>: “*O princípio do devido processo legal possui, em seu aspecto material, estreita ligação com a noção de razoabilidade, pois tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional*”.

Forte nestes argumentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo incólume a sentença proferida.

É o meu voto.

---

#### Notas

<sup>1</sup> *In Tratado de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, 8ª ed., p. 675, Ed. Saraiva.*

<sup>2</sup> *In Diritto Penale, Bogotá, Temis, p. 783, apud op. cit.*

<sup>3</sup> *In Direito Constitucional Administrativo, 2002, p. 113, Ed. Atlas.*

---

## Terceira Turma

---

### Apelação Criminal

**2002.37.00.001036-2/MA**

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

Apelante: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Sergei Medeiros Araújo

Apelante: Roger Campana – réu preso

Advogado: Dr. Marcelo de Carvalho Barros

Apelados: Os mesmos

Apelado: José Gimenez Cano

Advogada: Dra. Geana Fernandes Santos

Apelado: Jack Mário Franken – réu preso

Apelada: Nancy José Jos Van Baelen – ré presa

Advogados: Dr. Francisco de Assis Cardoso de Araújo e outro  
Publicação: DJ 2 de 26/05/06

### **Ementa**

*Penal. Processo Penal. Tráfico Internacional de Entorpecentes. Organização criminosa. Prisão em flagrante. Confissão espontânea. Colaboração premiada.*

I. Tendo a sentença demonstrado, pela análise criteriosa da prova, a participação dos acusados na empreitada delituosa – tráfico internacional de entorpecentes –, é de ser mantida na sua inteireza, ante a fragilidade dos fundamentos da apelação da defesa, pela negativa da autoria. A confirmação do julgado deve estender-se aos capítulos que, reconhecendo a insuficiência de provas, deu pela absolvição de um dos denunciados, e que indeferiu a aplicação da agravante do art. 62, I – CP. No ponto, os fundamentos do recurso da acusação não infirmam a sentença.

II. Segundo a previsão legal (Lei 10.409/02 – art. 32, § 2º), dá-se a colaboração premiada quando o indiciado, “espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.”

III. Conquanto se trate de previsão legal maleável, pois alude ao acusado que “de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”, no caso o magistrado demonstrou que a suposta colaboração dos acusados nada acrescentou de significativo a partir da prisão em flagrante, não devendo operar o benefício.

IV. Os dizeres da lei sobre a atenuante da confissão, tendo o réu “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” (art. 65, III, e – CP), não justificam tantos atributos exigidos pela doutrina e por alguns julgados para a sua aplicação. Benefício que ora se aplica, salvo em relação a acusado que já teve a pena-base fixada no mínimo legal. “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (Súmula 231 – STJ).

V. Improvimento da apelação do acusado Roger Campana. Provimento parcial da apelação do Ministério Público Federal.

### **Acórdão**

Decide a Turma negar provimento à apelação do acusado Roger Campana, e dar provimento parcial à apelação do Ministério Público Federal, à unanimidade.

---

3ª Turma do TRF-1ª Região – 25/04/06.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes*: — Trata-se ação penal promovida contra Jack Mário Franken, de nacionalidade belga; Gilberto Francis Joseph Perret, de nacionalidade francesa; Roger Campana (ou Jerome Arnaud ou Campana Roger), de nacionalidade francesa; José Gimenez Cano, espanhol; e Nancy José Jos Van Baelen, também belga, como incursores nas penas dos arts. 12, 14 e 18, I da Lei 6.368/76 – José Gimenez e Roger Campana, com a agravante do art. 62 do CP – e do art. 2º, incisos I e II, e §§ 1º e 2º, da Lei 8.072/90, por fatos que o julgador assim sumaria:

(...) narra a denúncia que em 16 de fevereiro deste ano, em decorrência de operação realizada pelo Departamento de Polícia Federal, houve apreensão de 208.000 g. de substância entorpecente, identificada como cocaína, acondicionada sob a forma de 208 pacotes retangulares, de peso e tamanho aproximados, os quais estavam, cada uma, em plásticos finos, transparentes e incolores que, por sua vez, estavam em sacos plásticos transparentes, incolores e lacrados, alguns com fita adesiva e transparente e, outros, sob a forma “à quente”. Cada pacote retangular estava individualmente envolto em saco de borracha preta, lacrado com uso de fita adesiva.

Segundo relatado pelos doutores pro-curadores da República, a droga foi apreendida em poder dos co-réus Jack Mário Franken e Nancy José Jos Van Baelen, presos em flagrante quando da abordagem, pelos policiais, do veleiro Avalon New Port, que se encontrava ancorado nas proximidades do Restaurante Tia Maria, na praia de Ponta D’Areia, nesta cidade, sendo que a prisão, também em flagrante, dos demais acusados – realizadas, simultaneamente, em diferentes hotéis – foi decorrente das investigações policiais levadas a efeito através da operação denominada Mar Aberto, a qual apontava para a existência de prévio ajuste entre eles para o tráfico, com o transporte da droga, por via marítima, de São Luís para a Europa.

Ainda de acordo com o relato constante na inicial, as diligências que acarretaram a prisão dos réus e a apreensão da substância entorpecente foram iniciadas pela Divisão de Repressão a Entorpecentes do Departamento de Polícia Federal, e realizadas em mais de um Estado da Federação, sendo que as investigações indicavam a presença de uma outra pessoa – um cidadão colombiano conhecido apenas como Javier –, que esteve na cidade onde manteve contatos com o co-réu Arnaud Jerome (Roger Campana).

Finalmente, ainda, com fundamento no relato dos representantes do Ministério Público Federal, o acusado José Gimenez Cano era a pessoa que, na denominada organização criminosa, ocupava a mais alta posição de comando no grupo, sendo o encarregado de promover a retirada da droga do

país. (fls. 1.010 – 1.011).

Ultimada a instrução, a sentença (cf. peça de fls.1.010 – 1.047) absolveu o acusado José Gimenez Cano, decretou a extinção da punibilidade em relação ao acusado Gilbert Francis Joseph Perret, belga, casado, maquinista, após juntada de sua certidão de óbito, e condenou os demais: Roger Campana (ou Rogério Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana) foi condenado a 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime integral fechado, e 225 dias-multa, no valor unitário de 2 salários mínimos vigente à época dos fatos; Jack Mário Franken foi condenado a 9 anos de reclusão, em regime integral fechado, e 300 dias-multa, no valor unitário de 2 salários mínimos vigente à época dos fatos; e Nancy José Jos Van Baelen foi condenada a 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime integral fechado, e 150 dias-multa, no valor unitário de 1 salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo decretada, também, a perda, em favor da União, do veleiro *Avalon New Port*, usado para armazenagem da droga e que seria utilizado em seu transporte para a Europa.

Recorrem o acusado Rogério Campana (ou Roger Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana) e o Ministério Público Federal. Sustenta aquele, pugnando pela absolvição, a negativa de autoria, apontando contradições nos depoimentos dos co-réus; e insuficiência de provas materiais, tais como fotografias, insistindo em dizer que “*a Polícia Federal concorreu objetivamente para que a arquitetura da história dos belgas efetivamente ocorresse, uma vez que, ainda em sede de IPL, permitiu que o casal belga prestasse depoimentos juntos, na mesma sala, exigência feita à autoridade policial pelo acusado Jack, e, sem qualquer explicação plausível, plenamente aceita pelo delegado*”. (Cf. peça de fls. 1.207 – 1.220.)

O Ministério Público Federal afirma haver nos autos provas suficientes para a condenação de José Gimenez Cano, “*nos mesmos termos da reprimenda penal imposta ao réu Jack Mário Franken, com a circunstância agravante do art. 62, I, do CPB*”, buscando, outrossim, aplicar tal agravante, também, ao condenado Rogério Campana ou Roger Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana. De outra banda, entende necessário o reconhecimento da “contribuição premiada” (Lei 10.409/02, art. 32, §§ 2º e 3º), reduzindo em 1/6 as penas de Jack e Nancy, além do reconhecimento, para ambos, da atenuante da confissão, nos termos do art. 65, III, *d*, do Código Penal. (Cf. peça recursal de fls. 1.083 – 1.113.)

Processados os recursos, ascendem os autos a esta Corte, manifestando-se o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Dr. Franklin da Costa (fls. 1362-1370), pelo provimento da apelação da acusação e pelo improvimento da apelação do acusado Rogério Campana.

É o relatório. Encaminhem-se os autos ao exame do eminente revisor, nos termos regimentais.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. Apelação de Rogério Campana ou Roger Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana – Condenado a 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime integral fechado, e 225 dias-multa, no valor unitário de 2 salários mínimos vigente à época dos fatos, sustenta não haver provas de sua participação no crime de tráfico, pugnado por sua absolvição.*

Sua conduta assim é descrita na denúncia, dentro do enredo que envolve os demais acusados:

(...) Jerome Arnaud (Campana Roger), que também utilizava o nome de Felipe, era o membro da quadrilha encarregado de coordenar as atividades preliminares ao efetivo tráfico da droga para o exterior. Segundo depoimento prestado pelo belga Jack Mário Franken, ele é tido com um dos “donos” da cocaína, sendo o chefe imediato de Gilbert Francis Joseph Perret. Há registros no IPL de fotografias que documentam encontros entre os supracitados denunciados.

(...)

Com efeito, José Gimenez Cano e Jerome Arnaud, conhecidos traficantes europeus (ver documentos de fls. 192 e 193), chegaram juntos ao Brasil (Rio de Janeiro), proveniente de Madrid, com intuito de executarem a operação de tráfico internacional de entorpecentes, em tempo desbaratada pela Polícia Federal.

(...)

O bando era chefiado por José Gimenez Cano, traficante que, segundo informações da autoridade policial, responde a processo na Espanha por tráfico de drogas (ver fls. 192). O segundo homem em importância no esquema era Jerome Arnaud (Campana Roger), encarregado da coordenação dos preparativos para a operacionalização do transporte da droga do Brasil para a Europa; segundo informações colhidas no curso do IPL, ele possui intensa ficha criminal e responde, na França, a processo por tráfico de entorpecente.

E, deste modo, confirmada na sentença recorrida, longa e cuidadosa na análise da prova, que, de outro lado, aplicou penas com a moderação que se exige do julgador:

(...) a autoria foi estabelecida pelas provas oral e fotográficas colhidas.

---

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

Ao ser interrogado em juízo, o acusado Jack Mário Franken declarou (...) com relação aos contatos mantidos com os demais denunciados, relata que o primeiro que teve com Jerome Arnaud (Campana Roger) havia sido previamente informado pelo israelita Joe, em um dos contatos que com ele manteve por telefone. (...) Acrescenta, ainda, que, nessa mesma noite, jantaram na praia de Calhau, no restaurante Poseidon, e teria sido, nesse momento – e não durante um outro jantar acontecido na companhia dos demais acusados no restaurante Cabana do Sol – que o co-réu Arnaud Jerome (Roger Campana) mandou providenciar o aluguel de uma casa. Relata, também, que, nessa mesma época, esteve uma outra vez com Arnaud Jerome (Roger Campana), na companhia de sua mulher, desta feita no cetro histórico da cidade. Confirma a viagem do acusado Arnaud Jerome (Roger Campana) para São Paulo, ocorrida entre os dias 22 e 23 de janeiro do corrente ano. Declara que uma primeira determinação teria sido passada ao interrogando no sentido de que a droga fosse levada para a França, tendo sido informado pelo israelita Joe que o novo destino seria a Espanha. Esclarece que os acertos iniciais foram para efetuar o transporte de 100 a 200 quilos de cocaína, tendo essa quantidade sido definitivamente estabelecida em aproximadamente 1.200 quilos, os quais deveriam ser transportados em até duas viagens. Retifica que o hotel onde poderia o co-réu Arnaud Jerome (Roger Campana) observar o barco e a casa alugada era o La Ravardiére, e não o Brisa Mar, como antes mencionado. Por fim, afirma que o descarregamento da droga na casa, foi feito pelo co-réu Arnaud Jerome (Roger Campana) e por 2 colombianos, um deles conhecido como Javier, que era o motorista do caminhão. Quanto à última parte – informações da organização a que pertencia –, descreve a Novo Fórum – e não Novo Fororum, como dito antes – como uma organização criminosa criada com a finalidade de fazer o transporte de grandes partidas de drogas para a Máfia, cujo produto da venda era levado através de empresas fantasmas constituídas por seu chefe para essa finalidade. Essa mesma organização também operava na Córsega com o processamento de heroína vinda da Turquia. Acrescenta que conheceu Janau Gidicelli, Gioleceli Jenau ou Gidicello Janau quando estiveram presos em Málaga, na Espanha, por tráfico de entorpecentes, ocasião em que ele lhe disse que o procurasse ao sair da prisão, se precisasse de ajuda ou trabalho, o que, de fato, veio a acontecer. Afirma que o responsável pela operação de transporte da droga era o israelita Joe. Finalmente, revela, como integrantes dessa organização criminosa, as seguintes pessoas, identificadas apenas pelo primeiro nome: Patrick, Franci, o belga, e um colombiano conhecido como Javier – outro que não aquele que teria participado do transporte da droga até a casa alugada na Ponta D’Areia – com o qual teria estado em Paris (fls. 713-717).

(...)

Efetivamente, a prova aponta que a droga, mediante prévio ajuste, foi trazida de São Paulo por via terrestre, sendo utilizado, para esse fim, um veículo especialmente adaptado, em cuja carroçaria havia um compartimento oculto, tendo sido levada e guardada em uma casa localizada na Ponta D’Areia, alugada com tal finalidade.

(....)

No que diz, também, com a responsabilidade dos co-réus Arnaud Jerome (Roger Campana) e Gilbert Francis Joseph Perret – o último já falecido – tenho-a como satisfatoriamente demonstrada. Ambos foram vistos, por várias vezes, na casa para onde foi transportada a droga. O primeiro deles – Arnaud Jerome (Roger Campana), que aqui interessa – lá também esteve com uma pessoa identificada com Javier que, segundo as investigações realizadas na fase pré-processual, teria sido o responsável pelo envio da cocaína para esta cidade, tendo sido visto, inclusive, no exato momento em que do caminhão descarregavam pacotes retangulares, iguais, diga-se, àqueles submetidos a prova pericial que constatou seu conteúdo como sendo substância entorpecente, com resultado positivo para o alcalóide cocaína. Tal evidência não fica infirmada pela dúvida, revelada na instrução, quanto a qual dos denunciados – ele ou Jack Mário Franken –, efetivamente, teria sido visto ajudando a descarregar o caminhão, pois ambos estavam na casa no momento em que tal descarregamento foi realizado.

Dessa forma, é certo, pois, que também participava do bando encarregado de fazer a partida da droga para fora do País, máxime levando-se em conta o fato de que, quando ouvido em juízo, por duas vezes, não apresentou justificativas à sua presença, nesse momento, na casa alugada em Ponta D'Areia. (fls. 1.017/1.028).

De ver-se, por conseguinte, que a irresignação, natural de quem é condenado, não merece, contudo, acolhida. O farto conjunto probatório produzido em juízo demonstra a efetiva participação do recorrente na associação criminosa, seja transportando a droga, seja armazenando-a, ou ainda, e principalmente, coordenando todas as operações preparatórias para seu envio à Europa.

Os testemunhos foram uníssonos em apontar a efetiva participação do recorrente nos fatos denunciados, e as fotografias produzidas pela Polícia Federal revelaram a estreita relação “profissional” entre ele e os demais integrantes da organização criminosa.

Se é certo que o magistrado fica limitado às provas constantes dos autos, “*é livre, porém, quando se guia pela crítica sã e racional; a lógica, o raciocínio, a experiência etc. o conduzirão nesse exame e apreciação. Por isso se fala no princípio da persuasão racional na apreciação da prova (Greco, Vicente). Como o juiz deve fundamentar a decisão (art. 381, III), fala-se no princípio do livre convencimento motivado*”<sup>1</sup>.

De mais a mais, o recorrente, possuidor de personalidade voltada ao tráfico internacional de drogas – fazendo do ilícito sua profissão –, não justificou, e não o faz agora, de forma convincente, sua presença na casa no momento da chegada da droga, tampouco apresenta explicações razoáveis quanto à motivação dos outros co-réus em apontá-lo como um dos líderes da organização, limitando-se a sugerir eventual “armação” entre a Polícia Federal e os co-réus para incriminá-lo!

2. *Apelação do Ministério Público Federal* – Busca a condenação de José Gimenez Cano, “*nos mesmos termos da reprimenda penal imposta ao réu Jack Mário Franken, com a circunstância agravante do art. 62, I, do CPB*”, bem como a aplicação de tal agravante, também, ao condenado Rogério Campana ou Roger Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana; e, por fim, requer o reconhecimento da “contribuição premiada” (Lei 10.409/02, art. 32, §§ 2º e 3º), reduzindo em 1/6 as penas de Jack e Nancy, além da incidência, para ambos, da atenuante da confissão, a teor do disposto no art. 65, III, *d*, do Código Penal.

José Gimenez Cano, de nacionalidade espanhola, foi assim denunciado:

(...) As informações colhidas no curso das investigações dão conta de que a quadrilha montada em São Luís pelos denunciados tem como figura principal o espanhol José Gimenez Cano. A autoridade policial relata que possui “elementos para afirmar com segurança que o espanhol, dos cinco presos, é o que estaria na esfera mais alta na hierarquia da quadrilha de criminosos”.

Com efeito, José Gimenez Cano e Jerome Arnaud, conhecidos traficantes europeus (ver documentos de fls. 192 e 193), chegaram juntos ao Brasil (Rio de Janeiro), proveniente de Madrid, com intuito de executarem a operação de tráfico internacional de entorpecentes, em tempo desbaratada pela Polícia Federal.

(...)

Deve-se destacar, ainda, que José Gimenez Cano, embora tenha negado conhecer o casal belga que estava encarregado do transporte da droga, foi desmentido pelo depoimento da testemunha Karine Kheila Barbosa Salazar (fls. 147/148), o que fecha o círculo de ligações entre todos os denunciados, e reforça a existência do vínculo associativo para fins de tráfico internacional de entorpecentes.

(...)

O bando era chefiado por José Gimenez Cano, traficante que, segundo informações da autoridade policial, responde a processo na Espanha por tráfico de drogas (ver fls. 192).

Essas são as proposições da denúncia, que o julgado, todavia, não reputou provadas com segurança (insuficiência de provas), dando pela absolvição do denunciado, nestes termos:

(...) no que diz respeito à conduta de cada um dos denunciados, não vejo como possa José Gimenez Cano ser responsabilizado, em co-autoria, pelos fatos descritos na inicial. Tanto as declarações do co-réu Jack Mário Franken quanto os testemunhos colhidos não são seguros a apontá-lo como um dos integrantes da quadrilha.

Apesar das dificuldades de acomodar uma tal modalidade de prova, que poderá produzir danos a quem dela não pode participar, eis que o interroga-

tório é estranho à atuação das partes – melhor seria dar-lhe valor de indício, como que Giuseppe Loschiavo (...) –, fato é que as declarações do co-réu, no contexto da prova, apresentam contradições que lhe retiram o caráter de veracidade. Sem desconhecer – como regra geral – o valor da delação quando acompanhada da própria confissão, é certo, porém, que suas revelações são contraditórias se comparadas às outras provas colhidas.

(...)

Os testemunhos colhidos e confirmados pela prova fotográfica realizada, à sua vez, ao contrário do que pretende fazer crer o Ministério Público Federal, também se mostram insuficientes à responsabilização do denunciado José Gimenez Cano, não estando presentes os aspectos fundamentais do processo lógico de interferência da prova indiciária.

(...)

Embora afirmando o *factum probantum*, consubstanciado na apreensão de droga destinada ao tráfico do qual participavam os co-réus Arnaud Jerome (Roger Campana) e Gilbert Francis Joseph Perret – premissa maior, estabelecida sobre os fatos demonstrados pela prova –, os contatos mantidos por eles com o denunciado José Gimenez Cano – *factum probandum* de onde pretende se extrair sua responsabilidade pelos crimes – não são suficientes a estabelecer a relação de conexão e adequação lógica entre ambos.

Não houve revelação do conteúdo das diversas conversas mantidas ente eles. Nem mesmo se pode afastar – hipótese extrema – a possibilidade de que tal fato se trate de falsa conexão, pela utilização do denunciado para disseminar a responsabilidade do bando.

Perde eficácia, pois, a prova indiciária quando a conexão de causalidade entre o fato provado e o desconhecido não está imune a toda possibilidade de erro, pois sua correta apreciação exige domínio de rigoroso processo lógico e completa visão dos aspectos que envolvem as circunstâncias do fato a provar, sob pena de esvaziamento da meticulosa e correta avaliação dos variados e possíveis significados dos dados ditos indicadores. (...)

Tenho que o diagnóstico do julgador, emitido com segurança e minudência, na intimidade da prova dos autos, cuja produção presidiu diretamente, não deve ser alterado. Opondo-se ao veredicto da sentença, afirmam as razões recursais do *parquet* federal:

(...) O primeiro aspecto que restou evidente é que os denunciados, inclusive o recorrido José Gimenez Cano, não planejaram e operacionalizaram sozinhos o tráfico de cocaína de São Paulo para São Luís e desta cidade para a Europa. Na verdade, são eles peças menores de uma organização criminosa com raízes na Europa, cuja necessidade de desmonte ensejou, inclusive, a vinda à Seção Judiciária do Maranhão de representantes da magistratura francesa (juiz e membro do *parquet*.)

(...)

No que se refere a esta última parte do depoimento de Jack Mário (necessidade de duas viagens para o transporte da cocaína), é importante ressaltar a sintonia das informações por ele prestadas com as provas do processo. Com efeito, não é irrelevante o fato de terem sido encontrados dois bilhetes de passagem aérea internacional em nome de Jerome Arnaud (Roger Campana) e José Gimenez Cano, os quais denotavam a intenção desses réus em partir do Brasil e para aqui retornar (na mesma data) aproximadamente três meses após a primeira remessa de cocaína, que estava prevista para ocorrer em fevereiro (não fosse a prisão dos reis no dia 16 daquele mês). É razoável concluir, na esteira do depoimento do réu-colaborador, que o regresso a São Luís era justamente para providenciar e supervisionar os trabalhos da segunda remessa de drogas.

(...)

Nesse ponto, devem ser destacadas, mais uma vez, as ligações de José Gimenez Cano com os demais integrantes da quadrilha, notadamente o réu Jerome Arnaud (Roger Campana). Com efeito, não foi simples obra do acaso o fato deles terem sido fotografados em colóquio (fls. 528/531); de Roger Campana ter sido visto na casa onde fora depositada a droga (fls. 537/539); deles terem chegado a São Luís na mesma época; terem comprado juntos as passagens aéreas para a Europa; dessas passagens terem sido pagas com dinheiro entregue à funcionária da agência de viagem pelo réu José Gimenez Cano, que por sua vez afirmou conhecer um casal de estrangeiros com as mesmas características físicas do casal Jack Franken e Nancy Baelen.

(...)

Mais uma vez, as informações prestadas por Jack Mário são coincidentes com outras provas coligadas durante instrução em juízo. Há nos autos o depoimento do militar Jorge Francisco da Cunha (fls. 598) dando conta de que o denunciado (já falecido) estivera na Capitania dos Portos para adquirir uma carta náutica da região do Estreito de Gibraltar, justamente o local para onde Jack Mário havia sido orientado que deveria levar a cocaína. Ora, o próprio José Gimenez Cano não nega suas ligações com Gilbert Perret, visto que também chegaram juntos a São Luís, tendo inclusive permanecido durante certo período no mesmo hotel.

É relevante mencionar que Jack Franken, após narrar o *modus operandi* da associação criminosa da qual fez parte, foi vítima de ameaças partidas dos demais comparsas, precisando ser transferido juntamente com sua esposa para outro Estado, além, de ter sido instaurado IPL para apurar possível crime de ameaça (fls. 465).

A ligação entre a droga apreendida e o recorrido José Gimenez Cano é ainda reforçada por outros indícios.

(...) o denunciado Jack Mário Franken, declarou em juízo (fls. 281) que no momento em que a droga foi deixada na casa da Ponta D'areia, encontravam-se na respectiva residência Jack Franken, "Javier", Jerome Arnaud (Roger Campana) e Gilbert Perret, sendo que o descarregamento fora feito

pelos três últimos. Afirmou, ainda, que em um encontrou com os demais denunciados, soube que o carregamento da cocaína seria recebido na Espanha, pelo espanhol José Gimenez Cano, o qual lhe repassou a informação de que se não viajasse para a Espanha acompanhado do denunciado Gilbert Perret, não receberia nenhum centavo.

(...)

Registre-se, por fim, o depoimento de Diná Viana da Dilva (fls. 595), a agente de viagem da Agetur, que atendeu José Gimenez Cano e Arnaud Jerome (Roger Campana) quando estes compravam o trecho São Luís/Recife/Lisboa/Madri/Lisboa/Recife/São Luís, no qual informou a este juízo que as duas passagens foram pagas diretamente pelo espanhol José Gimenez Cano, em parcela única, em reais.

(...) Ademais, o mensageiro do hotel Abbbville, onde estavam hospedados José Cano e Gilbert Perret, reconheceu Arnaud Jerome (Roger Campana) como o homem que transitava constantemente no interior do mencionado hotel.

A fls. 333/335, constam informações da Interpol noticiando a prisão de José Cano na Espanha, por envolvimento com o tráfico de cocaína, além de outra prisão na França, por envolvimento com falsidade e estelionato.

(...)

O conjunto probatório coligido no curso da instrução afasta a verossimilhança da versão de que os acusados Roger Campana e José Gimenez Cano encontravam-se em São Luís, no momento da apreensão da droga, em simples atividade de turismo. Tal concepção dos fatos não resiste a um superficial exame das provas do processo e à realidade dos fatos.

*Data venia*, não se pode classificar o conjunto dessas provas e evidências como simples prova conjectural. O nome de José Gimenez Cano não foi citado aleatoriamente pelo réu Jack Mário, como não se tratou de simples coincidência os inúmeros contatos e vínculos que ele mantinha com o condenado Arnaud Jerome (Roger Campana) e o falecido Gilbert Perret, vínculos estes que já foram exaustivamente descritos nas alegações finais e no presente recurso de apelação.

Equívocada, *data venia*, a alusão feita pelo ilustre juiz *a quo*, no sentido de que não poderia afastar a possibilidade de que as vinculações entre os denunciados se trata de uma falsa conexão, pela utilização de José Gimenez Cano “para disseminar a responsabilidade do bando” (fls. 1.031). Trata-se, com efeito, de mera conjectura, totalmente dissociada da realidade e das provas produzidas no curso do processo. (Fls. 1.094/1.102).

Com a devida vênia, cuida-se da visão do órgão acusador, que analisa e valora a prova segundo o projeto da denúncia, mas que, na minha compreensão, não infirmam os fundamentos da sentença, quando demonstra que o contingente de provas não é suficiente para a condenação, devendo ser mantido o julgado, sem embargo do entendimento da douta Procuradoria Regional da República.

2.1. *Colaboração premiada* – Quanto à chamada “colaboração premiada” ou “contribuição premiada”, em relação aos réus Jack Mário Franken e Nancy José Jos Van Baelen, assim se posicionou a sentença:

(...) tal requerimento, contudo, se me afigura improcedente. É regra expressa que o benefício de não-aplicação da pena, ou de sua redução, está condicionado à sua eficácia, vale dizer, aos efeitos práticos produzidos quanto aos demais integrantes da quadrilha ou mesmo à localização de mais quantidade de droga.

Nessa questão, contudo, nada foi alterado em relação à fixação dos fatos e de seus protagonistas, a partir da prisão em flagrante dos acusados e da apreensão da droga.

Para além disso, somente revelações de prenomes e da atuação da suposta organização, na Europa, feitas pelo denunciado Jack Mário Franken, o que não se mostrou suficiente, nem mesmo, a comprovar a responsabilidade de todos pelo evento criminoso.

(...)

Incabível, desse modo, admitir-se tenha havido colaboração premiada. (fls. 1.034/1.035)

Não vejo, da mesma forma, razões fundadas para acolher o benefício, pois ele, nos dizeres do § 2º do art. 32 da Lei 10.409/02, ocorre quando o indiciado, “espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.”

A previsão legal é muito maleável, ao aludir ao acusado que “de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”, mas o magistrado justificou que a suposta colaboração dos acusados nada acrescentou de significativo a partir da prisão em flagrante, não tendo os interessados, de resto, recorrido.

2.2. *Atenuante da confissão* – Quanto à atenuante da confissão, o só fato de terem sido flagrados não afasta a possibilidade de sua incidência, isso porque “a prisão em flagrante, por si só, não constitui fundamento suficiente para afastar a incidência da confissão espontânea”<sup>2</sup>.

Os réus Jack Mário Franken e Nancy José Jos Van Baelen contribuíram de certa forma para o esclarecimento da participação de cada um, o que, diga-se, somente foi viabilizado pela confissão.

Vale lembrar que “*não basta, porém, a simples confissão para que se configure a atenuante; exige a lei que seja ela espontânea, de iniciativa do autor do crime, e que seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento.*”<sup>3</sup>

Os dizeres da lei sobre a atenuante da confissão, tendo o réu “confessado

espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” (art. 65, III, *e* – CP), não justificam tantos atributos exigidos pela doutrina e por alguns julgados para a sua aplicação. Daí ser imperiosa, na hipótese, a incidência da atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal no apenamento do acusado. (O mesmo não ocorre em relação à acusada, como será demonstrado adiante.)

Em relação a Jack Mário Franken, a sentença adotou a pena-base de 6 anos de reclusão, aumentando-a de metade em face do art. 18, I, da Lei de Tóxicos, num total de nove anos (fls. 1.043). Aplico à pena-base a redução de um ano, em função da confissão, ficando a pena final, com a causa de aumento aplicada, em 7 anos e 6 meses de reclusão, associada a 249 dias-multa (166 + 83), nos valores da sentença.

Quanto à Nancy José Jos Van Baelen, a sentença adotou a pena-base de 3 anos de reclusão, aumentando-a de metade em face do art. 18, I, da Lei de Tóxicos, num total de 4 anos e 6 meses (fls. 1.045). Estando a pena-base no mínimo legal, resta inviável a incidência do benefício, nos termos da Súmula 231 – STJ: (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”)

2.3. *Agravante* – Por último, não pelo grau de importância, mas para uma concatenação lógica, examino a questão do aumento da pena em relação ao réu Rogério Campana ou Roger Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana.

Pugna o órgão acusador pelo aumento da pena-base, nos termos da fixada para o co-réu Jack Mário Franken, além da incidência da agravante descrita no art. 62, I, – CP.

A fixação da pena-base leva em consideração a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e obedece ao princípio constitucional da individualização da pena. Por isso, as considerações subjetivas de um réu não necessariamente se aplicam aos demais.

No concreto, o magistrado valorou a guarda da droga, quando da condenação do réu Jack Mário, de forma mais significativa do que a conduta do réu Rogério Campana ou Roger Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana na definição de sua pena-base, sem que isso signifique qualquer vício procedimental.

3. *Conclusão* – Diante do exposto, nego provimento à apelação do acusado Rogério Campana ou Roger Campana ou Jerome Arnaud ou Arnaud Jerome Roger Campana; e dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, apenas para reduzir a pena do acusado Jack Mário Franken para 7 anos e 6 meses de reclusão e 249 dias-multa (166 + 83), nos valores da sentença. No mais, fica mantido o julgado em revisão.

É o voto.

### Voto Revisor

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Como se vê, trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público e por Roger Campana, condenado pelos crimes dos arts. 12, 14, c/c art. 18, I, todos da Lei 6.368/76, a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa.

Alega o acusado Roger, em síntese, negativa de autoria, que sua condenação se estribou em depoimentos contraditórios dos co-réus, e que as provas são insuficientes para sua condenação.

O Ministério Público, por sua vez, pugna pela condenação de José Gimenez Cano; pela incidência da agravante do art. 62, I, do CP, ao condenado Rogério; pelo reconhecimento da delação premiada para Jack e Nancy; bem como a aplicação da atenuante da confissão para os dois últimos.

Narra a denúncia que o bando tinha por chefe José Gimenez Cano; que o segundo era Jerome Arnaud (ou Campana Roger), encarregado de coordenar os preparativos para a operacionalização do transporte da droga do Brasil para a Europa.

Conforme se depreende dos autos, não pairam dúvidas sobre a internacionalidade do crime, pois o conjunto probatório é firme em apontar a autoria dos acusados por meio de provas oral, fotográfica e testemunhal. As evidências revelaram que ambos os acusados eram conhecidos traficantes europeus, fazendo parte de organização criminosa que tinha por objetivo o transporte da droga para o exterior.

Assim, não logrou o apelante trazer em seu recurso qualquer prova que infirmasse os fundamentos expostos pelo juiz sentenciante, que restou convencido pelos elementos dos autos da responsabilidade do réu no evento criminoso. Por isso, irrepreensível no ponto o édito condenatório.

No que concerne ao apelo do *parquet*, observo que não merece acolhida seu pleito de condenação do réu José Gimenez Cano, que restou absolvido com base no art. 386, VI, do CPP, pois, como já dito, a sentença analisou com minúcia as evidências produzidas, convencendo-se o magistrado da insuficiência probatória de modo a caracterizar a conexão entre o acusado e os outros integrantes da quadrilha.

Quanto à delação premiada, também entendo escorreito o entendimento do magistrado que concluiu que a suposta contribuição dos acusados nada acrescentou de importante nas investigações. Ora, tal instituto é previsto justamente para

aqueles casos onde a *colaboração espontânea* de um dos integrantes do bando seja efetiva na elucidação do crime.

Também afasto o postulado aumento de pena em relação a Rogério e a aplicação da agravante descrita no art. 62, I, do CP, tendo em vista que sua dosimetria obedeceu estritamente ao estabelecido nos arts. 59 e 68 do CP.

Por fim, estou em que tem razão o Ministério Público quando postula a aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, CP, pois, tanto Jack Franken quanto Nancy Baelen confessaram a participação no evento delitivo, o que impõe o reconhecimento da citada atenuante.

Nessas condições, entendo que a dosimetria do réu Jack Franken merece reparos. Tendo sua pena-base sido fixada em 6 (seis) anos de reclusão, reduzo-a em 1 (um) ano em razão da confissão (art. 65, III, CP), resultando em 5 (cinco) anos de reclusão. Mantenho o aumento de metade em face da majorante do art. 18, I, da Lei 6.368/76, tornando-a definitiva em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Mantida a pena pecuniária, conforme arbitrada pela sentença.

Em relação à Nancy, embora reconheça o cabimento da atenuante da confissão, noto que sua pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos de reclusão, sendo inadmissível que a reprimenda desça a patamar inferior ao mínimo, conforme sedimentado no Enunciado 231 da Súmula do STJ. Portanto, permanece sua condenação mínima que majorada de metade pela aplicação da causa de aumento do art. 18, I, da LAT, tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Chamo, ainda, a atenção para o regime de cumprimento de pena fixado, que foi *o integralmente fechado*, nos termos do art. 2º da Lei 8.072/90. Ocorre que, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Assim, o regime prisional do apelante deverá ser o *inicialmente fechado*, de acordo com o novo entendimento do Supremo, que afastou a vedação da progressão de regime nos crimes descritos no *caput* do artigo retro mencionado. Tal regime deverá ser estendido aos outros condenados em atendimento aos princípios da isonomia e da individualização da penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo do réu Rogério Campana tão-somente para alterar o regime de cumprimento de pena para o *inicialmente fechado*, com fulcro na recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.959/SP), estendendo-o, *de ofício*, aos outros condenados; e dou parcial provimento ao apelo do Ministério Público para reduzir a pena do acusado Jack Franken para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 249 dias-multa, à mesma razão fixada na sentença que fica mantida quanto ao mais.

---

É como voto.

---

Notas

<sup>1</sup> Cf. Julio Fabbrini Mirabete, in *Código de Processo Penal interpretado*, Ed. Atlas, 2000, p. 414-415.

<sup>2</sup> Cf. STJ, HC 25.644/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 16/06/03, p. 358.

<sup>3</sup> Cf. Julio Fabbrini Mirabete, in *Código Penal interpretado*, Ed. Atlas, 2000, p. 372.

---

## Quarta Turma

---

### Apelação Cível

**2001.43.00.001097-6/TO**

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

Apelante: Laércio Melo de Ávila

Advogado: Dr. Marcos Garcia de Oliveira

Apelado: Investco S/A

Advogado: Dr. José Cláudio da Silva Júnior

Assistente: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 de 16/05/06

---

### Ementa

*Administrativo. Desapropriação por utilidade pública. Ausência de nulidade. Laudo pericial. Justa indenização. Valor do imóvel apurado em função do valor de mercado.*

I. Restou demonstrada a titularidade da propriedade em favor do Estado do Tocantins, assim, correta a sentença ao fixar a indenização que cabe ao apelante exclusivamente sobre as benfeitorias.

II. Os valores apurados pelo laudo pericial que serviu de base à sentença quanto à indenização refletem a justa indenização.

III. Não merece acolhida o argumento do apelante de que o imóvel expropriado, por estar dentro dos limites do perímetro urbano demarcado pelo Plano Diretor de Palmas, deveria ser indenizado como urbano. O imóvel abriga características de cunho nitidamente rural, é destituído de qualquer atividade marcadamente “urbana” (comércio, indústria, serviço, densidade populacional) e não conta com qualquer equipamento público, nos termos do § 1º do art. 32 do CTN.

IV. Apelo improvido.

---

## Acórdão

Decide a Turma negar provimento ao apelo, à unanimidade.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 02/05/06.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: —* A sentença (fls. 533/546) do ilustre Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins, na presente ação de desapropriação por utilidade pública, julgou procedente o pedido para declarar incorporado ao patrimônio da Investco S/A o imóvel denominado lote 123 do Loteamento Área Verde de Palmas, Gleba II, Município de Palmas, registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Palmas/TO, matrícula 2.749, e fixou o valor da indenização em R\$ 47.657,63 (quarenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e sessenta e três centavos), a serem pagos da seguinte maneira:

a) R\$ 24.147,75 (*vinte e quatro mil, cento e quarenta e sete reais e setenta e cinco centavos*), em dinheiro ao Estado do Tocantins, pela indenização da terra nua.

b) R\$ 23.509,88 (*vinte e três mil, quinhentos e nove reais e oitenta e oito centavos*), em dinheiro ao expropriado Laércio Melo Ávila, pela indenização das benfeitorias.

Sobre o valor ora fixado a título de justa indenização, haverá a incidência de:

1 – *correção monetária*, pelos índices oficiais, a partir da entrega do laudo pericial (03/12/01);

2 – *juros compensatórios*, à razão de 12% (doze por cento) ao ano (Súmula 618, STF), a contar da imissão provisória da Investco – 1º/10/01 – (Súmula 69, STJ), sobre a diferença existente entre 80% (oitenta por cento) da oferta e o valor ora fixado a título de justa indenização;

3 – *juros moratórios* se houver, contados a partir do trânsito em julgado da sentença (inaplicável o art. 100 da CF e MP 2.183-56);

Não será admitido o cálculo de juros compostos (capitalização de juros), o que, entretanto, não impede a incidência dos juros de mora sobre o total apurado a título de juros compensatórios (fls. 544/545).

Estabeleceu o MM. juiz *a quo*, ainda:

*Condeno* a Investco a pagar honorários advocatícios aos expropriados, os quais fixo em 5% (cinco por cento) da diferença atualizada entre a importância oferecida e o valor ora arbitrado, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, alterado pela MP 2.183-56, de 24/08/01.

Registro que os valores devidos ao Dr. Duarte Nascimento deverão ser calculados somente sobre o valor da indenização a ser paga ao expropriado Laércio Melo de Ávila.

*Condeno* a Investco a pagar honorários periciais do assistente técnico dos expropriados, os quais fixo em R\$ 700,00.

*Condeno* a Investco ao pagamento de custas e honorários periciais.

Após o trânsito em julgado e pagamento da indenização aos expropriados, *expeça-se ofício para o registro da sentença no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Palmas/TO* (fls. 545/546).

Inconformado, o expropriado apela, sustentando que já poderia ter requerido o título do imóvel, em meados de 1999, contudo, como as notícias de construção da Hidrelétrica Luiz Eduardo Magalhães já haviam sido espalhadas, não lhe foi permitida a regularização. Assim, entende, não pode ser penalizado com o não-recebimento da indenização total.

Insurge-se, também, contra o valor da indenização, pois o imóvel deveria ser aquilatado como urbano e deveria ser indenizada a atividade realizada em sociedade com o Sr. José Conrado da Silva.

Requeru, ao final:

1. *O total provimento deste apelo, para que:*
2. Que seja reformada a respeitável sentença para anular decisão que reconheceu o Estado do Tocantins como legítimo proprietário do imóvel em comento, deixando o apelante sem qualquer valor a título de indenização pelo imóvel que detinha como seu;
3. Que seja corrigido o valor devido ao imóvel, reconhecendo o valor de mercado por estar localizado no perímetro urbano da Capital – Palmas e por possuir valores agregados em face de sua utilização e exploração, com isso adequando, também, o valor das benfeitorias;
4. Que seja determinada a intimação da apelada para, querendo, contra-razoar este recurso no prazo e sob as sanções legais;
5. Protesta por quaisquer provas em direito e que possa ser produzida, ainda que em instâncias superiores;
6. Suplica pelo deferimento da assistência judiciária gratuita, em razão da deficiência econômica do apelante e por permissão da lei (fls. 566).

A Investco S.A apresentou contra-razões a fls. 572/580.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Procurador Regional da República Osnir Belice, opinou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

---

**Voto\***

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Concedo a gratuidade da justiça, requerida no item 6 da apelação.

Depreende-se do relatório que o apelante afirma ter direito à indenização pelo imóvel que detinha como seu. Contudo, dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o mesmo não é proprietário do imóvel. Em 27/10/89, conforme consta de cópia de fls. 22 e 22 verso, o apelante obteve, tão-somente, licença para a ocupação e exploração de terra pública.

Quanto a essa questão, o juízo recorrido abordou adequadamente a matéria, conforme os seguintes termos da sentença, *verbis*:

Da Propriedade

Inicialmente, cabe definir a quem pertence a propriedade do bem imóvel desapropriado.

É inquestionável que o documento de fls. 523/530 comprova o domínio do Estado do Tocantins sobre a área objeto da desapropriação.

Ao expropriado Laércio Melo de Ávila somente cabe a indenização pelas benfeitorias existentes no imóvel.

A licença de fls. 22 somente atesta que o expropriado possuía permissão para ocupar e explorar a área, mas não houve a transferência do domínio para o nome do expropriado nem eventual registro em cartório (fls. 536/537).

Assim, demonstrada a titularidade da propriedade em favor do Estado do Tocantins, correta a sentença, ao fixar a indenização que cabe ao apelante exclusivamente sobre as benfeitorias.

Quanto ao mais, tenho que as conclusões do perito oficial atendem ao postulado constitucional da justa indenização.

Não merece acolhida o argumento do apelante de que o imóvel expropriado, por estar dentro dos limites do perímetro urbano demarcado pelo Plano Diretor de Palmas, deveria ser indenizado como urbano. O imóvel abriga características de cunho nitidamente rural, é destituído de qualquer atividade marcadamente “urbana” (comércio, indústria, serviço, densidade populacional) e não conta com qualquer equipamento público, como bem asseverou o magistrado *a quo*. Não tem meio-fio ou calçamento, canalização de águas pluviais, abastecimento de água, esgoto, rede de iluminação pública, escola primária ou posto de saúde perto (§ 1º do art. 32 do CTN).

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e Mário César Ribeiro.

Tenho que o fato de estar o imóvel localizado em área de abrangência do Plano Diretor de Palmas não tem o condão de transmutar-lhe a essência. Ao elaborarem o plano diretor, os administradores públicos o fazem com uma visão estratégica, com a visão de que, no futuro, possa o mesmo ser incorporado à cidade em razão do crescimento demográfico.

Ademais, entendo que, *in casu*, é facultada a utilização da analogia, em relação ao conceito de imóvel rural estabelecido na Lei 8.629/93, na medida em que o DL 3.365/41 – regulamentador da desapropriação por utilidade pública – não o prevê.

Vejamos o art. 4º da Lei 8.629/93:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se:

I – Imóvel rural – o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou *agroindustrial*;

Acrescento, ainda, que pelas características do imóvel em questão o mesmo apresenta-se como rural, tanto que as benfeitorias existentes por ocasião da perícia eram: pastagem e galinheiro.

Ademais, como bem estabeleceu o ilustre juiz *a quo*, deve ser levado em conta o real valor de mercado do bem, o que entendo ter sido apurado pelo perito oficial.

Não há se falar, por fim, em indenização por lucros cessantes em razão das atividades realizadas em sociedade com o Sr. José Conrado da Silva. Não restou efetivamente provada qualquer atividade exercida no imóvel.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É o voto.

## Quinta Turma

---

### Apelação em Mandado de Segurança

**2000.01.00.061514-0/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes – convocado

Apelante: União

Procurador: Dr. José Diogo Cyrillo da Silva

Apelada: Alessandra Muller Vargas

Advogados: Dra. Maria Derly Moreira Silvestre e outro

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 20/04/06

### **Ementa**

*Administrativo. Concurso público. Auditor fiscal do Tesouro Nacional. Aprovação na primeira etapa do certame. Candidata gestante. Abono de faltas no curso de formação. Princípios da isonomia e da proteção à família. Possibilidade.*

I. O curso de formação foi ministrado no período compreendido entre 19/10/98 a 16/12/98, portanto, impraticável o comparecimento integral da apelada, uma vez que o parto em questão estava previsto para acontecer entre 25 e 27/11/98, conforme atestados médicos (fls. 26/27).

II. *In casu*, se a Administração abonar as faltas da autora não estará infringindo o princípio da igualdade, pois a impetrante encontra-se em situação desigual em relação aos demais concursandos, haja vista a necessidade de repouso logo após o parto, comprovado por atestado médico. Portanto, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, pois este impõe o tratamento igual aos realmente iguais.

III. Assim, apesar de o edital proibir o abono de faltas, esta norma não pode violar normas constitucionais que garantem direitos individuais e de proteção à família.

IV. A apelante foi nomeada através da Portaria 14, de 29 de janeiro de 1999, conforme cópia do *Diário Oficial* colacionada a fls. 142, tendo sido classificada no quadragésimo oitavo lugar, demonstrando encontrar-se apta ao exercício do cargo a que concorreu.

V. O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal, Doutor Sebastião Fagundes de Deus, encontra-se impedido para este julgamento, por ter funcionado no feito na qualidade de juiz federal, tendo, inclusive, prolatado a sentença remetida e recorrida.

VI. Apelação e remessa oficial não providas.

### **Acórdão**

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 05/04/06.

---

Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes, Relator convocado.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes:* — Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União em face da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Adoto o relatório da sentença, nos seguintes termos:

Alessandra Muller Vargas, devidamente qualificada e representada, impetrou mandado de segurança contra ato da autoridade acima nominada. Narra que foi qualificada para a segunda etapa do concurso público para provimento do cargo de analista de Comércio Exterior (Edital Esaf 13/98), e efetuou sua inscrição no curso de formação tendo informado seu estado de gravidez, próximo do sétimo mês de gestação. Acentua que não lhe foi dada qualquer orientação quanto a um possível tratamento diferenciado em razão de seu estado. Protocolizou requerimento, que deu origem ao Processo 12500.002614/98-61, solicitando remessa do material de estudo e aplicação das provas em casa, abono de faltas no período de convalescença e entrega de exame radiológico quando autorizada por seu médico. O pedido foi deferido em parte, sendo-lhe negado o abono de faltas, o que motivou o presente *writ*, no qual requer o prosseguimento no certame, sem embargos, com o abono de faltas que lhe fora negado, e o direito à nomeação e posse, caso obtenha êxito na fase final. Instruiu a inicial com documentos.

A liminar foi concedida (fls. 55 e verso).

Foram prestadas as informações.

A fls. 89/90, foi determinada a inclusão da impetrante no rol dos aprovados, garantindo-lhe o direito à posse, em igualdade de condições com os demais candidatos.

O MPF opinou pela concessão da segurança.

O juízo *a quo* proferiu a decisão nos seguintes termos:

Ante o exposto, concedo a segurança, nos moldes em que requerida, e confirmo, por consequência, a liminar anteriormente concedida. Custas *ex lege*. Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição.

A liminar foi concedida em 20/11/98 (fls. 55 e verso).

Irresignada, a União apelou (fls. 118/120), requerendo a reforma da sentença recorrida e a cassação da liminar concedida, sob a argumentação de que não foi negado à impetrante nenhum direito prescrito na norma regulamentadora do concurso, respeitado, assim, o princípio da igualdade.

A impetrante, embora intimada, não apresentou contra-razões.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República da 1ª Região manifestou-

se pelo não-provimento do recurso de apelação interposto pela União.

A fls.141, a Esaf emitiu ofício informando que a apelada, Alessandra Muller Vargas, por força de decisão judicial prolatada nos autos do Mandado de Segurança 98.28951-5, foi nomeada no cargo de analista de Comércio Exterior através da Portaria 14, de 29/01/99.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes:* — O parecer da douta Procuradora Regional da República, Dra. Denise Vinci Túlio, apreciou com perfeição a matéria trazida aos autos, de forma que adoto a sua fundamentação, a seguir transcrita:

A autoridade coatora deferiu em parte o requerimento administrativo da impetrante, negando-lhe o direito ao abono de faltas no curso de formação, 2ª etapa do concurso para provimento ao cargo de analista de Comércio Exterior, com base no art. 18, § 7º, do edital do concurso.

Ocorre que a impetrante encontrava-se em situação peculiar, conforme o atestado médico que esclarece a proximidade do término da gravidez, com data provável de parto cesáreo para 27/11/98. Assim, apesar de o edital proibir o abono de faltas, esta norma não pode violar normas constitucionais que garantem direitos individuais e de proteção à família.

*In casu*, se a Administração abonar as faltas da autora não estará infringindo o princípio da igualdade, pois a impetrante encontra-se em situação desigual em relação aos demais concursandos, haja vista a necessidade de convalescimento logo após o parto, comprovado por atestado médico. Portanto, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, pois este impõe o tratamento igual aos realmente iguais.

O brilhante jurista Diógenes Gasparini já se manifestou sobre o princípio da igualdade, afirmando que, *verbis*:

“Assim, todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, têm direito a receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais.” (*Direito Administrativo*, Editora Saraiva, 3ª ed., 1993, p. 15).

Desta forma, a apelada não compareceu ao curso de formação por motivo de força maior, devidamente comprovado, não podendo, diante disso, ficar prejudicada em relação aos demais concorrentes, tendo em vista que a assiduidade conta 28 (vinte e oito) pontos para a nota final do concurso, sendo, inclusive, em tese, indispensável frequência superior a 85% do total de horas do curso de formação.

---

\* N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocado).

Neste sentido já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgado AMS 1998.01.00.083209-9/DF, *in litteris*:

“*Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Prova de aptidão física. Não-comparecimento. Edital. Regras. Motivo de força maior.*

1. Conquanto o edital, que é a regra básica do concurso, obriga a Administração e os concorrentes, não prevendo segunda chamada para as provas e que ‘O não-comparecimento a qualquer uma das provas implicará a eliminação automática do candidato’ (subitem 15.7), não pode deixar de ser considerado o evento força maior, tal o acometimento de dengue, que, sabidamente, submete o paciente a repouso.

2. Diagnosticada a doença e impondo o médico repouso por oito dias, cujo período abrangeu a data da marcação do teste de esforço físico, injurídico que o Estado, a quem compete o dever de tomar as providências ‘que visem à redução do risco de doença e de outros agravos’ (CF/88, art. 196), pretendesse complicasse o apelante o seu estado de saúde para realizar determinada obrigação, mormente quando a dengue existe por má estruturação na sua política de combate.

3. Apelação provida.

4. Sentença reformada.

5. Segurança concedida.” (grifo nosso – Rel. Juiz Alísio Palmeira Lima, Primeira Turma, *DJ* de 31/05/99, p.53).

Além disso, a apelada mostrou-se apta, pela avaliação de sua capacidade intelectual e física, a exercer o cargo de analista de Comércio Exterior, conforme depreende-se de sua classificação em 29º lugar no resultado final do concurso, juntado aos autos a fls. 85/86.

Ademais, no que tange à ponderação dos princípios em colisão, qual seja, princípio da proteção à família e princípio do acesso isonômico aos cargos públicos, esta representante ministerial reporta-se inteiramente ao parecer do ilustre Procurador da República, Dr. Guilherme Zanina Shelb, a fls. 97/101.

Por todo o exposto o parecer é pelo não-provimento do recurso de apelação interposto pela União Federal, com a conseqüente manutenção da respeitável sentença *a quo*.

Outrossim, cumpre esclarecer que o referido curso de formação foi ministrado no período compreendido entre 19/10/98 a 16/12/98, portanto, impraticável o comparecimento integral da apelada, uma vez que o parto em questão estava previsto para acontecer entre 25 e 27/11/98, sendo necessário, posteriormente, um período de convalescença.

Por outro lado, ressalte-se que a apelante foi nomeada através da Portaria 14, de 29/01/99, conforme cópia do *Diário Oficial* colacionada a fls. 142, tendo sido classificada no quadragésimo oitavo lugar, demonstrando encontrar-se apta

ao exercício do cargo.

Nestes termos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## Sexta Turma

### Agravo de Instrumento

**2005.01.00.004231-5/MA**

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

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

Agravantes: Raimundo Florêncio Pinheiro e outro

Advogado: Dr. Antônio César de Araújo Freitas

Agravado: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Juraci Guimarães Júnior

Publicação: DJ 2 de 03/04/06

### Ementa

*Agravo de instrumento. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o INSS e advogados que firmaram contratos de honorários advocatícios com pessoas analfabetas, idosos, deficientes físicos e menores, por escritura particular. Alegação de cobrança de honorários excessivos. Liminar deferida para suspender a eficácia das procurações celebradas. Legitimidade.*

I. Tratando-se de ação civil pública que visa à anulação de contratos de honorários firmados entre pessoas analfabetas que ajuizaram ações no Juizado Especial Federal de São Luís/MA e os réus dessa ação, por suspeita de nulidade das procurações, a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento decorre do fato de que o documento em tese nulo foi utilizado na instrução de processo que nela tramita.

II. Ocorrência do *fumus boni iuris*, em virtude da assinatura de contrato de honorários por pessoa analfabeta mediante instrumento particular.

III. *Periculum in mora* caracterizado no fato de que o pagamento dos honorários poderá causar aos autores dessas ações dano de difícil reparação pela dificuldade na restituição do indevido.

IV. 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, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão que, nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, deferiu o pedido de medida cautelar para “decretar a suspensão da eficácia dos contratos de honorários e das procurações celebradas com e pelos advogados Raimundo Florêncio Pinheiro, Maria de Loreto Bessa, Cosmo Alexandre da Silva”, diante das diversas irregularidades verificadas no inquérito civil público instaurado pela Procuradoria da República no Maranhão.

Sustenta o recorrente a incompetência absoluta da Justiça Federal, sob o argumento de que a ação proposta não visa a defender interesse, serviço ou bem da União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Alega a ausência de legitimidade do Ministério Público Federal, sob o fundamento de que a relação material controvertida não trata de direito indisponível e que a pretensão deduzida na petição inicial não terá o efeito de anular procurações constantes de processos já realizados, pois elas já teriam produzido todos os seus efeitos. Alega ofensa à coisa julgada, sob a assertiva de que a anulação de procurações utilizadas em processos já extintos com julgamento do mérito acarretaria violação à autoridade da coisa julgada material. No mérito, assevera que, embora não tenha atuado no curso dos procedimentos judiciais, em benefício dos constituintes, os auxiliaram no período que antecedeu à instalação do Juizado Federal Itinerante em Presidente Dutra/MA, bem como ofereceu serviços de transporte, estadia e alimentação a alguns deles. Alega que a cobrança de honorários somente ocorria em relação a segurados que deveriam receber valores retroativos, referentes a benefícios não pagos nos últimos cinco anos. Sustenta que o art. 22 da Lei 8.906/94 assegura aos advogados o direito aos honorários convencionados, cabendo-lhes a livre fixação do valor de seus serviços. Finalmente, argumentam que não se pode falar no instituto da lesão, uma vez que nenhum dos constituintes questionou a sua ocorrência.

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

---

Contram minuta pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves:* — 1. No caso, pela sua propriedade e por com ela estar de acordo, adoto a fundamentação da contraminuta do Ministério Público Federal (fls. 218/228):

Os agravantes sustentam a incompetência da Justiça Federal para apreciar o feito, aduzindo não haver, no caso, interesse da União, autarquia ou empresa pública federal.

A conclusão é inteiramente equivocada.

Em princípio, cabe referir que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 228955/RS, Relator Min. Ilmar Galvão (*DJ* de 24/03/01, p. 70), firmou o entendimento de que é da competência da Justiça Federal processar e julgar ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, posição que, aplicada ao caso analisado, afasta, logo de saída, a preliminar de incompetência argüida.

Por outro lado, a presente ação civil pública foi proposta contra quatro réus, um dos quais o Instituto Nacional do Seguro Social. Assim, a autarquia federal ocupa, no caso em apreciação, posição processual definida, fato que é suficiente para firmar a competência da Justiça Federal.

Note-se, por relevante, que, nesse particular, o INSS, citado, deixou de contestar a ação para figurar no pólo ativo da demanda, a demonstrar possuir interesse no feito, ante o prejuízo que também sofrera com a execução dos contratos abusivos (doc. 1). Para isso, utilizou-se, em analogia, do disposto no art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/65.

No caso em tela, porém, não somente essas razões vêm a justificar a competência da Justiça Federal.

É que os prejuízos causados pelos contratos de mandato e de honorários firmados pelos agravantes, para além de afetarem o patrimônio jurídico dos jurisdicionados maranhenses ou do INSS, também investiram contra os serviços prestados pela Justiça Federal do Maranhão.

Com efeito, a utilização dos referidos contratos perante órgão da Justiça Federal (Justiça Federal Itinerante) ludibriou, em última análise, o próprio funcionamento do Poder Judiciário Federal. Note-se, nesse ponto, que, *v. g.*, o pagamento dos honorários abusivos foi proporcionado pelas ordens de pagamento de benefícios previdenciários e assistenciais contidas nas sentenças de procedência ali proferidas.

---

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

Como bem ressaltou o juiz relator, na decisão que indeferiu a liminar requerida no vertente agravo de instrumento,

“A competência da Justiça Federal resulta do fato de que a ação civil pública proposta pelo MPF visa à anulação de contratos de honorários firmados entre os idosos que *ajuizaram ações no Juizado Especial Federal de São Luís/MA* e os réus dessa ação, donde decorre que a existência de *suspeita de nulidade de documento utilizado perante órgão da Justiça Federal* atrai a competência desta para processar e julgar as causas relacionadas com o fato, tanto no âmbito cível quanto na esfera criminal.”

Exsurge, portanto, cristalina a competência da Justiça Federal.

*III. 2 – Da pretensa ausência de legitimidade ativa ad causam e de interesse processual do Ministério Público Federal*

Discute-se, na situação posta em destaque, a existência de graves lesões perpetradas contra a população carente do Estado do Maranhão, notadamente contra o segmento dos idosos, que representa, ao lado de portadores de deficiência e menores – estes em menor extensão – o público predominante do Juizado Especial Federal Itinerante.

A análise da legitimidade do Ministério Público Federal para o feito deve partir da dicção do art. 127 da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

“Art. 127 O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Indiscutível a importância, para a hipótese presente, dos serviços prestados pelos Juizados Especiais Federais, que, em grande medida, de par com a proteção aos cidadãos hipossuficientes, é o que se tutela neste processo. Com efeito, sob esse enfoque, é oportuno gizar, como se faz na peça de ingresso, os contornos das funções institucionais do Ministério Público, com esteio ainda na Constituição Federal:

“zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos *serviços de relevância pública* aos direitos constitucionais, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II) e promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do *patrimônio público e social*, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III)”

(grifos nossos)

No caso concreto, os agravantes, consoante declarado nas próprias razões do recurso, patrocinaram e têm patrocinado milhares de ações judiciais junto ao Juizado Especial Federal do Maranhão. Tais ações, em sua maioria, visam à concessão seja de aposentadorias rurais por idade, benefício titularizado, como cediço, por pessoas idosas, geralmente analfabetas e necessitadas, seja do benefício de amparo social a pessoas com deficiência, muitas das quais menores.

Essas milhares de ações são acompanhadas por milhares de contratos

de mandato e de honorários advocatícios. E estes, como se admitiu, têm contemplado, ao longo dos anos, uma insustentável obrigação de pagamento, pelos beneficiários da seguridade aos advogados réus, do percentual de 30% sobre o importe recebido mercê de sentença judicial concessiva de benefícios previdenciários e assistenciais.

Revela-se, assim, diante da extensão dos abusos aqui referidos, os quais se espraiam por todas as regiões do interior do Estado, a enorme repercussão social das lesões perpetradas contra a “clientela” dos Juizados Especiais Federais do Maranhão.

Por outro lado, é de se observar a composição da titularidade dos direitos que se pretende proteger com a ação. É que os contratos abusivos foram celebrados com idosos, por pessoas portadoras de deficiência e menores, que tiveram que suportar, por ingenuidade, desconhecimento e necessidade, as prestações desproporcionais impostas pelos recorrentes.

Nesse sentido, conjugada a *repercussão social* dos danos causados, de um lado, com a *titularidade dos patrimônios jurídicos violados*, de outro, aperfeiçoa-se, indisputavelmente, a legitimidade do Ministério Público para a ação.

A ilação recebe guarida da doutrina e da jurisprudência, conforme se pode ver da lição de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>1</sup>, citando Ada Pellegrini Grinover:

“No ponto, reportando-se à jurisprudência do STJ, diz Ada Pellegrini Grinover: ‘Somente a *relevância social* do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderia justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis. O STJ tem reconhecido, por exemplo, a relevância social admitindo, assim, a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de discussão ligada ao direito à educação, que é um direito fundamental’.

(grifo nosso)

Por outro lado, *in casu*, a legitimidade do Ministério Público repousa ainda em outro fundamento, que se impõe *ope legis*. É que em relação a idosos, pessoas com deficiência e crianças/ adolescentes, as Leis 10.741/03 (art. 74), 7.853/89 (art. 3º) e 8.069/90 (art. 201), respectivamente, cometem ao *parquet* a tarefa de protegê-los, por meio do ajuizamento de ações civis públicas.

Assim, afigura-se incontestável a legitimidade do Ministério Público para a ação. E, especificamente no que se refere às atribuições do Ministério Público *Federal*, sua legitimidade decorre de dispositivo contido na Lei Complementar 75/93, senão vejamos:

“Art. 37 O Ministério Público Federal exercerá as suas funções:

I – nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e *dos juízes federais*, e dos tribunais e juízes eleitorais;”

Ostenta legitimidade ativa *ad causam*, portanto, o Ministério Público Federal.

Em seqüência, sustentam os agravantes que o Ministério Público Federal não possui interesse de agir, ao fundamento de que a pretensão deduzida na ação não terá o condão de anular instrumentos de mandato que já produziram todos os seus efeitos.

Não merece prosperar o argumento.

É que a ação civil pública que deflagrou esse processo possui, em resumo, dois pedidos principais, quais sejam: a) a anulação dos contratos de honorários e de procurações celebrados pelos três recorrentes; e b) a fixação dos honorários advocatícios em 10% do valor dos acordos judiciais, a serem pagos nas hipóteses em que os réus elaboraram as petições iniciais e participaram das audiências de conciliação e instrução.

Infere-se, da análise dos pedidos transcritos, que as pretensões ali deduzidas possuem marcantes efeitos prospectivos.

De fato, não se limita a ação civil pública a pretender anular contratos destituídos de efeitos atuais, com eficácia inteiramente exaurida. Pretende, sim, fazer cessar e impedir lesões causadas por contratos de mandato e de honorários já constituídos e ainda por constituir.

Com efeito, o objeto do processo, de uma parte, ocupa-se de contrato de mandato e de honorários já celebrados, mas ainda em execução – muitas das ações encontram-se em fase de recurso junto à Turma Recursal do Maranhão, e, nessas ações, os mandatos operam plenos efeitos, além do que existem contratos de honorários que ainda não foram pagos. De outra, focaliza-se contratos ainda por constituir, e que teriam, não fosse acertada decisão da Justiça Federal, as mesmas cláusulas abusivas ora impugnadas (a).

Para além disso, pretende a ação, e nesse ponto cuida também de contratos atuais e futuros, a fixação de honorários em percentual equilibrado, condicionando seu pagamento à efetiva prestação de serviços pelos advogados (b).

Não se cifra a ação civil pública, portanto, a atingir efeitos consumados, mas lança efeitos proativos, para o futuro.

Daí decorre o interesse ministerial, consolidado que está na clara existência de adequação, necessidade e utilidade do pleito.

### III. 3 – Da alegada ofensa à coisa julgada

Asseveram os Agravantes que a anulação de procurações utilizadas em processos já extintos com julgamento de mérito ofenderia a autoridade da coisa julgada material ali formada.

A verificação dos contornos da coisa julgada no Direito Processual brasileiro é suficiente para afastar a alegação examinada. É que, nas ações aforadas perante o Juizado Especial Itinerante do Maranhão, *discutiu-se*, na grande maioria das vezes, a satisfação, ou não, dos *requisitos exigidos para a*

*concessão de benefícios previdenciários e assistenciais.*

De outro modo: não se versou ali, em qualquer daquelas milhares de ações, acerca da validade ou invalidade dos contratos de mandato ou de honorários advocatícios firmados entre os agravantes e os jurisdicionados.

É ressabido que o fenômeno da coisa julgada e de sua correspondente eficácia preclusiva tem lugar na parte declaratória das sentenças. Vale dizer: é de conhecimento geral que a coisa julgada corre somente em relação ao dispositivo julgado.

É o art. 469 do Código de Processo Civil que contém a regra sobre a matéria, verbis:

“Art. 469 Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>2</sup> auxiliam na compreensão do dispositivo legal:

“Decorre daí que a imutabilidade, ínsita à coisa julgada, somente atinge a parte dispositiva da sentença, na qual estabeleceu-se a lei do caso concreto. Todo o restante, ou seja, a fundamentação e o relatório, não restam imutáveis.”

Com efeito, os contratos abusivos celebrados pelos recorrentes não foram objeto da cognição levada a efeito nas sentenças proferidas durante o Juizado Especial Itinerante em Presidente Dutra/MA. Assim é que a validade dos contratos, por não constar dos pedidos veiculados naquelas ações previdenciárias e assistenciais – que visavam, não é ocioso repeti-lo, à concessão de benefícios – não fora translada ao mérito dos processos. O acertamento do direito lançado nos provimentos judiciais não versaram, como se vê, sobre os multicitados contratos.

Assim, a definição da validade (ou não) de tais contratos, na exata medida em que não figurou nos dispositivos das sentenças prolatadas – as quais se limitaram, em resumo, a julgar procedentes ou improcedentes os pedidos de concessão de benefícios da seguridade não – foi alcançada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

### *III. 4 – Da ausência de prestação de serviços advocatícios*

Assinalam os agravantes, ainda, que, no período antecedente à instalação do Juizado Especial Federal Itinerante em Presidente Dutra/MA, teriam auxiliado seus clientes a organizar provas, providenciando, para alguns deles, serviços de transporte, estadia e alimentação.

Assim, os recorrentes confessam – deixando o fato incontroverso – que não prestarem serviços de patrocínio judicial efetivo a seus clientes. Não contestam, pois, a afirmação de que não formalizaram petições iniciais, se-

quer acompanhando seus constituintes nas audiências judiciais.

Por outro lado, bem se vê que os serviços que alegam ter prestado – cuja realização não foi devidamente comprovada, ressalte-se – não consubstanciam atividades características do múnus público exercido pelos advogados.

Com efeito, regulamentando a aludida atividade, a Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da OAB, em seu art. 2º, *caput*, estatui que “*o advogado é indispensável à administração da justiça*”.

Nesse particular, afigura-se indispensável colher, na lei de regência, os elementos capazes de individualizar, dentre as atividades profissionais em geral, os serviços prestados especificamente pelos advogados, dando ensejo, por isso mesmo, ao pagamento de honorários advocatícios.

E é precisamente nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei 8.906/94 que se encontram estabelecidos os dispositivos que delimitam, com certa precisão, o tipo de atividade que extrema das demais o múnus da advocacia, senão vejamos:

“§1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§2º No processo judicial, *o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador*, e seus atos constituem múnus público.”

Nota-se, sim, que os réus não participaram da formação das sentenças e acordos aperfeiçoados nas atividades do Juizado Especial Itinerante de Presidente Dutra/MA, pelo que não fazem jus a qualquer verba honorária. No caso em destaque, à falta de prestação do serviço não pode corresponder a contraprestação de remuneração de atividade, pena de enriquecimento ilícito. Na decisão recorrida, também nesse aspecto, o MM. juiz a quo abordou com lucidez a questão:

“Está em curso o pagamento de muitos benefícios reconhecidos durante o JEF de Presidente Dutra. É sobre esses valores em atraso que incidirão os honorários contratados em percentual abusivo. *É também como resultado de acordos e sentenças da qual os três primeiros réus sequer participaram que outros honorários serão pagos.*”

(grifamos)

Realmente, a circunstância – não aprovada – de terem os agravantes prestado assistência relativa a transporte, alimentação e estadia aos constituintes não representa título jurídico para o recebimento de honorários de advogado, pois que do múnus da advocacia não participaram tais serviços.

*III. 4 – Da suposta liberdade na fixação de honorários convenionados*

Inviável, ainda, a alegação dos agravantes de que o art. 22 do Estatuto da Advocacia assegura liberdade aos advogados na fixação de honorários convenionados.

Reza o mencionado dispositivo da Lei 8.906/94:

“Art. 22 A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento

judicial e aos de sucumbência.”

Comentando acerca dos honorários convencionados, Eloi Pinto de Andrade<sup>3</sup> preleciona:

“são aqueles ajustados entre o advogado e seu cliente mediante contrato escrito, observados os valores mínimos estabelecidos em tabelas preparadas pelos conselhos seccionais. *Quanto aos valores máximos, inobstante a inexistência de tabela para tal, a ética recomenda que esses valores sejam estabelecidos com moderação*”.

(destaque nosso)

De outro bordo, o Código de Ética e Disciplina da OAB erige critérios bem claros para a fixação da verba honorária, consoante se vê em seu art. 36, litteris:

Art. 36 – Os honorários profissionais devem ser fixados com *moderação*, atendidos os elementos seguintes:

I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II – o trabalho e o tempo necessários;

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII – a competência e o renome profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Nota-se, de plano, que o Código de Ética e Disciplina da OAB estabelece os critérios que devem ser observados para que a cobrança de honorários não seja feita em valores e percentuais abusivos.

No caso dos autos, os critérios regulamentares transcritos conduzem à fixação de percentual de honorários diminuto, e ainda assim desde que comprovado o efetivo exercício da atividade postulatória pelos agravantes, como visto acima.

De fato, as ações previdenciárias manejadas junto ao Juizado Especial Federal Itinerante do Maranhão: I) são de pequeno vulto, complexidade e dificuldade; II) demandam, por isso mesmo, trabalho de pouca extensão (as petições e o procedimento são quase que “formularizados”); III) a rapidez de sua tramitação e o caráter singelo da matéria discutida não impõem restrições aos advogados no concernente a outras causas ou outros clientes; IV) módico valor da causa e precária condição econômica dos jurisdicionados; V) os

clientes, em regra, são patrocinados em uma única ação, não reivindicando habitualidade e permanência dos serviços advocatícios etc.

Tudo leva à fixação de percentual de honorários em valor inferior aos elevados 30% sobre o valor da condenação, veiculados nos contratos dos agravantes.

Ademais, de nenhum efeito se mostra a alegação de que o percentual de honorários incide apenas sobre o valor “retroativo” dos benefícios pleiteados, que deveria ser pago ao segurado demandante nos cinco anos que antecederam o ajuizamento de cada ação.

Isso porque, além de o argumento não retirar o caráter abusivo do alto percentual cobrado, deve-se ter em mira que o valor “retroativo” em apreço substantiva todo o importe pleiteado nas respectivas ações previdenciárias, a par, evidentemente, da obrigação de fazer consistente na concessão dos benefícios.

Demais disso, é relevante notar que o caso, no pormenor, subsume-se perfeitamente à teoria do abuso de direito, acolhida pelo Código Civil de 2002 que, em seu art. 187, dispõe:

“Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelos seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Como se vê, nem mesmo a alegação de ausência de restrições legais específicas à livre fixação dos honorários convencionados aproveita aos agravantes. É que o exercício do suposto direito de livremente estabelecer a verba honorária encontra limites rígidos nos princípios éticos que informam, presentemente, o ordenamento privado brasileiro.

Nesse sentido, vale a pena colacionar, sobre a teoria do abuso de direito, o entendimento de Heloísa Carpena<sup>4</sup>:

“Com efeito, ao condicionar o seu exercício a parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade socioeconômica, o legislador submeteu os direitos – individuais e coletivos – aos valores sociais que estes conceitos exprimem. Ao magistrado, impôs o desafio de harmonizar a autonomia individual e a solidariedade social, somente merecendo tutela a atividade econômica privada que ‘atende concretamente aos valores constitucionais’. *Todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização*”. (grifamos)

Com efeito, a cobrança abusiva de verba honorária, sem a respectiva contraprestação em serviços, violenta a boa-fé, a função social do contrato e os bons costumes, além de investir contra o patrimônio dos clientes hipossuficientes, consubstanciando, assim, típico caso de abuso de direito.

### III. 5 – Da lesão

Por fim, os agravantes aduzem que seus constituintes não questionaram a ocorrência de lesão.

A tentativa não merece trânsito.

Com efeito, o argumento poderia gerar algum proveito aos recorrentes se o presente processo cuidasse de demanda individual. Tal, contudo, não ocorre, vez que se veicula, na espécie, demanda de cunho coletivo, no bojo da qual exerce o Ministério Público Federal a posição de substituto processual. Cura, assim, interesses alheios, mas em nome próprio, mercê de autorização legal.

Assim, não há falar-se na necessidade de questionamento individual da lesão, à vista da clara possibilidade de o *parquet* patrocinar, por iniciativa própria, a causa, evitando, assim, os inconvenientes da automização de processos. Essa ilação, *in casu*, impõe-se com maior vigor ante a verificada hipossuficiência das partes, o que certamente inviabiliza o patrocínio de demandas individuais com o mesmo objetivo.

Demais disso, sobre o instituto da lesão, inserido no art. 157 do Código Civil de 2002, cumpre transcrever, por sua pertinência com o tema, a advertência de Ana Luiza Maia Nevares<sup>5</sup>, *verbis*:

“No entanto, quanto à lesão, pode-se dizer que tal instituto pode desempenhar um papel ainda maior na revisão dos contratos. De fato, a lesão sempre esteve vinculada ao aspecto econômico do contrato, ou seja, ao valor das prestações, e dessa forma foi concebida no Código Civil de 2002. Não obstante a sua importância nesta seara, a equidade contratual não pode estar concentrada somente no desequilíbrio econômico do contrato. Como afirma Cláudia Lima Marques, referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor, que consagra a lesão em seus arts. 6º, V, 1ª parte, 39, V e 51, IV, § 1º, ‘ a noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação contratual, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica”.

E continua, mais à frente:

“Dessa maneira, a lesão permite trazer para o equilíbrio contratual *não só a igualdade econômica das prestações, mas também a equivalência social e humana do contrato*, preocupando-se com o comportamento digno e leal dos contratantes na relação contratual, que deve respeitar a boa-fé objetiva”.

(destacamos)”

Quanto ao mais, mantenho a fundamentação da decisão que indeferiu a antecipação da tutela da pretensão recursal (fls. 206/207):

1. São improcedentes as preliminares de incompetência da Justiça Federal e de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal.

A competência da Justiça Federal resulta do fato de que a ação civil pública proposta pelo MPF visa à anulação de contratos de honorários firmados entre os idosos que ajuizaram ações no Juizado Especial Federal de São Luís/MA e os réus dessa ação, donde decorre que a existência de suspeita de nulidade de documento utilizado perante órgão da Justiça Federal atrai a

competência desta para processar e julgar as causas relacionadas com o fato, tanto no âmbito cível quanto na esfera criminal.

Neste sentido, na esfera criminal:

*Habeas corpus. Crime de uso de documento falso em ação cautelar promovida perante a Justiça Federal comum. Serviço de administração da Justiça mantido pela União. Ofensa potencial. Hipótese em que se configura a competência penal da Justiça Federal comum (CF, art. 109, IV), Recurso improvido.*

A competência penal da Justiça Federal comum – que possui extração constitucional – reveste-se de caráter absoluto, está sujeita a regime de direito estrito e apenas deixa de incidir naquelas hipóteses taxativamente indicadas no texto da própria Carta Política: (a) nos crimes eleitorais, (b) nos crimes militares e (c) nas contravenções penais em geral. Compete à Justiça Federal comum processar e julgar, dentre outros ilícitos penais, os crimes praticados contra os serviços organizados e mantidos pela União (CF, art. 109, IV), nestes incluídos os serviços judiciários federais. O comportamento delituoso de quem usa documento falso, em qualquer processo judiciário federal, faz instaurar situação de potencialidade danosa, apta a comprometer a integridade, a segurança, a confiabilidade, a regularidade e a legitimidade de um dos serviços essenciais mais importantes prestados pela União Federal: o serviço de administração da Justiça. A locução constitucional “serviços (...) da União” abrange, para efeito de definição da competência penal da Justiça Federal comum, as atividades desenvolvidas pela magistratura da União nas causas submetidas à sua apreciação. Nesse contexto, o bem jurídico penalmente tutelado – cuja ofensa legitima o reconhecimento da competência da Justiça Federal – é o próprio serviço judiciário mantido pela União. (RHC 79331/RJ, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento: 24/08/99, Segunda Turma, DJ de 29/10/99, p. 29).

Por outro lado, a legitimidade do MPF resulta do fato de que, nos termos do art. 74, I, IV, da Lei 10.741/03, compete ao Ministério Público “instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso”, bem como “promover a revogação de instrumento procuratório de idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta lei, quando necessário ou o interesse público justificar”. Ademais, tratando-se de instrumento de mandato utilizado em processo da competência do Juizado Especial Federal, é evidente que a ação respectiva pode e deve ser promovida pelo Ministério Público Federal.

2. No mérito, as razões do agravante não lograram afastar a fundamentação da decisão recorrida, que passa a integrar a presente como se nesta estivesse transcrita. Com efeito, a decisão agravada noticia a existência de contratos firmados por pessoas analfabetas, normalmente lavradores, com previsão de honorários advocatícios no percentual de 30% dos valores a ser recebidos pelos autores das ações propostas no Juizado Federal, percentual esse que exorbita da tabela da OAB/MA, cujo máximo é de 20%. Também

registra a respeitável decisão recorrida o fato de que grande parte da clientela do Juizado Itinerante, na grande maioria analfabeta, tenha firmado contrato de honorários por instrumento particular, valendo registrar a existência de precedente do STJ que, em situação análoga, exige a via do instrumento público, *verbis*:

*REsp. Processual Civil. Representação Judicial. Mandato. Outorgante analfabeto.*

O mandato outorgado, por instrumento particular, deve ser assinado pelo mandante. Inadequado lançar as impressões digitais. Nulidade. Todavia, considerado os modernos princípios de acesso ao Judiciário e o sentido social da prestação jurisdicional, ao juiz cumpre ensejar oportunidade para regularizar a representação em juízo. (REsp 122366/MG, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 27/05/97, DJ de 04/08/97, p. 34.921).

Finalmente, a decisão agravada foi complementada pela de fls. 41, a qual restringiu o dispositivo da anterior “para declarar suspensa a eficácia dos contratos e mandatos celebrados por todos os réus apenas quanto ao pagamento dos honorários”, permanecendo em vigor os poderes de representação em juízo.

3. À vista do exposto, indefiro o pedido de liminar. Comunique-se. Manifeste-se o agravado no prazo legal. Publique-se.

Finalmente, *o periculum in mora* encontra-se caracterizado no fato de que o pagamento dos honorários poderá causar aos autores dessas ações dano de difícil reparação pela dificuldade na restituição do indevido.

2. À vista do exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

---

#### Notas

<sup>1</sup> *In Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 58.

<sup>2</sup> *In Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 624.

<sup>3</sup> Ferraz, Sérgio; Machado, Alberto de Paula (coord.). *Ética na advocacia: estudos diversos*. Brasília: OAB Editora, 2004. P. 362-3.

<sup>4</sup> Tepedino, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 394.

<sup>5</sup> Tepedino, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 296-7

---

---

## Sétima Turma

---

### **Agravo Interno no Agravo de Instrumento 2005.01.00.061261-5/BA**

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Agravante:	Toque de Bola Comunicação Propaganda e Promoções Ltda.
Advogados:	Dr. Sérgio Couto dos Santos e outro
Agravada:	Fazenda Nacional
Procurador:	Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes
Agravante no Agravo Interno:	Toque de Bola Comunicação e Propaganda e Promoções Ltda.
Agravada no Agravo Interno:	Respeitável decisão de fls. 62
Publicação:	DJ 2 de 12/05/06

---

### **Ementa**

*Processual Civil. Provimento judicial que extingue execução a uma das CDA's de origem normativa diversa as demais. Natureza jurídica: sentença terminativa, inatacável por agravo de instrumento. Não-observância dos ditames legais quanto ao recurso próprio. Seguimento negado. Agravo interno não provido.*

I. É permitido à Fazenda Pública o manejo de uma execução fiscal para a cobrança de vários títulos executivos. Essa reunião, no entanto, não tem o condão transmutar a natureza jurídica de autonomia e independência de cada título executivo cobrado. Assim, em verdade, o que a lei permite, por economia e celeridade processuais, é o ajuizamento de um único procedimento judicial que cumula várias execuções, cada qual baseada na sua respectiva CDA.

II. A decisão que fulmina por inteiro um dos títulos executivos, cuja raiz legal é diferente a dos demais, em razão de vício na sua formação, é sentença, pois está extinguindo o processo de execução a ele correspondente, produzindo-lhe, inclusive, os efeitos da coisa julgada.

III. Lado outro, a execução fiscal de CDA's referentes a períodos diversos de um mesmo tributo. Nesse caso, cada título representa fração de um crédito de origem normativa comum e, por serem aditamentos entre si, devem ser considerados em conjunto. A decisão que os afastar parcialmente será interlocutória, uma vez que não extinguirá a execução do saldo remanescente daquela espécie de crédito

tributário.

IV. No concreto o provimento judicial agravado originalmente é sentença, porquanto somente ela produz a coisa julgada material em relação à reconhecida nulidade do título judicial de origem normativa diversa à dos demais executados (art. 618, I, do CPC), o que impede, inclusive, a renovação do pedido pelo credor. Não há lógica que tal nulidade seja declarada por decisão interlocutória, passível apenas de preclusão, que, em tese, admite futura rediscussão da matéria por via outra.

V. Agravo interno não provido.

VI. Peças liberadas pelo Relator, em 14/03/06, para publicação do acórdão.

### Acórdão

Decide a 7ª Turma negar provimento ao agravo interno, por maioria.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 14/03/06.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Por agravo protocolizado em 05/09/05, a agravante pediu, com efeito suspensivo, a reforma da decisão datada de 10/06/05 (fls. 17/9), do MM. Juiz Federal Substituto Renato Grizoti Júnior, da 19ª Vara/BA, que, acolhendo, em parte, a exceção de pré-executividade, extinguiu a EF 2004.33.00.022829-9 (art. 618, I, do CPC) em relação a uma das CDA's que a embasava (CDA 50.1.04.000246/71 – Cofins), prosseguindo em relação a outra (CDA 50.4.04.000246-71 – Simples), e condenou a FN em honorários de R\$ 300,00. Requer a agravante a majoração da verba honorária para 20% sobre o valor do crédito extinto.

Por decisão datada de 14/09/05 (fls. 62 – DJ II de 23/09/05), neguei seguimento ao agravo, por manifestamente inadmissível, nestes termos:

2. A “decisão agravada” é terminativa, atacável por apelação, não por agravo de instrumento, cuja interposição se mostra erro grosseiro:

*Processual Civil. Agravo de instrumento interposto de sentença terminativa: Inadmissibilidade. Não-observância dos ditames legais quanto ao recurso próprio. Agravo regimental não provido.*

1. A decisão que indefere execução é sentença terminativa sem exame de mérito (art. 267, I, do CPC), desafiando o recurso de apelação (art. 513 do CPC). (...) (TRF1, AGA 200.01.00.085446-5, Rel. Des. Federal Luciano

---

Tolentino Amaral, 1ª T, ac. un., *DJ* de 20/11/00, p. 33).

Por petição protocolizada em 30/09/05 (fls. 67/73), a agravante (particular) toma agravo interno, aduzindo que a decisão agravada tem natureza de decisão interlocutória, razão pela qual cabível o recurso de agravo de instrumento.

Em resposta (fls. 76/7), a FN pede a manutenção da minha decisão.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Inicialmente, observe que a EF foi ajuizada para a cobrança de duas CDA's absolutamente independentes entre si, uma relativa ao Simples (CDA 50.4.04.000246-71) e outra referente à Cofins (CDA 50.6.03.009962-69).

De rigor, cada EF corresponde a um título executivo (CDA), nos termos do art. 6º, §1º, da Lei 6.830/80:

Art. 6º – A petição inicial indicará apenas:

(...)

§ 1º – *A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.* (Grifei)

(...)

Com o intuito de garantir a unidade da garantia da execução, o art. 28, *caput*, da LEF permite a reunião de execuções, *verbis*:

Art. 28 – O juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.

Em decorrência dessa faculdade, é permitido à Fazenda Pública o manejo de uma execução fiscal para a cobrança de vários títulos executivos contra o mesmo devedor. Essa reunião, no entanto, não tem o condão de transmutar a natureza jurídica de autonomia e independência de cada título executivo cobrado. Assim, em verdade, o que a lei permite, por economia e celeridade processuais, é o ajuizamento de um único procedimento judicial que cumula várias execuções, cada qual baseada na sua respectiva CDA.

Dessa forma, a decisão que fulmina por inteiro um dos títulos executivos, cuja raiz legal é diferente à dos demais, em razão de vício na sua formação, é

---

\* N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva e a Exma. Sra. Juíza Daniele Maranhão Costa (convocada). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

sentença, pois está extinguindo o processo de execução a ele correspondente, produzindo-lhe, inclusive, os efeitos da coisa julgada.

Ressalvo desse entendimento a execução fiscal de CDA's referentes a períodos diversos de um mesmo tributo. Nesse caso, cada título representa fração de um crédito de origem normativa comum e, por serem aditamentos entre si, devem ser considerados em conjunto. A decisão que os afastar parcialmente será interlocutória, uma vez que não extinguirá a execução do saldo remanescente daquela espécie de crédito tributário.

Sobre o assunto, existe, aparentemente, precedente do STJ (REsp 435.372/SP, T1, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 09/12/02, p. 299) que discorre em sentido contrário ao que ora sustento. Esse julgado, no entanto, não explicita se as CDA's executadas são de tributos diferentes ou de períodos diferentes de um mesmo tributo, circunstância que, conforme visto, altera o prisma de interpretação da causa.

Na espécie, portanto, o provimento judicial agravado originalmente é sentença, porquanto somente ela produz a coisa julgada material em relação à reconhecida nulidade do título judicial de origem normativa diversa à dos demais executados (art. 618, I, do CPC), o que impede, inclusive, a renovação do pedido pelo credor. Não há lógica que tal nulidade seja declarada por decisão interlocutória, passível apenas de preclusão, que, em tese, admite futura rediscussão da matéria por via outra.

Tratando-se, pois, de sentença, o agravo de instrumento em face dela interposto não é admissível por falta de adequação recursal.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:* — A forma adequada é agravar-se de instrumento desta parte da sentença, como a parte fez, e por isso dou provimento e elevo a verba honorária para R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Dou provimento integral.

## **Oitava Turma**

**2001.40.00.004148-4/PI**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso  
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Roselita Nogueira Vieira de A. Troccoli  
Apelado: Município de Picos/PI  
Procurador: Dr. Vicente Bandeira de Aquino Neto  
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/PI  
Publicação: DJ 2 de 26/05/06

**Ementa**

*Tributário e Constitucional. Preliminar. Ilegitimidade passiva ad causam. Teoria da encampação. Repasse de verbas relativas ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Termo de amortização de dívida fiscal. Retenção. Obrigações correntes. Art. 160, parágrafo único, inciso I, da CF. Crédito previdenciário. GFIP. Lei 8.212/91. Retenção por arbitramento/estimativa. Ausência de direito líquido e certo.*

I. Aplica-se a teoria da encampação, se a autoridade apontada como coatora, possuindo superioridade hierárquica, ao prestar informações, ainda que suscitando sua ilegitimidade, defendeu o mérito do ato impugnado, atraindo para si a legitimidade passiva *ad causam*.

II. No âmbito constitucional, faz-se imprescindível, para possibilitar o condicionamento da entrega de recursos ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM, a inexistência de débitos junto ao INSS.

III. As obrigações correntes dos Municípios são regularizadas por meio da guia de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – GFIP, nos termos do art. 32 da Lei 8.212/91, regulamentada pelo Decreto 2.803/98, de forma que o crédito previdenciário, a partir da entrega daquela, encontra-se constituído e exigível.

IV. Legítima a retenção pelo INSS das quotas referentes ao FPM, para quitação das obrigações correntes, nos termos do art. 160, parágrafo único, inciso I, da CF, da Lei 8.212/91 e das cláusulas contidas no Termo de Amortização de Dívida Fiscal, não havendo, neste procedimento, qualquer ofensa ao princípio da autonomia municipal.

V. Não se pode presumir que as retenções dos valores do FPM estejam efetivamente ocorrendo por arbitramento ou estimativa, ou, sequer, que não houve a entrega das GFIP's. A previsão contratual – Cláusula Nona, juntamente com as alegações da parte, não são suficientes a demonstrar se concretamente tal procedimento foi levado a efeito pelo INSS.

VI. Mister comprovar que a retenção ocorreu nos moldes previstos na Cláusula 9ª do Termo de Amortização de Dívida Fiscal – TADF, a fim de pré-constituir, na via do mandado de segurança, as provas necessárias à demonstração do alegado direito líquido e certo.

VII. Apelação do INSS e remessa oficial a que se dá provimento.

VIII. Sentença reformada. Segurança denegada.

### Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 25/04/06.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de apelação interposta pelo INSS, da sentença que, nos autos do Mandado de Segurança 2001.40.00.004148-4, impetrado pelo Município de Picos/PI, concedeu em parte a segurança, para determinar que a autoridade impetrada se abstivesse de bloquear qualquer importância das cotas do Fundo de Participação dos Municípios – FPM pertencentes ao Município de Picos, realizados mensalmente sob a rubrica INSS – empresa, ou qualquer bloqueio unilateral acima do percentual de 3% já pactuado, devendo a autarquia, ainda, expedir certidão negativa, referente ao débito em comento, desde que esteja sendo cumprido o parcelamento.*

O MM. juiz *a quo* rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, concedeu parcialmente a segurança, sob o fundamento de que *dessume-se que o arbitramento/estimativa pugnado pela autarquia previdenciária, no que tange às obrigações tributárias correntes, ainda que supedaneado no § 14 do art. 38 da Lei 8.212/91 e em cláusula contratual entabulada (cláusula 6ª c/c cláusula 7ª do TADF), não subsiste à míngua dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, denotando iliquidez da dívida e, conseqüentemente, do crédito tributário, não servindo, portanto, de móvel a seqüestros de verbas públicas, sob pena de banalizar-se a permissão constitucional de retenção de recursos do FPM, a teor do art. 160, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional 3, de 17/03/93, que imprescinde de crédito tributário regularmente constituído.*

Irresignado, o INSS defende *ser impos-sível proceder ao desconto de contribuições previdenciárias em atraso sem antes proceder ao respectivo lançamento de ofício das mesmas, a fim de apurar a sua liquidez e certeza. Carecem motivos, desse modo, ao apelado, para dizer que o INSS irá reter valores sem que o saiba o Município e sem que existam meios de apurá-los, pois seria inviável cobrar valores ou contribuições sem saber quais são e que períodos abrange.*

Requer, assim, seja provido o recurso, reformando inteiramente a sentença.

Embora devidamente intimado (fls. 153), o Município não apresentou contra-razões.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 157/160, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

### Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: —

#### **Preliminar – Legitimidade passiva *ad causam***

De início, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, gerente executivo do INSS no Piauí, pois, conforme já assentado nesta Corte, em caso semelhante ao presente, a *legitimidade da autoridade coatora para figurar no pólo passivo da impetração se mede pela posição de desfazer o ato indigitado coator e pela postura assumida quando da prestação de informações* (AMS 1999.01.00.050912-2/MG, Rel. Juiz Federal convocado Saulo José Casali Bahia, DJ de 04/05/01).

Não obstante os argumentos trazidos pelo INSS, entendo ser legítima a autoridade impetrada, sob o fundamento de que, *in casu*, aplica-se a teoria da encampação, tendo em vista que o gerente executivo do INSS, no Piauí, ao prestar informações (fls. 68/76), além de suscitar a questão da ilegitimidade, defendeu o mérito do ato impugnado, atraindo para si a legitimidade passiva *ad causam*.

Para tanto, a concessão parcial da liminar, no sentido de suspender o ato impugnado e determinar a sustação dos efeitos da Cláusula Nona do TADF e a retenção direta do FPM dos valores das obrigações previdenciárias correntes (fls. 78/81), foi devidamente cumprida.

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

Embora o INSS afirme que os responsáveis pelo setor de fiscalização de cada posto são quem, de fato, possuem poder para conceder ou suspender determinado parcelamento, verifico que há superioridade hierárquica do gerente executivo do INSS e referidos agentes – chefes do setor de fiscalização de cada posto.

Se assim não fosse, ainda que em face de comando judicial, não haveria obrigatoriedade no seu cumprimento.

Nesse sentido, bem asseverou o representante do MPF, *verbis*:

A autoridade impetrada, quer seja o superintendente estadual do INSS na Bahia, é parte legítima para figurar no pólo passivo deste mandado. Tanto assim o é que a fls. 212, quando prestou informações ao juízo *a quo*, diante do petítório do impetrante requerendo providências quanto ao não-acatamento da liminar prolatada, assim se pronunciou: “Após receber o mandado, ora em comento, solicitei informações à gerência de Feira de Santana, oportunidade na qual remeti cópia deste mandado e petição do Município, para o fim de que fosse esclarecido o ocorrido. Constatado o equívoco, *determinei* a imediata devolução do valor retido, pelo qual está sendo emitida AP (autorização do pagamento)” – grifos nossos. Assim sendo, se a autoridade tem poderes para determinar a devolução do valor retido tem, por conseguinte, legitimidade passiva, devendo-se afastar a preliminar argüida.

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade impetrada.

### Mérito

O Município impetrante firmou com o INSS Termo de Amortização de Dívida Fiscal – TADF, fls. 24/25, constando em suas cláusulas 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup> e 9<sup>a</sup>, os seguintes termos:

Cláusula 6<sup>a</sup> – Estou ciente de que o débito ora confessado, será pago em (...) parcelas, mediante o desconto de (...) do Fundo de Participação do Estado – FPE ou do Fundo de Participação do Município – FPM, repassado decendialmente ao INSS, pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN.

Cláusula 7<sup>a</sup> – Estou ciente de que a inclusão de débitos de autarquias/fundações na presente CDF acarretará o acréscimo de 3% (três por cento) na retenção do FPE/FPM indicado na cláusula 6<sup>a</sup>, para amortização dos débitos das referidas entidades.

Cláusula 9<sup>a</sup> – Na falta de pagamento de débitos vencidos ou superior a 60 (sessenta) dias no cumprimento das obrigações previdenciárias correntes ou de prestações de acordos de parcelamento, autorizo a retenção do Fundo de Participação do Estado – FPE ou do Fundo de Participação do Município – FPM e o repasse ao INSS, do valor correspondente à mora.

Os extratos acostados a fls. 26/27 demonstram a retenção do valor mensal relativo ao parcelamento, como de valores variáveis sob a rubrica INSS – empresa

e INSS – JRS/Multas.

Não se discutem, nestes autos, possíveis equívocos quanto aos valores das retenções, mas supostas ilegalidades e irregularidades na forma de adimplemento das obrigações correntes, imposta por meio do TADF. Aliás, não se está discutindo sequer a retenção relativa ao parcelamento, pois o que questiona o Município é a ilegalidade da retenção levada a efeito pelo INSS, em valores alegados arbitrários, das obrigações correntes, utilizando-se do Termo de Amortização de Dívida Fiscal – Cláusula Nona.

O enfoque a ser dado na presente controvérsia é a legalidade ou ilegalidade da retenção de quantias do FPM do Município impetrante além das já recolhidas em cumprimento ao acordo de parcelamento, limitada aos 3% previstos no TADF.

Apreciando algumas pretensões análogas à presente, trazidas por meio de agravo de instrumento, vinha me posicionando no sentido de que as autorizações constantes nos acordos de parcelamento, celebrados entre o Município e o INSS, deveriam se restringir à possibilidade de retenção e repasse dos débitos confessados, não se dilatando para permitir a retenção antecipada de obrigações tributárias que não sofreram o devido lançamento e a regular notificação do contribuinte.

No entanto, a partir do exame apurado da controvérsia, verifico que o procedimento levado a efeito pelo INSS encontra respaldo constitucional, legal, assim como está em perfeita consonância com a própria forma de pagamento das obrigações correntes pelos Municípios.

A nova redação do parágrafo único do art. 160, conferida pela Emenda Constitucional 29, de 13/09/00, prevê duas exceções relativas à vedação imposta no *caput* do dispositivo citado, nos seguintes termos:

Art. 160 É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

No âmbito constitucional, faz-se imprescindível, portanto, para possibilitar o condicionamento da entrega de recursos ao FPM, a inexistência de débitos, no caso, junto ao INSS. Ou seja, havendo créditos em favor da União ou de suas autarquias, a entrega de recursos aos entes federativos poderá estar condicionada ao regular pagamento daqueles.

Nesse ponto, apesar da argumentação constantemente utilizada pelos Muni-

cípios, entendo que, se as obrigações correntes desses entes são regularizadas por meio da GFIP, nos termos do art. 32 da Lei 8.212/91, regulamentado pelo Decreto 2.803/98, o crédito previdenciário encontra-se constituído e exigível.

Isso porque os valores declarados e valores efetivamente recolhidos por meio da guia de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – GFIP decorrem de confissão do próprio contribuinte acerca dos valores devidos. Nessas hipóteses, o crédito previdenciário prescinde de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte para que se considere constituído, uma vez que a declaração do sujeito passivo equivale ao lançamento, tornando o referido crédito formalizado e imediatamente exigível.

Partindo dessa premissa, as obrigações correntes dos Municípios, declaradas em GFIP, constituem créditos em favor do INSS, na exata concepção trazida pela Constituição Federal, em seu art. 160, parágrafo único, inciso I.

Não há respaldo, enfim, para afirmação de que os valores retidos no FPM são calculados unilateralmente pela autarquia previdenciária, ou que constituem valores arbitrários, em inobservância a qualquer procedimento administrativo prévio, da mesma forma em que não procede a alegação de que a retenção alcança créditos não constituídos, inexigíveis, ilíquidos ou incertos.

Nesse sentido, o TRF da 5ª Região se manifestou, nos termos da ementa que ora colaciono, *verbis*:

*Tributário e Constitucional. Parcelamento de débito previdenciário de Município. Retenção do FPM para pagamento de obrigações previdenciárias correntes em atraso. Possibilidade.*

1. Se o próprio Município envia a guia de fiscalização e informação (GFIP) com os valores a serem recolhidos, esse débito já é por ele reconhecido como devido, fazendo jus o INSS ao crédito.

2. Não procede a alegação de que os débitos ainda não são exigíveis porque não foram formalmente constituídos.

3. Presunção de constitucionalidade da lei que autoriza a cláusula de retenção do FPM constante do contrato de parcelamento.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 48212/CE, DJ de 02/09/03, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti)

Ultrapassando o âmbito constitucional, tem-se a Lei 8.212/91, que estabelece no art. 38, §§ 9º a 14º, as diretrizes do acordo de parcelamento quanto às contribuições devidas à Seguridade Social, conforme abaixo transcrito, *verbis*:

Art. 38 As contribuições devidas à Seguridade Social, incluídas ou não em notificação de débito, poderão, após verificadas e confessadas, ser objeto de acordo para pagamento parcelado em até 60 (sessenta) meses, observado o disposto em regulamento.

(....)

§ 9º O acordo celebrado com o Estado, o Distrito Federal ou o Município conterà cláusula em que estes autorizem a retenção do Fundo de Participação dos Estados – FPE ou do Fundo de Participação dos Municípios – FPM e o repasse ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS do valor correspondente a cada prestação mensal, por ocasião do vencimento desta. (Incluído pela Lei 9.639, de 25/05/98).

§ 10 O acordo celebrado com o Estado, o Distrito Federal ou o Município conterà, ainda, cláusula em que estes autorizem, quando houver o atraso superior a sessenta dias no cumprimento das obrigações previdenciárias correntes, a retenção do Fundo de Participação dos Estados – FPE ou do Fundo de Participação dos Municípios – FPM e o repasse ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS do valor correspondente à mora, por ocasião da primeira transferência que ocorrer após a comunicação da autarquia previdenciária ao Ministério da Fazenda. (Incluído pela Lei 9.639, de 25/05/98) (Vide Medida Provisória 2.187-13, de 24/08/01)

§ 11 Não é permitido o parcelamento de dívidas de empresas com falência decretada. (Incluído pela Lei 9.711, de 20/11/98)

*§ 12 O acordo previsto neste artigo conterà cláusula em que o Estado, o Distrito Federal e o Município autorize a retenção do FPE e do FPM e o repasse à autarquia previdenciária do valor correspondente às obrigações previdenciárias correntes do mês anterior ao do recebimento do respectivo fundo de participação. (Introduzido pela MP 2.187-12/01).*

§ 13 Constará, ainda, no acordo mencionado neste artigo, cláusula em que o Estado, o Distrito Federal ou o Município autorize a retenção pelas instituições financeiras de outras receitas estaduais, distritais ou municipais nelas depositadas e o repasse ao INSS do restante da dívida previdenciária apurada, na hipótese em que os recursos oriundos do FPE e do FPM não forem suficientes para a quitação do parcelamento e das obrigações previdenciárias correntes. (Introduzido pela MP 2.187-12/01)

*§ 14 O valor mensal das obrigações previdenciárias correntes, para efeito deste artigo, será apurado com base na respectiva guia de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social – GFIP ou, no caso de sua não-apresentação no prazo legal, estimado, utilizando-se a média das últimas doze competências recolhidas anteriores ao mês da retenção prevista no § 12 deste artigo, sem prejuízo da cobrança ou restituição ou compensação de eventuais diferenças. (NR) (Introduzido pela MP 2.187-12/01)*

(Sem grifo no original.)

Da leitura do citado § 14, resta confirmada a conclusão no sentido de que as obrigações previdenciárias correntes dos Municípios são declaradas e recolhidas mediante GFIP e, com base nas informações nela prestadas, são apurados os valores a serem objeto da retenção.

Destaco, outrossim, ainda no âmbito infraconstitucional, que a Lei 9.639/98 também normatizou as regras sobre amortização e parcelamento de débitos relativos às contribuições sociais e outras importâncias devidas ao INSS.

Os dispositivos legais mencionados, bem como as cláusulas constantes no TADF, permitem delinear o procedimento adotado pela autarquia previdenciária: no mês do repasse do FPM, verifica-se a existência de crédito relativo às obrigações correntes no mês anterior, que, embora declaradas em GFIP, não foram recolhidas pelo Município. Amparado pela CF, pela Lei 8.212/91 e pelo TADF, o INSS retém o percentual legal e contratualmente permitido do FPM para quitação desse débito.

Os extratos acostados aos autos permitem, inclusive, deduzir o atraso no recolhimento das obrigações correntes declaradas em GFIP, pois a rubrica INSS-JRS/Multas consiste em cobrança de juros e multas pelo atraso no pagamento do débito confessado na GFIP.

Tal procedimento, embora tão repudiado pelos Municípios, garante à Seguridade Social o recebimento de recursos, ao mesmo tempo em que mantém os Municípios adimplentes em relação a suas obrigações correntes. Mister ressaltar que tal retenção encontra limites nos percentuais estipulados em lei, indicando, portanto, que não há comprometimento total dos valores recebidos do FPM.

Acrescento que a Lei 8.212/91 – arts. 56 a 59 – estabelece como condição necessária para receber a transferência dos recursos do FPM, celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral, a inexistência de débitos em relação às contribuições devidas ao INSS, sendo que os Municípios devem apresentar os comprovantes de recolhimentos referentes aos três meses imediatamente anteriores ao mês previsto para efetivação dos procedimentos descritos.

Há previsão legal e contratual (TADF), inclusive, no sentido de que o percentual de retenção, 3% ou 9% não poderá exceder 15% da Receita Corrente Líquida do Município, o que reforça o fato de que não há redução drástica das cotas recebidas do FPM, de modo a inviabilizar as atividades sociais desenvolvidas pelo ente municipal.

Esta Turma já adotou o posicionamento ora fundamentado, nos termos da ementa abaixo transcrita:

*Agravo de instrumento. Tributário. Fundo de Participação dos Municípios. Autolancamento. Ausência de recolhimento dos valores devidos. Possibilidade de retenção pelo INSS. Agravo provido. Decisão modificada.*

1. As obrigações previdenciárias correntes são identificadas pelo próprio Município, mensalmente, sob a forma de autolancamento, por meio da

guia de recolhimento de Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social (GFIP), nos termos da Lei 8.212/91 (arts. 32, IV, § 2º, e 38, § 14) e da própria Lei 9.639/98 (art. 5º, § 3º). Assim, não há se falar em necessidade de lançamento homologatório a fim de conferir exigibilidade ao crédito previdenciário.

2. O Município, *in casu*, só está tendo parte de sua cota do FPM retida por não ter recolhido os valores que expressamente reconheceu como devidos a título de obrigações previdenciárias correntes. Ou seja, declara um *quantum* e não o paga, dando ensejo à retenção pelo INSS.

3. Agravo provido. (Ag 2004.01.00.030017-8/DF, Rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, *DJ* de 27/10/05)

Por toda a fundamentação ora exposta, entendo legítima a retenção pelo INSS das quotas referentes ao FPM, para quitação das obrigações correntes, nos termos do art. 160, parágrafo único, inciso I, da CF, da Lei 8.212/91 e do próprio TADF, não havendo qualquer ofensa ao princípio da autonomia municipal.

O Município impetrante pretende ser determinado que a autarquia se absteinha de efetuar bloqueios ou retenções do FPM com base na Cláusula Nona.

No entanto, eventuais alegações acerca do procedimento relativo à GFIP, à não-observância, pelo INSS, dos limites percentuais estabelecidos, ou mesmo no sentido de que as retenções estão afetando demasiadamente a manutenção do Município, esbarram na impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, conforme já manifestado em decisão proferida pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, do STJ, no MS 9684, *DJ* de 08/03/05, no sentido de que para se aferir quanto à alegada inexistência dos créditos retidos pela autarquia, quanto a um possível excesso na retenção, ou mesmo quanto à eventual inobservância de formalidades que regulariam a constituição desses créditos, seria necessário proceder-se à dilação probatória, procedimento que não guarda nenhuma afinidade com o rito da ação mandamental.

Discordo dos fundamentos utilizados pelo MM. juiz *a quo*, tendo em vista que não se pode presumir que as retenções dos referidos valores estejam efetivamente ocorrendo por arbitramento ou estimativa, ou, sequer, que não houve a entrega das GFIP's. Tal previsão contratual e as alegações da parte não são suficientes a demonstrar se, concretamente, tal procedimento foi levado a efeito pelo INSS.

Deveria o impetrante comprovar que a retenção ocorreu nesses moldes, a fim de pré-constituir, na via do mandado de segurança, as provas necessárias à demonstração do alegado direito líquido e certo.

Pelo exposto, dou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, para, reformando a sentença, denegar a segurança.

É como voto.

## Breviário

**Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet.**

### **Ação de cancelamento de protesto. Endosso-mandato. Responsabilidade pelo protesto indevido.**

Tratando-se de endosso-mandato, o endossatário somente responde pelo protesto indevido quando assim tiver procedido por negligência ou a despeito de orientação em contrário emanada do endossante. Precedentes do STJ.

AC 2002.39.00.005000-7/PA

Rel.: Juiz Leão Aparecido Alves – 6ª Turma (convocado)

Publicação: *DJ* 2 de 15/05/06

### **Ação de consignação em pagamento. CTN, art. 164. Débitos previdenciários. Parcelamento em 240 meses. Equiparação a empresas públicas e similares. Impossibilidade.**

Na seara fiscal, cabe a propositura de ação consignatória nos estritos termos do art. 164 do CTN, pelo que se revela imprópria para discutir o valor do débito tributário ou obter parcelamento sem as exigências legais.

A pretensão deduzida esbarra, portanto, na impossibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir na avaliação política privativa da Administração relativamente à concessão de parcelamento tributário. Inclusive, não cabe ao Judiciário igualar situações que o próprio legislador distinguiu, em nome do princípio da igualdade.

AC 2000.34.00.014463-0/DF

Rel.: Des. Federal Leomar Amorim – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 19/05/06

### **Aposentadoria por invalidez rurícola. Óbito do autor após realização da perícia.**

Tendo o autor, trabalhador rural, intentado ação visando perceber benefício de aposentadoria por invalidez, transmutou o direito personalíssimo – ao benefí-

cio – em ação que, se procedente, gera efeitos patrimoniais transmissíveis aos sucessores, nos termos do disposto nos arts. 43 e 265 do CPC. Não cabe, pois, a extinção do processo, nos termos do art. 267, IX, do CPC.

AC 2004.01.99.001553-0/MG

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado – 1ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 08/05/06

### **Concurso público. Polícia Federal. Curso de formação profissional. Aplicabilidade das regras do certame ao qual se submeteu o candidato.**

Embora a impetrante tenha participado de curso de formação distinto do que deveria participar, tem ela direito a ser submetida às regras do edital pelo qual se inscreveu.

O fato de ter sido matriculada no curso de formação por força de decisão judicial não possibilita à Administração aplicar disposições regulamentares diversas das que estavam previstas no edital.

AMS 2002.34.00.036033-7/DF

Rel.: Juiz Marcelo Albernaz – 5ª Turma (convocado)

Publicação: *DJ* 2 de 04/05/06

### **Execução fiscal. Débitos previdenciários. Responsabilidade solidária do sócio de sociedade limitada. Art. 13 da Lei 8.620/93. Art. 124, II, CTN. Arts. 1.016 e 1.053 do Código Civil. Interpretação sistemática. Art. 135, III, CTN.**

O art. 13 da Lei 8.620/93 deve ser aplicado observando-se os requisitos trazidos no art. 135, III, do CTN, bem como nos arts. 1.016 e 1.053 do Código Civil (Precedente do STJ; 1ª Seção, REsp 717.717/SP, Relator Ministro José Delgado, ainda não publicado).

A responsabilidade solidária só pode ser verificada se presentes os requisitos dispostos no art. 135, inciso III, do CTN.

Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados pessoalmente não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas pelo fato de exercerem a sua administração e possuírem poderes de gerência, por meio dos quais cometem abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

O inadimplemento das obrigações tributárias pela pessoa jurídica não é considerado infração à lei capaz de imputar a responsabilidade pessoal prevista no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Ag 2005.01.00.053763-4/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/04/06

**Remuneração (taxa) pela anuência ao pedido de guias de importação e/ou internamento de insumos na Zona Franca de Manaus. Prescrição quinquenal (tributo direto) contada do recolhimento (CTN, art. 168, I).**

O prazo prescricional para ajuizamento da ação de restituição dos tributos recolhidos pelo contribuinte no ato da utilização de serviços derivados do poder de polícia, com necessária comprovação desse recolhimento para a sua efetivação, rege-se pelo art. 168 do CTN, ou seja, é de cinco anos contados da data do recolhimento, porque não há falar em posterior homologação, quando a conferência do exato valor ocorre para que efetuado o serviço.

O valor recolhido a título de “remuneração pela anuência aos pedidos de guias de importação de insumos e bens de capital e remuneração pela anuência ao internamento (desembarço aduaneiro) desses insumos e bens de capital”, porque compulsória e para consecução do poder de polícia (crédito remunerador da atividade estatal específica), tem natureza jurídica de tributo da espécie taxa.

REO 2001.32.00.000903-7/AM

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 12/05/06

**Tráfico de substância entorpecente. Porte ilegal de munição. Regime prisional. Progressão. Admissibilidade. Novo entendimento do STF.**

O Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do *Habeas Corpus* 82.959/SP, em que se discute a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 em face dos princípios da individualização da pena e da isonomia, e declarou a inconstitucionalidade da norma que veda a progressão de regime prisional nos delitos descritos no *caput* do citado artigo.

ACr 2005.01.00.015573-9/AC

Rel.: Des. Federal Cândido Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 05/05/06

---

## Turma Recursal

---

### Processo

**2005.39.00.708922-7/PA**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rubens Rollo D'Oliveira  
Vara/Origem: 1ª Vara – JEF Cível/PA  
Recorrente: Antônio Campos Pastana  
Recorrida: União  
Publicação: DOE de 16/05/06

---

### Ementa

*Servidor público. Revisão da remuneração (art. 37, X, da CF/88). Pedido de indenização.*

I. Não existe preceito constitucional obrigando o Executivo a fazer o reajuste de vencimentos na data-base.

II. Não cabe ao Poder Judiciário implementar a revisão pleiteada, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes constitucionalmente assegurado.

III. Não existindo lei específica de iniciativa do presidente da República, majorando a remuneração dos servidores públicos, não há como ser acatado o pedido de indenização por danos materiais e morais, em decorrência da mora do chefe do Executivo, na forma determinada pelo art. 37, X, da CF/88.

IV. Sentença recorrida mantida. Recurso a que se nega provimento.

V. Acórdão prolatado nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95.

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Juízes da Turma Recursal com sede na Seção Judiciária do Pará, por maioria, negar provimento ao recurso, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos. Vencida a Exma. Dra. Hind Ghassan Kayath. Condeno o recorrente vencido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, no valor de R\$ 200,00, dos quais fica isento (fls. 83), por litigar sob assistência judiciária.

Além do signatário, participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Juízes Anselmo Gonçalves da Silva e Hind Ghassan Kayath.

---

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/PA – 17/03/06.

Juiz Federal *Rubens Rollo D'Oliveira*, Relator.

---

## Processo

**2005.39.00.706768-4/PA**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva – convocado

Recorrente: Rosa Helena Reategui de Souza

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Publicação: *DOE* de 16/05/06

---

## Ementa

*Previdenciário. Benefício em manutenção. Conversão em URV. Reajuste indevido.*

I. “A conversão dos benefícios previdenciários em URV, em março de 1994, obedece às disposições do art. 20, incisos I e II, da Lei 8.880/94 (MP 434/94)” (Súmula 1 – Turma Nacional de Uniformização). Em outras palavras, não é cabível o reajustamento dos benefícios previdenciários em manutenção pelo IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%).

II. Sentença confirmada. Recurso improvido.

III. Acórdão prolatado nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95.

## Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Juízes da Turma Recursal com sede na Seção Judiciária do Pará, à unanimidade, em negar provimento ao recurso da autora, mantendo a sentença recorrida por seus próprios fundamentos. Sem custas e sem honorários, ante a concessão da assistência judiciária aqui deferida.

Além do signatário, participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Juízes Rubens Rollo D’Oliveira, Presidente, e Hind Ghassan Kayath.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/PA – 17/03//06.

Juiz Federal *Anselmo Gonçalves da Silva*, Relator convocado.

---

## Processo

**2005.39.00.706791-7/PA**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva – convocado

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Recorrido: Manoel Conceição Pastana  
Publicação: *DOE* de 16/05/06

---

### **Ementa**

*Previdenciário. Correção do salário de contribuição pelo índice do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%). Aplicação. Elementos para cálculos aritméticos. Sentença líquida. Permanência do interesse processual mesmo diante da possibilidade de acordo administrativo (MP 201/04). Renúncia a valor eventualmente superior a 60 salários mínimos. Competência do JEF.*

I. “Para o cálculo da renda mensal inicial do benefício previdenciário, deve ser considerada, na atualização dos salários de contribuição anteriores a março de 1994, a variação integral do IRSM de fevereiro de 1994, na ordem de 39,67% (art. 21, § 1º, da Lei 8.880/94)” (Súmula 19 – Turma Nacional de Uniformização).

II. A sentença não é ilíquida quando contém todos os parâmetros necessários para a feitura de meros cálculos aritméticos, ainda mais quando os dados do benefício se encontram em poder do demandado-vencido.

III. Havendo renúncia expressa ao valor porventura desbordante a 60 salários mínimos, descabe cogitar de incompetência para o feito acaso o valor da condenação ultrapasse o teto estabelecido no art. 3º da Lei 10.259/01.

IV. Inexiste falta de interesse processual em face da MP 201/04, na medida em que esta tão-somente propõe uma solução administrativa para o caso, mesmo porque não poderia ser diferente diante da garantia de que não é permitido à lei subtrair ao Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

V. Não há na espécie violação ao princípio da despesa orçamentária, máxime porque é a própria Constituição Federal, no art. 100, § 3º, que excepciona a regra dos precatórios.

VI. Sentença confirmada. Recurso improvido.

VII. Acórdão prolatado nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95.

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Juízes da Turma Recursal com sede na Seção Judiciária do Pará, à unanimidade, em negar provimento ao recurso do INSS, condenando-o ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Além do signatário, participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Juízes Rubens Rollo D' Oliveira, Presidente, e Hind Ghassan Kayath.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/PA, 17/03/06.

Juiz Federal *Anselmo Gonçalves da Silva*, Relator convocado.

---

## Recurso

### 2005.34.00.700430-9/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto

Recorrente: Caixa Econômica Federal

Advogada: Dra. Ana Paula Gonçalves da Silva

Recorridos: Aluísio de Matos Sousa e outro

Advogado: Dr. Sebastião Moraes da Cunha

Publicação: DJ 2 de 12/05/06

---

## Ementa

*Civil. Financiamento. Imóvel. Levantar hipoteca. Extinção da obrigação principal. Recurso improvido.*

I. A extinção da hipoteca opera-se com o adimplemento da obrigação principal, nos termos do inciso I do art. 1.499 do Código Civil, pois a hipoteca é um direito acessório para garantir a obrigação.

II. O demonstrativo de débito (fls. 15) comprova a quitação do contrato de mútuo entabulado com a CEF, ora recorrente.

III. Com o pagamento do principal, o contrato de mútuo, deve ser liberada a hipoteca que grava o imóvel.

IV. A alegação de que ainda encontram-se tramitando duas ações sobre os valores das prestações cobradas no referido contrato não influem na liberação da hipoteca.

IV. Sentença mantida. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95.

V. Recurso improvido. Verba honorária fixada em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

## Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

---

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/DF – 27/04/06.

Juiz Federal *Itagiba Catta Preta Neto*, Relator.

---

## **Recurso**

**2005.34.00.754986-2/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Procurador: Dr. Ivens de Sá de Castro Sousa

Recorrente: Olga Pereira Ramos

Advogado: Defensoria Pública

Publicação: DJ 2 de 12/05/06

---

## **Ementa**

*Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Período de graça. Termo inicial. Recurso improvido.*

I. A qualidade de segurado é mantida, independente de contribuições, até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, caso o segurado deixe de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, acrescido de mais doze meses para o segurado desempregado, desde que comprovado esta situação, nos termos do art. 15, inciso II, combinado com o § 2º da Lei 8.213/91.

II. Como o último vínculo empregatício da parte autora foi rescindido na data de 14/06/01, e houve a percepção do seguro desemprego (fls. 25), a parte autora manteve sua qualidade de segurada por vinte e quatro meses após a cessação das contribuições.

III. O laudo médico pericial (fls. 61/62) atestou ser a autora portadora do vírus HIV desde setembro de 2002, momento em que ainda mantinha a qualidade de segurada.

IV. Saliente-se, ainda, que independe de carência a concessão de aposentadoria por invalidez no caso de síndrome da deficiência imunológica adquirida – Aids, consoante o disposto no art. 151 da Lei 8.213/91.

V. Observa-se, portanto, que apesar de a autora não ser mais segurada ao RGPS, faz jus à aposentadoria por invalidez, pois implementou os requisitos para sua concessão desde o surgimento da enfermidade, de acordo com o art. 102, § 1º, da Lei 8.213/91.

VI. Precedentes do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AC 2005.01.99.02701-8/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oli-

veira Chaves, 1ª Turma, publicado no *DJ* de 05/09/05 e AC 2002.38.00.019869-8/MG, Relator Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, publicado no *DJ* de 09/05/05).

VII. O termo inicial para o pagamento da aposentadoria por invalidez é a data do requerimento administrativo, mesmo tendo sido formulado pedido de amparo assistencial.

VIII. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 752456/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, publicado no *DJ* de 26/09/05 e AgRg no AgRg no Ag 540087/SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, publicado no *DJ* de 19/09/05) e do TRF da 1ª Região (AC 2001.01.99.041303-8/MG, Relatora Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, publicado no *DJ* de 02/06/05 e AC 2004.01.99.022566-2/MG, Relator Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, publicado no *DJ* de 22/11/04).

IX. Sentença mantida. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei 9.099/1995.

X. Recurso improvido. Verba honorária fixada em 10% do valor da condenação, em favor da parte recorrida, não incidindo sobre as prestações vincendas nos termos da Súmula 111 do STJ.

### Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/DF – 27/04/06.

Juiz Federal *Itagiba Catta Preta Neto*, Relator.

# Monografia

## A Repressão à Lavagem de Dinheiro e as Garantias Constitucionais: Tendências Atuais

Felipe Bernardes Rodrigues\*

\* 1º colocado na categoria universitário do IX Concurso Nacional de Monografias do TRF-1ª Região.

## 1 Introdução

Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas.

Rui Barbosa (1849/1923)

Há determinados crimes que geram – seja pelo seu modo de execução, seja pela perversidade dos efeitos deles decorrentes – um sentimento coletivo de ojeriza a todos os envolvidos em sua prática. Dentre estes crimes desponta, sem dúvida, a lavagem de dinheiro, que, além de permitir que os criminosos desfrutem impunemente dos proventos de suas infrações, ameaça a própria estrutura do Estado, com a criação de redes de corrupção e fortalecimento do crime organizado.

O Estado, então, no afã de combater mais eficientemente esses graves crimes, cria uma legislação penal rígida – muitas vezes sob o manto da emoção, sem uma reflexão mais profunda acerca do tipo de repressão que institui –, imbuído da crença de que a eficácia do combate ao crime é diretamente proporcional à severidade das leis penais. No Brasil, são exemplos deste tipo de legislação a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei das Organizações Criminosas e a Lei da Lavagem de Dinheiro.

No entanto, dois aspectos cruciais devem ser observados: em primeiro lugar, existe uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, que devem ser respeitados, sendo inadmissível sua violação, sob qualquer pretexto, ainda que sejam boas (ou não) as intenções dos que pretendem exacerbar a repressão aos crimes. Além disso, cumpre ter presente que não é com a afronta à Lei Maior que se consegue mais eficiência no combate ao crime.

A presente monografia tem por escopo demonstrar, à luz dessas premissas, como deve ser feita a repressão ao crime de lavagem de dinheiro, por meio da análise dos dispositivos legais aplicáveis, apresentando a maneira de interpretá-los em consonância com as inafastáveis garantias estabelecidas pela Carta Magna.

Para que se atinja tal desiderato, entretanto, é imprescindível saber, previamente, *como* são praticadas as condutas criminosas de lavagem de capitais, e entender *por que* o delito se reveste de tamanha gravidade. Além disso, revela-se de todo útil ter uma visão panorâmica das garantias constitucionais aplicáveis na repressão penal, com a demonstração de sua relevância no contexto do combate ao crime. Por isso, antes de adentrar no tema específico da repressão à lavagem de dinheiro em face das normas garantidoras dos direitos fundamentais, estabelecidas pela Constituição Federal, analisar-se-ão as principais características dos crimes de lavagem de capitais – expondo-se a evolução histórica e o *modus operandi* da prática criminosa –, para, em seguida, demonstrar-se a relevância e aplicabilidade

das principais garantias constitucionais na repressão penal. Após isso, será possível fazer uma análise crítica dos mecanismos utilizados pelos agentes estatais no combate ao crime de lavagem de dinheiro, com a finalidade de demonstrar a maneira de aplicá-los em conformidade com a Lei Maior, caso se revelem potencialmente conflitantes com esta.

## 2 Lavagem de dinheiro

### 2.1 Conceituação

A lavagem de dinheiro é prática criminosa que objetiva integrar na economia formal ativos obtidos de maneira ilícita, dando-lhes aparência de terem sido obtidos de maneira legítima. Pressupõe, portanto, o cometimento de um crime antecedente, do qual resulta vantagem financeira para o sujeito ativo, e a necessidade experimentada por este de dissimular a origem criminosa dos fundos, subtraindo-se à atuação da Justiça e legitimando a posse de recursos advindos de práticas espúrias.

Não há consenso doutrinário no que concerne ao bem jurídico tutelado pela incriminação da lavagem de dinheiro. Há três hipóteses principais a respeito: (i) o bem jurídico protegido no crime de lavagem de dinheiro é o mesmo protegido no delito antecedente; (ii) a incriminação da lavagem visa a proteger a ordem socioeconômica; (iii) o bem jurídico protegido é a administração da justiça.

Pela primeira corrente, a incriminação da lavagem teria o escopo de dificultar a prática dos crimes antecedentes, sendo um “reforço” à proteção do bem previamente atacado. No entanto, como observa Pitombo, este entendimento não prospera, já que “almeja criar um supertipo, cuja função seria atuar nas hipóteses de ineficácia de outro tipo penal, o que implicaria a própria negação da idéia de tipo”.<sup>1</sup>

Há corrente doutrinária afirmando ser a ordem socioeconômica o bem jurídico afrontado pela prática de lavagem de dinheiro.<sup>2</sup> Aponta-se o comprometimento do normal fluxo de capitais, a possibilidade de desestruturação de sistemas financeiros, a criação de monopólios ou grupos dominantes e a concorrência desleal como alguns dos nefandos efeitos advindos da prática da lavagem de dinheiro em nível internacional. Realmente, não é difícil imaginar estes resultados, se se considerar algumas estimativas de órgãos internacionais que afirmam que a lavagem de dinheiro movimentava recursos na ordem de quinhentos bilhões a um trilhão de dólares por ano.<sup>3</sup>

Outros autores defendem a tese de que o bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro é a administração da justiça, conferindo a essa expressão

um significado mais amplo, “no sentido mais genérico e abrangente de quaisquer manifestações da Justiça no atingimento de suas metas e finalidades”.<sup>4</sup> Pitombo critica esse posicionamento, afirmando que “sob o fundamento ‘administração da justiça’ – ao qual pouco se menciona na CF – pode-se criar Direito Penal submisso a qualquer tendência ideológica”, e que, ao considerar-se a administração da justiça o bem jurídico tutelado, o princípio da lesividade seria “letra morta”, não se distinguindo os graus de lesão: qualquer agir seria “valorado negativamente, sem diferenciar-se o resultado jurídico”. Em seguida, evoca lição de Faria Costa, no sentido de que “criar-se um tipo legal para, desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, uma qualquer atividade persecutória é atitude legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos”.<sup>5</sup>

A vislumbrar-se a administração da justiça como bem jurídico tutelado pela tipificação do branqueamento de capitais, tem-se que a punição a este crime constitui uma espécie de “reforço” na repressão dos crimes antecedentes, em virtude da ineficácia estatal no combate aos mesmos. Esta constatação acaba por aproximar a corrente que considera a administração da justiça o bem tutelado daquela que vislumbra como tal o mesmo bem protegido no crime antecedente. Contudo, o traço distintivo é que, pela primeira corrente (administração da justiça) busca-se punir aqueles que subtraem à atuação da justiça o julgamento dos criminosos autores dos crimes antecedentes, ao passo que, pela segunda corrente (bem protegido pela incriminação da lavagem é o mesmo ofendido pelo delito que a antecede), a punição dos autores da conduta criminosa de lavagem de capitais objetiva exacerbar a reprimenda ao crime antecedente. Em outras palavras, em uma haveria um reforço qualitativo (mais efetividade na aplicação da lei, evitando que os criminosos escapem à atuação da justiça); na outra, um reforço quantitativo (mais pena).

O Pretório Excelso do país, no julgamento do *leading case* da lavagem de dinheiro, assentou o entendimento de que o tipo não reclama “o vulto e a complexidade dos exemplos da requintada ‘engenharia financeira’ transnacional, com os quais se ocupa a literatura”.<sup>6</sup> Neste caso, o bem tutelado não foi a ordem socioeconômica, tendo em vista a insignificância dos valores envolvidos, concluindo-se que o bem protegido pela lei penal neste caso foi a administração da justiça, como ficou consignado no voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence.

Resumidamente, pode-se afirmar que, tal como originalmente concebida, a legislação repressiva da lavagem de dinheiro destinava-se a proteger a ordem socioeconômica<sup>7</sup>; no entanto, no Direito positivo brasileiro, a lei pode ser aplicada a casos em que a inexpressividade dos valores envolvidos não permite visualizar uma afronta ao sistema econômico-financeiro, conforme ficará demonstrado adiante.

O interesse prático da discussão acerca do bem jurídico tutelado consiste

na fixação da competência para julgamento das causas (Lei 9.613/98, art. 2º, III – serão de competência da Justiça Federal os crimes de lavagem praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira) e na verificação da razoabilidade da pena aplicada quando o caso não envolver lesões expressivas à ordem socioeconômica.<sup>8</sup>

## 2.2 Escorço histórico

O ilustre Damásio de Jesus vislumbrou na lenda de Ali Babá a origem do crime de lavagem de capitais.<sup>9</sup> De certa forma, os criminosos sempre tiveram necessidade de dissimular a origem ilícita de seus ativos. No entanto, conforme enfatizado por Marco Antônio de Barros, “‘lavagem de dinheiro’ é uma modalidade de crime que somente passou a interessar ao exercício da persecução penal do Estado no findar do último século”.<sup>10</sup> Pode-se afirmar que a necessidade estatal de combater a lavagem de dinheiro está ligada ao fortalecimento de organizações criminosas transnacionais que movimentam vultosas quantias, pondo em risco a própria segurança do Estado.

De fato, fazendo-se abstração de reminiscências históricas, que mais representam episódios isolados do que um processo histórico-evolutivo – tais como os exemplos famosos de Al Capone e Meyer Lansky –, é a partir do último quartel do século XX que surge, em diversos países, a preocupação em combater o crime organizado, o que inclui a repressão à lavagem de dinheiro, que é a última etapa do processo criminoso, permitindo que os delinquentes desfrutem, impunemente, dos lucros do crime.

Em uma perspectiva histórico-evolutiva, na lição de Tigre Maia,

a receptação é o primeiro delito cuja objetividade jurídica se aproxima do que atualmente constitui o escopo precípua da incriminação da “lavagem” de dinheiro, qual seja, impedir a utilização de produtos do crime. (...) Hoje a questão assumiu um grau de complexidade que tornou obsoleta e acanhada uma proteção desta natureza. Com efeito, as profundas mudanças ocorridas nas técnicas de aproveitamento dos produtos do crime (“lavagem” de dinheiro), para além de assegurarem a própria reprodução e tornarem possível a ampliação e a perpetuação das atividades criminais, resultaram na presença massiva de capitais ilícitos no sistema financeiro e na economia nacionais, produzindo um elevadíssimo ônus adicional para toda a comunidade (...).<sup>11</sup>

De fato, as organizações criminosas funcionam como verdadeiras “empresas do crime”, com o objetivo de acumular capital, por meio do fornecimento de bens e serviços ilícitos, tais como tráfico de drogas, venda de armas, jogos de azar, prostituição, pornografia, agiotagem, imigração ilegal, enfim, “tudo mais que for proibido e lucrativo”, na expressão de Pitombo.<sup>12</sup>

Dentre as atividades criminosas mais gravosas e lucrativas está o tráfico de

drogas. As estatísticas internacionais demonstram que o tráfico internacional de drogas movimenta recursos na casa das centenas de bilhões de dólares, criando uma série de *networks* ilícitos que, além de auferirem lucros com o nefando comércio de entorpecentes, ameaçam a integridade de governos, instituições e do próprio sistema democrático, promovendo, dentre outras coisas, a corrupção de funcionários e a infiltração de criminosos nos órgãos estatais. Desta forma, não é difícil compreender o porquê do esforço internacional no sentido de combater a lavagem de dinheiro, que, como já dito, assegura a *impunidade* dos criminosos e a *ampliação e perpetuação* das atividades por eles empreendidas.

Nesse sentido, engendrou-se, no âmbito das Nações Unidas, em 1988, a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, tratado internacional que obriga seus signatários a incriminar a lavagem de dinheiro decorrente do tráfico de drogas, estabelecendo, também, mecanismos de cooperação internacional. O Brasil ratificou a convenção por meio do Decreto 154, de 26 de junho de 1991, tendo promulgado a Lei Repressiva da Lavagem de Dinheiro, número 9.613, em 03/03/98.

### 2.3 *Modus operandi* e repressão

Para melhor compreender os mecanismos utilizados na repressão à lavagem de dinheiro, mostra-se extremamente útil, senão imprescindível, saber como é realizada esta prática criminosa, ou seja, conhecer seu *modus operandi*.

A doutrina costuma distinguir três etapas na realização dos crimes de lavagem: ocultação ou colocação (*placement*), estratificação ou dissimulação (*layering*) e integração (*integration*).<sup>13</sup> A primeira consiste em introduzir o dinheiro “sujo” dentro do sistema financeiro “normal”. Essa colocação deve ser seguida da dissimulação, por meio de uma série de operações realizadas com o objetivo de “camuflar” a origem ilícita dos recursos – essa etapa seria a lavagem de dinheiro propriamente dita. Após isso, os criminosos podem utilizar-se dos recursos “lavados” em qualquer atividade econômico-financeira – etapa da integração –, livremente, em função de se ter conferido uma aparência de licitude na obtenção desse capital.

No entanto, cumpre ressaltar que nem sempre haverá lapso temporal ou solução de continuidade entre as etapas, que podem ser confundidas ou sobrepostas, ou não se realizarem plenamente, na prática.<sup>14</sup> Mesmo assim, a distinção ora apresentada pode auxiliar na compreensão dos mecanismos empregados na realização da lavagem. Outrossim, deve-se salientar que a lavagem de capitais acaba envolvendo, mais cedo ou mais tarde, o sistema financeiro. As instituições financeiras, sobretudo os bancos, são um dos instrumentos preferidos dos “lavadores” de dinheiro, tendo em vista a facilidade que as modernas tecnologias proporcionam para a “camuflagem” de recursos “sujos”, com a realização de diversas transações

por meios eletrônicos, sem contato pessoal com os empregados das referidas instituições.

Há notícias, inclusive, de verdadeiros esquemas de lavagem de dinheiro, montados por escritórios de advocacia, com a utilização de métodos sofisticados, envolvendo criação de empresas *offshore*, simulação de empréstimos etc.<sup>15</sup>

Merece destaque, também, o fato de que novos métodos de lavagem surgem a cada momento, sendo pertinente a observação de Barros no sentido de que atividade de lavagem é “especialmente dinâmica e criativa”, não sendo possível apontar todos os métodos e muito menos esgotar o elenco de técnicas utilizadas para a sua realização.<sup>16</sup>

No entanto, podem ser apontados alguns métodos tradicionais de lavagem de capitais, que envolvem: remessas para paraísos fiscais, transações envolvendo empresas *offshore* (empresas situadas em paraísos fiscais), movimentação de grande volume de recursos em espécie, compra de cheques administrativos, pagamento de faturas de cartão de crédito internacional, compra e venda de imóveis, de obras de arte e de antiguidades, superfaturamento de exportações e importações, seguros, previdência privada e capitalização, mescla de recursos legítimos e ilegítimos, sorteios, “bingos” etc.

Notório, portanto, que a repressão à lavagem de capitais, para ser eficiente, deve envolver – além da incriminação da conduta de ocultar e dissimular a origem ilícita de ativos com objetivo de integrá-los na economia formal – um processo judicial adequado e controles administrativos sobre as pessoas e instituições que se vêem, mesmo inconscientemente e contrariamente à própria vontade, usualmente ligadas à prática destes crimes. Ocorre que tais controles administrativos e o processo judicial dos crimes de lavagem configuram-se como verdadeira manifestação do poder de polícia do Estado e são potencialmente conflitantes com os direitos e garantias individuais estabelecidos na Constituição Federal, representando restrições à liberdade individual.

De tudo quanto foi exposto, conclui-se que há uma premente necessidade estatal de combater a lavagem de dinheiro, e que os mecanismos utilizados pelo Estado para a consecução desse importante objetivo muitas vezes entram ou podem entrar em choque com direitos e garantias conferidas ao cidadão pela Lei Maior.

### 3 Garantias constitucionais

Antes de proceder ao estudo específico da repressão à lavagem de dinheiro em face das garantias constitucionais, revela-se oportuno analisar, de maneira panorâmica, as garantias relacionadas, de modo geral, à repressão penal, realçando, *pari passu*, a importância das mesmas. É o que será feito neste capítulo.

### 3.1 Princípios, direitos e garantias

Preliminarmente, faz-se necessário estabelecer a distinção entre princípios, direitos e garantias.

Os princípios constitucionais consubstanciam verdadeiros vetores de interpretação jurídica, em nível constitucional e infraconstitucional; são as normas fundamentais e sistematizadoras de todo o ordenamento jurídico. Neste sentido, o lapidar ensinamento de Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.<sup>17</sup>

Mais adiante<sup>18</sup>, o autor propõe uma classificação dos princípios constitucionais, subdividindo-os em três espécies: (i) *princípios constitucionais fundamentais*, que “contêm as decisões políticas estruturais do Estado”, tais como separação de poderes, republicanismo etc.; (ii) *princípios constitucionais gerais*, que “se irradiam por toda a ordem jurídica”, definindo direitos; (iii) *princípios constitucionais setoriais*, que “são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema”, sendo, muitas vezes, “mero detalhamento dos princípios gerais”.

No segundo grupo, figurariam, dentre outros, os princípios da isonomia, de acesso ao Judiciário, do juiz natural e o princípio do devido processo legal. Dentre os princípios setoriais, estariam os princípios da legalidade em matéria penal e o do concurso público em tema de Administração Pública.

De outro lado, é recorrente no Direito Constitucional a distinção entre direitos e garantias, caracterizando-se os primeiros, conforme clássica lição de Rui Barbosa, como “disposições meramente declaratórias”, enquanto as garantias seriam as “disposições assecuratórias”, que, “em defesa dos direitos, limitam o poder”.<sup>19</sup> Vale transcrever, no entanto, ressalva de José Afonso da Silva:

Não são nítidas, porém, as linhas divisórias entre direitos e garantias (...). Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória. A Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: “*Dos direitos e garantias fundamentais*”, mas deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias.<sup>20</sup> (grifos no original)

O mesmo autor, em outra passagem, afirma caracterizarem-se as garantias

constitucionais como “imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância, ou no caso de inobservância, a reintegração do direito violado”.<sup>21</sup> Sinteticamente, pode-se afirmar que as garantias têm a função instrumental de resguardar os direitos.

Mais importante do que estabelecer uma distinção rígida entre as expressões direitos, garantias e princípios é perceber que existem determinadas normas constitucionais que estabelecem prerrogativas do cidadão, em face do Estado, caracterizando limitações às possibilidades de atuação deste, obrigando-o à prática ou à abstenção da prática de determinados atos. Neste sentido será empregada a expressão *garantia constitucional*, neste trabalho.

### **3.2 Devido processo penal e garantias decorrentes**

Dado o caráter fragmentário do Direito Penal, que se limita a castigar as ações mais graves cometidas contra os bens jurídicos mais importantes<sup>22</sup>, observa-se que as normas penais tutelam, de maneira mais enérgica, os bens jurídicos considerados fundamentais pela coletividade. A pena consiste, nos casos mais graves, em reclusão ou detenção, privando o condenado de um de seus mais valiosos bens jurídicos, a liberdade.

A aplicação da pena, no entanto, só é possível após a regular tramitação de um processo judicial, em que sejam asseguradas ao acusado uma série de garantias; estas garantias possuem um caráter não apenas formal, processual, mas também material, penal. Portanto, na repressão penal – entendida como atividade do Estado com objetivo de aplicar a pena e tutelar os bens jurídicos considerados mais valiosos pela coletividade, englobando desde a “criminalização” de condutas até a aplicação da pena, passando pelo processo judicial – devem ser respeitadas todas as garantias constitucionais atinentes ao devido processo legal – este, em um sentido substantivo e formal.

Forçoso concluir, portanto, que as garantias constitucionais, na repressão penal, devem ser observadas desde a fase pré-processual (investigação criminal) até a aplicação da pena. Além disso, a própria lei que tipifica uma conduta como ilícito penal deve observar determinadas garantias, como as consubstanciadas pelos princípios da insignificância e da intervenção mínima.

Destaque-se, também, que a repressão penal traz em seu bojo uma grande dificuldade, qual seja, o equacionamento entre as idéias de segurança coletiva e liberdade individual. Na arguta observação de Choukr,

Não é difícil entender a quase insolubilidade dessa equação. Nada

menos porque se está diante de visões diferentes a justificar um mesmo problema. O Estado, pela sua ótica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes. Pode-se dizer que o sistema instrumental penal é marcadamente dominado pelo conceito de segurança, que por certo não é algo hermeticamente fechado, mas, sim, fruto de um determinado processo histórico, e que apresenta na outra ponta o confronto com o respeito às liberdades individuais, criando um quadro altamente conflituoso.<sup>23</sup>

Em um Estado Democrático de Direito, a repressão penal só pode ser realizada com pleno respeito às garantias individuais. O confronto entre essa exigência e a necessidade estatal de promover a segurança cria verdadeiro ponto de tensão, sobretudo em um período em que o discurso do “*algo precisa ser feito*” alega a “fraqueza da ordem vigente diante do caos”.<sup>24</sup>

Por força do disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nestes termos, a Lei Maior consagra em seu texto verdadeiro princípio-garantia que alcançou posição de destaque no Direito comparado, após longo processo de evolução histórica.<sup>25</sup> Garantia no sentido de assegurar o exercício dos direitos fundamentais e o acesso à jurisdição; princípio, em função de se apresentar como verdadeiro vetor interpretativo, irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico. Vale lembrar que o devido processo legal decompõe-se em diversas outras garantias que possibilitam que o processo seja efetivo instrumento de realização da justiça.

Atualmente, o devido processo legal é interpretado não apenas no sentido de conferir garantias instrumentais, procedimentais, mas também materiais, substantivas, assegurando que não sejam aplicadas no processo, conforme salientado por Tucci, “normas desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas”.<sup>26</sup> Na cristalina expressão de Moraes,

o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).<sup>27</sup>

A proteção aos aspectos concernentes ao processo judicial propriamente dito, aos aspectos formais, instrumentais, formam o chamado *procedural due process*; as garantias materiais, inclusive a proteção contra o arbítrio legislativo, consubstanciam o *substantive due process*.

### 3.2.1 Princípio da proporcionalidade

A concretização do devido processo penal envolve, necessariamente, a aplicação dos cânones do princípio da proporcionalidade.

Resumidamente, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade exige alguns requisitos para que se efetive uma restrição aos direitos individuais em prol do interesse coletivo, a saber<sup>28</sup>: (i) adequação, no sentido de que a medida elegida deve revelar-se apta para o atingimento do fim colimado; (ii) necessidade, no sentido de não haver meio menos gravoso para atingir-se o objetivo pretendido; (iii) proporcionalidade em sentido estrito, consistindo em uma avaliação da “relação custo-benefício” da medida, na expressão de Barroso; o bem jurídico protegido deve ser mais valioso do que o sacrificado.

O princípio em análise também serve como elemento balizador na aplicação de princípios penais garantistas, como o princípio da intervenção mínima e o da insignificância. O primeiro preconiza o Direito Penal como *ultima ratio*, devendo ser aplicada a norma penal apenas quando ela se constituir como meio necessário à proteção de determinado bem jurídico fundamental, em virtude da ineficácia dos meios extrapenais para a consecução desse objetivo. Já o princípio da insignificância alerta para o fato de que deve haver relevância material para que haja tipicidade; não é qualquer ofensa ao bem jurídico que configura o crime, mas apenas as ofensas realmente graves. Tanto o princípio da intervenção mínima, quanto o da insignificância, têm sua aplicabilidade embasada no princípio da proporcionalidade, podendo, mesmo, ser considerados desdobramentos deste. O princípio da proporcionalidade revela-se como um dos meios mais importantes na definição de um ponto de equilíbrio na já aludida tensão entre a necessidade estatal de promover a segurança e o respeito às liberdades individuais.

### 3.2.2 Princípios da legalidade, da reserva de lei e da anterioridade da lei penal

O princípio da legalidade traduz uma idéia de submissão, tanto do Estado como dos particulares, ao império da lei, sendo seu corolário o disposto no art. 5º, II: *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal, consagrados no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, vêm insculpidos no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, por força do qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Para surgir a pretensão punitiva do Estado, é indispensável haver lei formal, vigente antes da realização da conduta capitulada como crime. No entanto, conforme ressaltado por Garcia de Enterría,

fica claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem “dentro da Constituição” e especialmente de acordo com sua “ordem de valores” que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais.<sup>29</sup>

Merece ser citado, ainda, o posicionamento de Ferrajoli, para quem, no âmbito do Direito Penal, a idéia de legalidade pode ser desdobrada em: (i) legalidade em sentido amplo, ou mera legalidade, significando que não pode haver crime nem pena sem lei prévia, e (ii) legalidade estrita, que compreende, além da necessidade de anterioridade da lei penal, a exigência de que a lei que define um crime deve expressar com absoluta clareza as condutas incriminadas (princípio da taxatividade), além da imprescindibilidade da incriminação da conduta, em vista da gravidade da lesão ao bem jurídico (princípios da intervenção mínima e da lesividade). Sucintamente, pode afirmar-se que graças à legalidade em sentido amplo a lei é condicionante, e graças à legalidade estrita a lei é condicionada.<sup>30</sup>

É inconcebível um processo penal efetivamente justo sem a garantia consubstanciada pelos princípios da legalidade, da reserva legal e da anterioridade da lei penal.

### 3.2.3 Princípio do juiz natural

Trata-se de outra garantia ínsita ao devido processo penal, assecuratória da “imparcialidade do Judiciário e da segurança do povo contra o arbítrio estatal”.<sup>31</sup> *Ex vi* do inciso LII do art. 5º da Lei Maior, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Na lição de Tucci,

o indivíduo envolvido numa *persecutio criminis* só pode ser validamente processado e julgado por agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – dito “autêntico”, assim concebido quem seja: a) legítima e regularmente investido no exercício da jurisdição penal (...); b) dotado das garantias ínsitas ao normal e autônomo desempenho da função de seu cargo (cf., também, arts. 93, VIII e IX, e 95 da Carta Magna vigente: vitaliciedade, independência política e jurídica, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).<sup>32</sup>

Sinteticamente, pode-se dizer que o julgamento de qualquer acusado só pode ser realizado por juiz com competência determinada previamente à prática do fato imputado, juiz este detentor de garantias funcionais fundamentais para que exerça seu mister com independência e imparcialidade, sendo vedada a criação de tribunais de exceção.

### 3.2.4 Ampla defesa e contraditório

Na dicção do art. 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Na autorizada lição de Greco,

a defesa é ponto nuclear do processo penal; para que este se desenvolva, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar.

O contraditório, na visão do eminente doutrinador, é o

meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis, falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; recorrer quando inconformado.<sup>33</sup>

Vale ressaltar, utilizando-se de ensinamento do eminente Ministro Celso de Mello, extraído de voto proferido em recentíssimo julgado, que “a contraditório, *para ser respeitada* por qualquer instância de poder, *deve ser efetiva e real*, e não meramente retórica, *ensejando-se*, a quem sofre uma acusação (...) a *possibilidade* de contestar, de contrariar e de se opor a *qualquer prova* que lhe seja prejudicial”. Adiante, reverberando a doutrina de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, afirma que a garantia do contraditório consiste na “*ciência bilateral* dos atos e termos processuais e a *possibilidade* de contrariá-los” (grifos no original).<sup>34</sup>

### 3.2.5 Motivação e publicidade das decisões

O devido processo legal compreende, também, as garantias da motivação e publicidade dos julgamentos, expressamente adotadas pela Constituição, que assevera, em seu art. 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

As duas garantias em análise consubstanciam limitações à atuação do Poder Judiciário, estabelecendo, na expressão de Tucci, apoiada na lição de Roger Perrot, “um controle virtual” sobre a maneira como a Justiça é distribuída e, também, sobre a imparcialidade do juiz: *la justice est une ouvre de lumière et non de ténèbre*.<sup>35</sup>

### 3.2.6 Princípio da presunção de inocência

No ordenamento jurídico brasileiro, cabe ao titular da ação penal (Ministério Público), única e exclusivamente, comprovar a culpa (*lato sensu*) do acusado. Ninguém se presume culpado da prática de uma infração penal. A história legislativa nacional dá notícia de um absurdo normativo que obrigava ao acusado comprovar sua inocência (Decreto-Lei 88, de 20/12/37, art. 20, 5), vigente durante o autoritário período do Estado Novo.

Em um Estado Democrático de Direito revela-se inadmissível qualquer atuação estatal que prive o acusado de seus direitos anteriormente à prolação de sentença penal condenatória, transitada em julgado. O máximo que se admite é a

adoção de medidas cautelares, observados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, dentro das hipóteses previstas na legislação processual. Este tema será analisado mais detidamente em sede oportuna.<sup>36</sup>

### 3.2.7 Inadmissibilidade de provas ilícitas

Não é possível imaginar um devido processo legal em que sejam admitidas provas obtidas de maneira ilícita. O art. 5º, LVI, da Constituição Federal, estabelece garantia nesse sentido, significando que o cidadão tem, na cristalina expressão do Ministro Celso de Mello,

direito imposterável de *não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado* com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado (grifos no original).<sup>37</sup>

Interessante questão é a concernente à admissibilidade das provas derivadas das provas ilícitas. Primeiramente, deve-se observar que a Constituição não prevê a nulidade de todo o processo em que sejam utilizadas as provas ilícitas, mas apenas a inutilidade destas na formação da verdade processual.<sup>38</sup> Além disso, merece destaque o fato de que a posição atual do Supremo Tribunal Federal é no sentido da aplicabilidade da teoria do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore proibida), que determina a comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem, ou seja, a “contaminação”, pelas provas derivadas, de todas as provas decorrentes da prova ilícita.<sup>39</sup>

### 3.2.8 Duração razoável do processo

Um dos princípios norteadores do processo judicial é o princípio da celeridade, por força do qual toda a atividade processual deve ser realizada com eficiência, no lapso temporal mais curto possível. Em outras palavras, a prestação jurisdicional deve ser efetuada de maneira rápida e eficaz, com a otimização dos procedimentos para consecução deste fim.

Considerada antes como garantia constitucional implícita<sup>40</sup>, inerente à idéia de *devido processo legal*, a celeridade processual, cristalizada na duração razoável do processo, foi positivada, por força da Emenda Constitucional 45, no rol do art. 5º da Constituição Federal como verdadeira garantia individual, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

No campo específico do Processo Penal, pode-se afirmar que o conflito de interesses de alta relevância social que deve ser equacionado exige que a solução

seja apresentada sem maiores delongas. Na autorizada lição de Tucci,

tendo-se na devida conta as graves conseqüências psicológicas (no plano subjetivo), sociais (no objetivo), processuais, e até mesmo pecuniárias, resultantes da persecução penal para o indivíduo nela envolvido, imperiosa torna-se a agilização do respectivo procedimento, a fim de que elas, tanto quanto possível, se minimizem, pela sua conclusão num prazo razoável.<sup>41</sup>

## 4 Repressão à lavagem de dinheiro e Constituição

Neste ponto, faz-se necessário enfatizar duas idéias já expostas neste trabalho: (i) há uma necessidade impostergável de combater a prática criminosa da lavagem de capitais, em virtude dos nefandos efeitos dela advindos, dentre os quais destaca-se o fortalecimento do crime organizado transnacional, que coloca em risco a própria segurança e soberania do Estado; (ii) a repressão à lavagem de dinheiro deve ser feita com observância dos ditames constitucionais protetores das liberdades individuais – as garantias constitucionais –, que representam uma conquista das civilizações modernas, contrárias à arbitrariedade e autoritarismo do Estado.

Então, torna-se imperioso estudar, de maneira crítica, os mecanismos de repressão à lavagem de dinheiro à luz das normas constitucionais, vislumbrando *se e em que* pontos estes mecanismos colidem com a Constituição Federal, apontando, ao mesmo tempo, as formas de interpretá-los em conformidade com a Lei Maior, se possível. Isto será feito por meio da análise dos dispositivos da Lei 9.613/98, em seus aspectos penais, processuais e administrativos, confrontando-se os diversos comandos da Lei de Lavagem de Dinheiro com as garantias constitucionais.

Repressão, nesse contexto, será entendida como toda atividade estatal com objetivo de combater o crime. Engloba, portanto, não apenas o processo de julgamento dos acusados da prática de crimes de lavagem, mas também a própria incriminação da conduta e a aplicação da pena (aspectos penais), a investigação criminal e os mecanismos de controle administrativo sobre pessoas e instituições, que são potencialmente conflitantes – conforme restará demonstrado adiante – com as garantias constitucionais.

### 4.1 Aspectos penais

A verificação da compatibilidade dos preceitos penais da Lei 9.613/98 com as garantias constitucionais pode ser desdobrada nos seguintes aspectos: (i) a questão da tipicidade das condutas incriminadas em face do princípio da reserva legal; (ii) a aplicação da pena em face do princípio da proporcionalidade.

#### 4.1.1 Tipicidade das condutas e princípio da reserva legal

Dispõe o Estatuto Repressivo da Lavagem de Dinheiro, em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento;

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.

VIII – praticado por particular contra a Administração Pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

A incriminação de uma conduta (tipificação), ou seja, a definição de um modelo abstrato de comportamento proibido, exerce, na expressão de Bittencourt, uma função *limitadora e individualizadora* das condutas humanas penalmente relevantes.<sup>42</sup> Limitadora no sentido de não permitir a punição de qualquer pessoa a não ser nos casos expressamente previstos em lei; individualizadora por especificar os comportamentos tidos como ilícitos pelo legislador.

O crime de lavagem de dinheiro, tal como definido na Lei 9.613/98, constitui um tipo diferido, por pressupor a prática de crime antecedente do qual resulte vantagem patrimonial para o autor. E não é qualquer crime; o crime prévio deve enquadrar-se em um dos incisos do art. 1º da Lei (*numerus clausus*), o que aproxima a legislação brasileira do que se convencionou chamar de “segunda geração” da legislação repressiva de lavagem de capitais, apesar da influência da “terceira geração”, porquanto qualquer crime praticado por organização criminosa pode ser antecedente do delito de lavagem.

Portanto, para que não seja afrontado o princípio da reserva legal, é imprescindível, na configuração do crime de lavagem de dinheiro, que haja um *tipo penal* incriminando a conduta (incisos I a VI) ou definindo o sujeito ativo que a

prática (incisos VII e VIII).

Quanto ao inciso 1º, *tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins*, trata-se de conduta tipificada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76). Já os crimes de *contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção* são definidos nos arts. 334 e 318 do Código Penal, e também no art. 12 da Lei 7.170/83. *Extorsão mediante seqüestro* é prática criminosa prevista no art. 159 do Código Penal, e os *crimes contra a Administração Pública* são os previstos no título XI do mesmo diploma legal e os previstos na Lei 8.666/93. Os *crimes contra o Sistema Financeiro Nacional* são tipificados na Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes do “Colarinho Branco”), ao passo que os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira são previstos nos arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal. A doutrina é pacífica no sentido de considerar esses crimes como “devidamente” tipificados no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>43</sup>

Quanto ao inciso II, consubstancia uma tendência mundial de repressão ao terrorismo, o que inclui, necessariamente, a instituição de mecanismos que privem os terroristas de recursos financeiros indispensáveis para a realização de suas atividades. No entanto, é mister salientar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe um tipo penal definidor de terrorismo. De fato, apesar de a própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII) e as Leis 8.072/90 e 7.170/83 referirem-se ao terrorismo, não há uma lei penal definindo o que seja esta conduta e a incriminando. Portanto, em prestígio ao princípio da legalidade, o inciso II da Lei 9.613/98 é, na atualidade, inaplicável, conforme proclamado unanimemente pela doutrina.<sup>44</sup> Acrescente-se, ainda, que, mesmo que o crime de terrorismo tenha sido cometido em país em que exista este tipo penal, o inciso II continuará inaplicável, já que não há crime de terrorismo no Brasil e, conseqüentemente, não há crime de lavagem de dinheiro proveniente de terrorismo e seu financiamento.

Com relação ao disposto no inciso VII do art. 1º da lei, não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência a respeito de sua aplicabilidade. Este inciso preceitua que a ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos provenientes de crimes praticados por organização criminosa (gize-se, quaisquer crimes, e não apenas os previstos nos outros incisos do art. 1º) configura o crime de lavagem de dinheiro, o que coloca a legislação brasileira entre a segunda e terceira geração das leis repressivas dessa espécie de crime.<sup>45</sup> No entanto, a Lei 9.613/98 não apresenta um conceito de organização criminosa. O eminente Ministro Nelson Jobim, um dos autores do projeto de lei que culminou na promulgação da Lei 9.613/98, afirmou que

Alguns juristas e acadêmicos traçaram muitas críticas sobre a circunstância de termos colocado no texto da lei brasileira “organização criminosa”, *tout court*, sem defini-la; e o fizemos com absoluta consciência; resolvemos

não definir a expressão “organização criminosa” para deixar que a jurisprudência e a prática no exercício e na aplicação da lei pudessem produzir um conceito que viesse a abranger e a estabelecer o universo pessoal de aplicação dessa regra.<sup>46</sup>

Deve-se buscar, então, a definição de “organização criminosa” na Lei 9.034/95 (alterada pela Lei 10.217/01), que disciplina a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”. Em sua redação original, o art. 1º da Lei dispunha que a mesma definia e regulava “meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Nesse contexto, parte da doutrina defendeu que qualquer delito praticado por bando ou quadrilha poderia ser considerado como praticado por organização criminosa.<sup>47</sup>

Contudo, a Lei 10.217/01 alterou a Lei das Organizações Criminosas, cujo art. 1º passou a vigor com o seguinte teor, *verbis*:

Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Portanto, conclui-se que o termo “organizações criminosas” não tem o mesmo significado de “quadrilha ou bando”, não correspondendo, conseqüentemente, ao tipo do art. 288 do Código Penal.

Assiste plena razão a Barros, portanto, quando afirma que, com a alteração do dispositivo legal, restou claro que não há coincidência entre as expressões “quadrilha ou bando” e “organização criminosa”, “enterrando de vez qualquer argumento favorável” em contrário.<sup>48</sup>

Logo, pode-se afirmar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, a definição típica do que seja “organização criminosa”. Em respeito ao princípio da reserva legal, conseqüentemente, o inciso VII do art. 1º da Lei 9.613/98, ao prever a figura dos crimes cometidos por organizações criminosas, é inaplicável, atualmente. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

#### 4.1.2 Aplicação da pena e princípio da proporcionalidade

A Lei 9.613 comina, em abstrato, pena de reclusão, de três a dez anos, aos que pratiquem as condutas nela previstas. Trata-se de punição rigorosa no contexto do ordenamento jurídico penal pátrio, mormente no que se refere à pena mínima cominada. O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em julgado já citado neste trabalho<sup>49</sup>, afirmou que “se o máximo da pena cominada soa adequado aos grandes episódios – que, no entanto, ainda não se dignam de freqüentar nossos pretórios – o mínimo pode soar exagerado para a ‘lavanderia’ de bagatela”. Adiante, em seu

voto, o Ministro realça o fato de que, ao considerar-se a administração da justiça o bem jurídico tutelado pela incriminação da lavagem de dinheiro – como lhe parece correto – tem-se que o crime de lavagem apresenta a maior pena mínima cominada, dentre os que tutelam o mesmo bem jurídico, no Código Penal. Conclui o Ministro salientando o fato de que a jurisprudência constitucional continua avessa “a submeter ao princípio da proporcionalidade as escalas penais cominadas pelo legislador”.

Independentemente de considerar-se ou não a administração da justiça o bem tutelado na repressão à lavagem de dinheiro, o fato é que a pena mínima cominada pode afigurar-se desproporcional à gravidade da conduta punida. Realmente, como conceber que a dissimulação ou ocultação da proveniência ilícita de R\$ 15.200,00 (quinze mil e duzentos reais) – valor “lavado” no caso do julgado citado – tenha como consequência a aplicação de uma pena mínima de três anos de reclusão? A pena mínima prevista pelo legislador configura-se *irrazoável e desproporcional*, colidindo frontalmente com a idéia de devido processo legal substantivo e com o princípio de interpretação constitucional da proporcionalidade.

De fato, considerando o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>50</sup>, a verificação da compatibilidade de uma lei ou ato administrativo com o princípio da proporcionalidade deve ser feita por meio da seguinte indagação: “o sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar?”<sup>51</sup> Voltando ao exemplo representado pelo julgado do Supremo Tribunal Federal, acima referido, a resposta sobressai cristalina. Naquela hipótese, o acusado da prática de lavagem de dinheiro havia sido condenado pelo crime de concussão (art. 316 do Código Penal), cuja pena cominada oscila entre dois e oito anos de reclusão. Ora, considerando isto e o fato de que o caso, em função da módica quantia envolvida, não permite vislumbre-se lesão ao sistema econômico-financeiro, não há como justificar a aplicação de uma pena mínima de três anos, superior à cominada ao crime de concussão. Houve uma afronta ao direito fundamental da liberdade, sem que houvesse necessidade da medida, já que não houve lesão a qualquer bem jurídico de alta relevância social, merecedor da enérgica tutela da lei penal.

Em lição valiosa, referente à individualização da pena, Tucci esclarece que ela ocorre em três momentos: (i) o legislativo, (ii) o judicial – cujas regras básicas encontram-se insculpidas no art. 59 do Código Penal e (iii) o executivo, visando à ressocialização do condenado. Quanto ao primeiro momento – o legislativo – o ilustre autor afirma que devem ser fixadas, “para cada tipo penal, uma ou mais penas *proporcionais* à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa” (grifo nosso).<sup>52</sup>

A Lei 9.613 – na esteira do chamado “Direito Penal simbólico” ou “legis-

lação penal de emergência”<sup>53</sup>, que nem sempre representam exemplos da melhor técnica legislativa – comina uma pena mínima que pode, em determinados casos, não se coadunar com os ditames constitucionais, consubstanciando verdadeira ofensa ao princípio da proporcionalidade. Aliás, os critérios para a definição dos limites da pena não são claros na Exposição de Motivos 692, segundo a qual (itens 36 e 37) a pena mínima guarda relação “com a prevista nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre a repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes” e que “no mais, adotou o projeto, quanto ao mínimo e ao máximo, a solução utilizada na Argentina e em Portugal”.

Sem embargo da precisa constatação do Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de que os tribunais brasileiros ainda são arredios a submeter ao princípio da proporcionalidade as penas cominadas pelo legislador, já há exemplos, mais recentes na jurisprudência, de aplicação de pena aquém do mínimo legal, com fundamento neste princípio<sup>54</sup>, ou de rejeição da denúncia, em respeito ao princípio da insignificância – que é um desdobramento do princípio da proporcionalidade<sup>55</sup> –, considerando-se atípica uma conduta que, a princípio, se amoldaria a um tipo penal, sem consubstanciar, no entanto, lesão a qualquer bem jurídico de alta relevância.<sup>56</sup>

Neste ponto, merece transcrição trecho do voto do ilustre Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, por ocasião de um desses pioneiros julgamentos, pela lucidez de suas observações, bem como por sua pertinência ao tema ora analisado, *verbis*:

A evidente desproporcionalidade da pena mínima cominada no tipo penal é motivo bastante para que se afaste a sua adoção no caso concreto, restando ao aplicador duas soluções possíveis. A primeira delas é, proposta a argüição de inconstitucionalidade, recusar simplesmente a sua aplicação. Esse, no entanto, não parece ser o melhor caminho. É que a pena, abstratamente analisada, não padece, em princípio, de vício de inconstitucionalidade. (...) Descartada a primeira via, sobra ao julgador um segundo critério a ser adotado: recolher, no corpo do sistema normativo, fundamentos jurídicos que sirvam de substrato à aplicação de uma *pena justa*. Sabido, pela peculiaridade do problema, que qualquer solução encontrada não estará totalmente isenta de críticas, desde logo é conveniente advertir para o fato de que, na escolha do critério a ser fixado para a chamada pena justa, não poderá o aplicador arrogar-se o direito de escolher, arbitrariamente, um montante de pena que julgue necessário à reprimenda da conduta. Uma atitude assim tomada seria censurável não apenas por sua índole autoritária, mas também porque lhe faltaria a necessária motivação, requisito indispensável de toda a decisão judicial (art. 93, IX, da CF). Ao julgador, em casos como o presente, não é dado o direito de simplesmente dizer: “A pena mínima cominada (10 anos de reclusão) é desproporcional; parto, portanto, da quantia de 1 ano de reclusão”. Afastar a aplicação da pena desproporcional à base de interpretações hermenêuticas hauridas do sistema normativo, buscando parâmetros possíveis de concretiza-

ção do Direito, eis a tarefa a ser desempenhada.<sup>57</sup>

Conclui-se que, em determinados casos – em virtude da modicidade dos valores envolvidos e da ausência de efetiva lesão a qualquer bem jurídico relevante – a pena mínima cominada pela Lei 9.613 pode revelar-se incompatível com as garantias inerentes ao devido processo legal substantivo. O julgador, nessas hipóteses, deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena, fixando-a, mesmo, aquém do mínimo legal, sob pena de banalizar a aplicação da lei, distanciando-a dos objetivos almejados pelo legislador. A grande dificuldade dessa solução reside na compatibilização da aplicação do princípio da proporcionalidade com o princípio da separação dos Poderes, já que em virtude daquele o Judiciário acaba fazendo juízos de valor sobre atos do Legislativo. Cabe destacar, no entanto, que, na atualidade, não se espera do juiz que ele seja uma mera “boca da lei”, como dizia Montesquieu. Mais do que nunca, espera-se que o magistrado seja um fiel guardião dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo em quadra em que o discurso do “algo precisa ser feito” aponta as “normas garantidoras dos direitos fundamentais, que, com muito custo, são inseridas formalmente nos textos positivados e, com maior custo ainda, são assimiladas na prática”<sup>58</sup> como responsáveis pela ineficiência do Estado no campo penal.

Portanto, quando a pena mínima cominada na lei afigurar-se irrazoável, o julgador, com toda a sua prudência e moderação, tem duas opções: considerar atípica a conduta ou aplicar pena inferior ao mínimo legal, com fulcro no princípio da proporcionalidade. Neste caso, deverá buscar, no conjunto do sistema normativo, elementos que permitam a aplicação de pena justa – como, *v.g.*, a utilização de analogia *in bonam partem*.

## **4.2 Disposições processuais penais e devido processo legal**

### **4.2.1 Investigação criminal, instrução processual penal, inviolabilidade do direito à privacidade e inadmissibilidade de provas ilícitas**

A investigação criminal – entendida como procedimento administrativo cuja finalidade precípua é subsidiar a atuação do Ministério Público, fornecendo-lhe instrumentos que permitam instaurar a persecução criminal em juízo – deve ser feita com plena observância das garantias constitucionais do indiciado, sob pena de inutilidade das provas dela resultantes.

Aliás, importante destacar que as provas obtidas na fase da investigação criminal devem ser reproduzidas em juízo, sob a égide do contraditório, não sendo possível a prolação de sentença condenatória fulcrada exclusivamente em

elementos probatórios coligidos na fase investigatória – dada a unilateralidade da mesma, que não se realiza contraditoriamente, conforme jurisprudência da Suprema Corte do País.<sup>59</sup> Nesse sentido, pertinente é a lição de José Frederico Marques, para quem “não há prova (ou como tal não se considera) quando não produzida contraditoriamente”.<sup>60</sup>

Na repressão à lavagem de dinheiro, pela própria natureza e *modus operandi* da atividade criminosa, notório que alguns dos meios mais efetivos de obtenção de provas, por parte dos órgãos estatais envolvidos na persecução criminal, são potencialmente conflitantes com a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X, XI e XII). Dentre esses meios destacam-se as interceptações telefônicas, a obtenção de dados bancários do suspeito e as buscas domiciliares.

Com relação a essas últimas, deve ficar registrado que a inviolabilidade domiciliar, prevista na Constituição – art. 5º, XI – refere-se não apenas ao conceito de residência, casa, habitação com ânimo definitivo, mas, também, a locais em que se exerçam atividades profissionais, como, *v.g.*, escritórios profissionais, conforme assentado na jurisprudência.<sup>61</sup> Dessa forma, a violação de domicílio – entendido o termo nesta acepção ampla, englobando, além da residência ou domicílio civil, qualquer ambiente fechado ou de acesso restrito ao público – sem consentimento do morador, só pode ser realizada, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, durante o dia, mediante ordem judicial.

No que concerne ao sigilo de dados e ao sigilo de comunicações, importante observar o disposto no inciso XII do art. 5º da Lei Maior, *verbis*:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Vale, no entanto, transcrever ensinamento de Moraes:

Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.<sup>62</sup>

Destarte, cumpre estudar como deve ser feita, à luz do ordenamento jurídico pátrio, a compatibilização entre a necessidade estatal de apurar, eficientemente, a prática do crime de lavagem de capitais, e a inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade – garantia constitucional da liberdade individual, contra a ação arbitrária do Estado. Por sua importância e recorrência na prática, serão ana-

lisadas, pormenorizadamente, as questões do sigilo bancário e das interceptações telefônicas – garantias inerentes à inviolabilidade de dados e de comunicações, respectivamente.

#### 4.2.1.1 Sigilo bancário

A apuração da autoria e da materialidade dos crimes de lavagem de capitais não pode prescindir, muitas vezes, da análise de dados bancários dos investigados. Isso se deve ao próprio *modus operandi* dessa atividade criminosa, que acaba envolvendo – na grande maioria dos casos, como já realçado neste trabalho –, o sistema financeiro e bancário, em algum momento do *iter criminis*.

Não há, na Constituição Federal, disposição expressa acerca do sigilo bancário. No entanto, pode afirmar-se que a obrigatoriedade de respeito a ele configura-se como um desdobramento da inviolabilidade do direito à privacidade, previsto no inciso X do art. 5º da Lei Maior.<sup>63</sup>

Em plano infraconstitucional, a matéria é regida pela Lei Complementar 105/01, pelo Código Penal – Decreto-Lei 2.848, de 07/12/40 –, que incrimina, em seu art. 154, a conduta de violação de segredo profissional, e pelo Código de Processo Penal – Lei 3.689, de 03/10/41, que determina serem proibidas de depor as pessoas obrigadas por lei a manter segredo, salvo se autorizadas pela parte interessada. A Lei Complementar 105/01 dispõe em seu art. 1º, § 4º, que “a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial”, elencando, em seguida, alguns crimes de maior gravidade, que tornam ainda mais plausível a quebra de sigilo para a apuração de sua prática, dentre os quais o tráfico de entorpecentes e a lavagem de dinheiro.

Na verdade, o que a Lei Complementar 105/01 – que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras – determina não discrepa do posicionamento da Suprema Corte do País já na década de 1940. De fato, em 06/09/49, por ocasião do julgamento do RMS 1.047-SP, RF 143/154, o Ministro Ribeiro da Costa, transcrevendo as informações prestadas pelo Juiz Edgar de Moura Bittencourt, deixou assentado que

nada há mais relativo e insustentável que o segredo profissional do banqueiro, em face de requisições da autoridade judiciária, com o propósito de pesquisar a verdade no processo, a fim de que com a perfeição da justiça consiga o Estado a sua mais elevada finalidade. (...) Tese tão despropositada, como a do segredo profissional absoluto do banqueiro, conduziria a situações absurdas. O ladrão que depositasse o dinheiro furtado em um banco teria o produto do crime resguardado da apreensão pelo Poder Público e da reivindicação da vítima.

Passadas quase seis décadas, a jurisprudência continua afirmando, veementemente, que a garantia do sigilo bancário não é absoluta, devendo ceder diante

da necessidade estatal de combater o crime<sup>64</sup>. Neste sentido, o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A proteção aos sigilos bancário, telefônico e fiscal não é direito absoluto, podendo os mesmos serem quebrados quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida.<sup>65</sup>

No entanto, cabe ressaltar que a regra é a proteção da intimidade e da privacidade, e o afastamento da proteção é a exceção. O afastamento da garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada – CF, art. 5º, X – só pode ser feito, portanto, por órgão estatal ao qual a própria Carta Magna conferiu esta prerrogativa. Vale transcrever, neste ponto, a percuciente observação do eminente Min. Maurício Corrêa:

Tratando-se de direito individual constitucionalmente assegurado, a quebra do sigilo bancário ou fiscal exige absoluta independência de quem assim deve decidir, além de ser necessário ter sempre presente que, em se tratando de situação excepcional, devem ser restritas as possibilidades de sua ocorrência. E esta é uma tarefa típica do Poder Judiciário ou de órgãos que exercem jurisdição extraordinária, como é o caso das comissões parlamentares de inquérito.<sup>66</sup>

O entendimento jurisprudencial<sup>67</sup> e doutrinário<sup>68</sup> sobre o tema é no sentido de que a quebra do sigilo bancário só pode ser decretada por juiz competente – para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, com a devida fundamentação da decisão judicial – ou no bojo de uma comissão parlamentar de inquérito. O Ministério Público não pode – justamente por não ser um sujeito imparcial no processo – obter diretamente das instituições financeiras os dados bancários sigilosos dos suspeitos, indiciados ou acusados da prática de crimes; é necessária uma determinação judicial para que o órgão ministerial tenha acesso a essas informações.<sup>69</sup> Apenas o juiz – com sua prudência e imparcialidade – pode averiguar, em cada caso concreto, se se pode afastar a garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, para a apuração da prática de delitos.

Acrescente-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, nos procedimentos investigatórios, revela-se ordinariamente inaplicável a garantia do contraditório – o que permite a decretação da quebra de sigilo bancário, pelo juiz competente, solicitada pela autoridade incumbida das investigações, sem a necessidade da ciência da outra parte e possibilidade de sua oposição ao ato.<sup>70</sup>

Nesse contexto, sobreleva-se a necessidade de motivação das decisões, devendo ficar consignada a necessidade da medida, conforme assentado no seguinte aresto do Pretório Excelso do País:

*Sigilo bancário – Quebra – Fundamentação do ato.* A excepcionalidade que marca a quebra do sigilo bancário exacerba a exigência constitucional de os pronunciamentos judiciais se fazerem suficientemente fundamentados. Surge como garantia constitucional, visando até mesmo ao exercício do direito de defesa, a fundamentação dos pronunciamentos judiciais. É certo que se vive quadra marcada por volume inimaginável de processos. Formalidade essencial à valia de ato não pode ser colocada em plano secundário, entretanto.<sup>71</sup>

Se forem utilizados, na investigação criminal ou na instrução processual, os dados bancários sigilosos do suspeito, indiciado ou acusado, sem que haja determinação judicial adequadamente fundamentada para tal, a consequência é a inutilidade, para o processo, de todas as provas decorrentes deste não autorizado afastamento da garantia constitucional da inviolabilidade da privacidade – inclusive, por força da aplicação da teoria do *fruits of the poisonous tree*<sup>72</sup>, além da eventual responsabilização civil, penal e/ou administrativa dos envolvidos.

Do exposto, pode afirmar-se, resumidamente, que: (i) a proteção ao sigilo bancário é uma projeção da garantia constitucional da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada; (ii) a jurisprudência cinquentenária do STF é no sentido de que a proteção ao sigilo bancário não é absoluta, cedendo diante do interesse público consistente na apuração de prática criminosa; (iii) a violação do sigilo só é permitida no interesse da Justiça e por determinação judicial; (iv) a decisão que determina a quebra do sigilo deve expor fundamentadamente, a necessidade e adequação da medida para os fins de investigação criminal e instrução processual penal; e (v) a utilização, no processo penal, dos dados bancários sigilosos, fora dos parâmetros antes apontados, significa utilização de provas ilícitas, inadmissíveis, por força de expressa disposição constitucional – art. 5º, LVI.

#### 4.2.1.2 Intercepções telefônicas

Na repressão à lavagem de dinheiro, é necessário, muitas vezes, que os agentes estatais envolvidos na *persecutio criminis* tenham acesso às comunicações telefônicas dos suspeitos, como forma de obter elementos probatórios aptos a comprovar, em juízo, a realização da prática criminosa.

A Lei Maior autoriza, expressamente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal – CF, art. 5º, XII, *in fine*.

O entendimento da Corte Suprema do País era no sentido de que, até que fosse editada lei regulamentando a exceção da violação do sigilo das comunicações telefônicas, prevista na Constituição Federal, não seria possível realizar intercepção telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal,

ainda que com autorização judicial. Em 1996, foi promulgada a Lei 9.296, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, definindo *quando e como* podem ser feitas as interceptações telefônicas, sendo seus preceitos aplicáveis, também, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.<sup>73</sup>

Sucintamente, pode-se afirmar que: (i) a interceptação das comunicações telefônicas, admitida exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, só pode ser realizada mediante ordem do juiz competente, devendo correr sob sigredo de justiça; (ii) é necessário haver o *fumus boni iuris* para a realização da medida<sup>74</sup>, caracterizado por indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (iii) deve ficar comprovada a necessidade da medida, em vista da inexistência de outros meios de prova, menos gravosos ao investigado; (iv) pela própria natureza da interceptação, a garantia do contraditório é mitigada, já que o investigado não pode ter ciência prévia da medida adotada, devendo ocorrer o *contraditório diferido*, com a possibilidade de posterior impugnação, pela defesa, das provas obtidas por meio da interceptação.

A violação do sigilo das comunicações telefônicas – ou, também, das comunicações realizadas por meio de sistemas de informática ou telemática –, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, constitui crime, cuja pena é reclusão, de dois a quatro anos e multa (Lei 9.296/96, art. 10). Além disso, a interceptação ilegal não é admissível como prova no processo (CF, art. 5º, LVI), assim como todas as provas dela decorrentes (teoria do *fruits of the poisonous tree*). Cumpre ressaltar, entretanto, que, se houver, além da prova ilícita, como a escuta telefônica não autorizada, outras provas, por ela não contaminadas, não devem ser desprezadas as demais, que formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito.<sup>75</sup>

#### **4.2.2 Acolhimento da denúncia e motivação das decisões**

Dispõe o § 1º do art. 2º da Lei 9.613/98, *verbis*:

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.

Portanto, para que seja acolhida a denúncia do crime de lavagem de dinheiro e instaurada a ação penal, é mister que a inicial acusatória demonstre, com clareza, a existência de indícios da materialidade de crime antecedente à lavagem, mesmo que desconhecida sua autoria. Além disso, por força da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais – CF, art. 93, IX – imprescindível que a decisão que acolha a denúncia seja devidamente fundamentada, com a menção

expressa de seus motivos.

Na prática, observa-se que as decisões acolhedoras da denúncia não são, muitas vezes, fundamentadas – em clara afronta ao princípio da motivação das decisões.<sup>76</sup> Deve-se levar em conta, ademais, conforme enfatizado por Luiz Câmara, que a necessidade de fundamentação da decisão acolhedora da denúncia decorre, também, da “grandiosidade dos efeitos que dela emanam”, devendo o juiz, quando do recebimento da denúncia, fazer uma “espécie de juízo de admissibilidade da acusação, fundamentando dito exercício nas provas produzidas na instrução preliminar acusatória, apta a auxiliar na conclusão de existir ou não justa causa à ação penal”.<sup>77</sup>

Vale transcrever, neste ponto, preciosa lição de Antônio Scarance Fernandes:

Apesar da clareza do Texto Constitucional no sentido de ser necessária a motivação de todas as decisões judiciais, continuaram a não ser fundamentadas as decisões de recebimento da denúncia, mantendo-se a praxe existente antes de 1988. Fundam-se os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes argumentos: primeiro, não há, no recebimento da denúncia, decisão, mas simples despacho; segundo, ainda que se veja aí uma decisão, tem carga decisória diversa das que têm as sentenças condenatória ou absolutória. E, por fim, a exigência constitucional não atinge todas as decisões.

Não satisfazem essas razões. Não se trata de mero despacho de expediente, pois o juiz, no momento em que recebe a denúncia, verifica a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. Há carga decisória, tanto assim que, a partir daí, instaura-se o processo e o indiciado passa a ser acusado.<sup>78</sup>

Destarte, para que seja instalado o processo judicial dos crimes de lavagem de dinheiro, indispensável que a denúncia indique, com clareza, a existência de indícios da prática dos crimes antecedentes – além dos requisitos ordinariamente exigidos pela legislação processual penal (CPP, art. 41) – e que a decisão acolhedora da denúncia seja devidamente fundamentada, *data maxima venia*, sob pena de nulidade, em respeito à garantia constitucional da motivação das decisões do Poder Judiciário.

### **4.2.3 Medidas cautelares e presunção de inocência**

#### **4.2.3.1 Liberdade provisória e direito de recorrer em liberdade**

A Lei 9.613/98 disciplina o tema da concessão da liberdade provisória no processo dos crimes de lavagem de capitais em seu art. 3º, *verbis*:

Art. 3º Os crimes disciplinados nesta lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Cumpra interpretar tal dispositivo legal em harmonia com os regramentos constitucionais garantidores da liberdade individual, merecendo destaque os incisos LVII – princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade –, LXI e LXVI do art. 5º da Carta Magna, *verbis*:

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; e

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em que pese respeitáveis argumentos em contrário<sup>79</sup>, a vedação à fiança, prevista na Lei de Lavagem de Dinheiro, não afronta a Lei Maior. Diz-se que “a Constituição previu expressamente as hipóteses que não admitem fiança – art. 5º, incisos XLII e XLIV; logo, em conclusão, todos os demais crimes são afiançáveis”<sup>80</sup>. *Data venia*, tal entendimento não prospera. Isto porque a Constituição não proíbe a vedação da fiança, pela legislação infraconstitucional; o que a Carta Política faz é determinar quais crimes serão, obrigatoriamente, inafiançáveis. Além disso, conforme lição do eminente Tourinho Filho, “a nossa lei não diz quais infrações admitem fiança. Limita-se a indicar quais as infrações que não a comportam (CPP, art. 323, I e II) e as que forjam inafiançabilidade (CPP, art. 323, II, IV e V, e art. 324, I, II, III e IV)”<sup>81</sup>. Dentre as infrações que não comportam fiança, estão aquelas punidas com reclusão cuja pena mínima cominada seja superior a dois anos. Sendo assim, o crime de lavagem de dinheiro – cuja pena mínima cominada é de três anos de reclusão – seria inafiançável, mesmo que a Lei 9.613 fosse omissa a respeito.

Além disso, deve-se levar em conta a relativa perda de importância do instituto da fiança no Direito pátrio, após a edição da Lei 6.416/77 – que alterou a redação dos arts. 310, 323 e 324 do Código de Processo Penal (CPP) – porquanto, mesmo que não admitida a liberdade provisória mediante fiança, será possível a concessão da liberdade provisória sem fiança (vinculada ou não vinculada), como diciona o art. 310 e parágrafo único do CPP, ou seja, desde que presente alguma excludente de antijuridicidade ou ausente razão que justifique a decretação da custódia cautelar.<sup>82</sup>

No que concerne à proibição da liberdade provisória nos processos dos crimes de lavagem de capitais, vale transcrever a lúcida observação do Min. Gilmar

Mendes, *verbis*: “Tenho a impressão de que aqui, obviamente, podemos detectar eventual excesso do legislador, nada que não seja passível de superação ou de composição dentro de um meticuloso exame de constitucionalidade”. De fato, uma reflexão crítica acerca do tema permite concluir pela inconstitucionalidade de uma interpretação literal da vedação da concessão da liberdade provisória; mais ainda, no caso da repressão à lavagem de dinheiro, mostra-se discutível a utilidade e aplicabilidade da referida proibição, conforme explicitado a seguir.

A liberdade provisória é sucedâneo ou substitutivo da prisão provisória. Cinco são as espécies desta<sup>83</sup>: (i) prisão em flagrante delito (CPP, art. 302, I a IV); (ii) prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89, que é excepcionalíssima, só devendo ser decretada quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes previstos na citada lei – dentre os quais não se inclui a lavagem de dinheiro; (iii) prisão decorrente de ato decisório de pronúncia, nos processos de competência do Tribunal do Júri (CPP, art. 408, § 1º); (iv) prisão resultante de sentença condenatória recorrível (CPP, arts. 393, I, e 594); e (v) prisão preventiva (CPP, arts. 311 a 316).

Para o tema específico da prisão provisória na repressão à lavagem de dinheiro, portanto, devem ser consideradas, apenas, as prisões realizadas em flagrante delito, as resultantes de sentença condenatória recorrível e as prisões preventivas e temporárias. Nesse contexto, importante ressaltar a excepcionalidade da prisão provisória – verdadeira medida cautelar, que tem como pressuposto a verificação, pelo órgão jurisdicional, dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*) –, não se revelando concebível, na seara do Direito Penal, execução provisória de sentença condenatória, por força do princípio da presunção de inocência e da garantia inscrita no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Para a decretação da prisão preventiva, portanto, indispensável a presença dos dois requisitos supramencionados, com seus respectivos desdobramentos, quais sejam: (i) o *fumus boni iuris*, que consiste na comprovação da materialidade do fato e indícios de sua autoria; (ii) o *periculum libertatis*, cuja configuração é prevista nas quatro hipóteses autorizadas da prisão, constantes do art. 312 do CPP, a saber, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.<sup>84</sup>

Presentes esses requisitos, e estando devidamente fundamentada a sentença que a decreta, tem-se que a prisão preventiva não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme jurisprudência pacificada da Suprema Corte do País.<sup>85</sup> Importante ressaltar, ademais, a excepcionalidade da decretação da

custódia cautelar, somente justificável quando demonstrada a imprescindibilidade da medida. Neste sentido, vale transcrever brilhante aresto do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe — além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) — que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (...) Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecurável, não se revela possível — por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) — presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.<sup>86</sup>

No que concerne ao direito de recorrer em liberdade, trata-se de um corolário da garantia da presunção de inocência, porquanto “ninguém será considerado culpado até o *trânsito em julgado* de sentença penal condenatória”. Se a sentença condenatória ainda é recorrível, portanto, o réu ainda não pode ser considerado culpado, e qualquer decretação de prisão — fora a hipótese de prisão preventiva, em virtude da verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis* após a prolação a sentença condenatória — constitui grave afronta ao dogma constitucional da não-culpabilidade.

Em outros termos: o réu só pode ser preso antes do trânsito em julgado de sentença condenatória recorrível se presentes os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva ou temporária. Esta é a única interpretação plausível para a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, que determina que “a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Entendimento diverso, *data venia*, transforma o presumivelmente inocente em presumivelmente culpado e configura cumprimento antecipado de pena, proibido por força de expressa vedação constitucional.<sup>87</sup>

Em razão do exposto, pode-se afirmar, no que diz respeito à fundamentação da decisão judicial acerca da possibilidade de o réu recorrer em liberdade, que, caso necessária a decretação da prisão provisória antes que a sentença condenatória tenha transitado em julgado, indispensável a devida motivação do ato deci-

sório, com a justificação dos motivos determinantes da necessidade de custódia cautelar. Nesse diapasão deve ser interpretada a Lei 9.613, ao determinar que “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

Sendo assim, forçoso concluir que, quando da prolação de sentença condenatória recorrível, o juiz deverá determinar, fundamentadamente, se réu pode ou não apelar em liberdade. Neste último caso, deverá demonstrar na sentença a presença dos elementos autorizadores da decretação da prisão preventiva; do contrário, o réu deverá apelar em liberdade. Importante notar que se o réu esteve preso preventivamente, quando da investigação criminal ou da instrução processual penal, – e desde que mantidos os requisitos que determinaram a necessidade da prisão provisória – não há falar-se em direito de recorrer em liberdade; a *contrario sensu*, se o réu respondeu ao processo em liberdade, e não surgiu nenhum elemento novo que determine a necessidade de segregação cautelar, é inadmissível que o imputado seja preso anteriormente ao trânsito em julgado da sentença. Se a sentença condenatória for omissa ou inidônea no que se refere à necessidade da prisão do réu antes de seu trânsito em julgado, deve-se entender que o indigitado autor do crime deve ter assegurado seu direito de apelar em liberdade.

Com relação à prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89, constata-se a sua inaplicabilidade na repressão à lavagem de dinheiro, porquanto este crime não figura na relação taxativa do inciso III do art. 1º da lei, que determina os crimes contra os quais pode ser utilizada esta medida cautelar. É necessária, para a decretação da prisão provisória, a conjugação de dois dos três requisitos previstos nos incisos do art. 1º da Lei 7.960/89, dentre os quais um deve ser, obrigatoriamente, a existência de fundadas suspeitas de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no inciso III do mesmo artigo, dentre os quais não figura a lavagem de capitais.<sup>88</sup>

Resta analisar – dentre as espécies de prisão cautelar afetas ao tema da lavagem de capitais – a prisão em flagrante delito. Pelas características peculiares deste tipo de crime, revela-se praticamente impossível a realização deste tipo de prisão. De fato, pelo próprio *modus operandi* da atividade criminosa de lavagem de dinheiro, não há como afirmar, previamente à realização de criteriosa investigação, que está sendo praticado este crime. Exemplificando: o fato de alguém fazer uma remessa de valores para um paraíso fiscal, movimentar elevados valores em espécie, adquirir anonimamente objetos de alto valor etc., não permite inferir que está sendo realizada alguma das condutas tipificadas na Lei 9.613/98 – tais práticas caracterizam meros indícios da ocorrência do crime. Apenas após investigação, em que ficar evidenciada a proveniência ilícita dos ativos movimentados e a intenção da ocultação desses ativos ou dissimulação de sua origem, é que poderá

ser decretada alguma espécie de prisão – cautelar (preventiva) ou definitiva.

Sendo a prisão em flagrante delito espécie de prisão processual que pressupõe que o crime *esteja* acontecendo ou *tenha acabado de acontecer*, conforme determina o art. 302 do CPP, fica evidenciado que não é possível a realização de prisão em flagrante pela prática do crime de lavagem de dinheiro, já que não há como provar sua prática sem a realização de diligências investigatórias.

Há exemplos na jurisprudência em que a suposta prática do crime de lavagem de dinheiro foi vislumbrada concomitantemente à *efetiva* prática de algum outro crime, em concurso material, como, v.g., o crime previsto no arts. 1º, I, e 2º, I, da Lei 8.137/90 (falta de declaração às autoridades competentes quanto ao ingresso de moeda estrangeira em território brasileiro)<sup>89</sup> ou o previsto no art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica)<sup>90</sup>; cumpre observar que, em casos tais, é possível a realização de prisão em flagrante, não pela prática do crime de lavagem de dinheiro, mas em função da outra conduta incriminada.

Não é lícito às autoridades envolvidas na *persecutio criminis* extraviar-se em conjecturas, engendrando prisão em flagrante em função de meros *indícios* da prática do crime de lavagem de dinheiro. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência – basilar em um Estado Democrático de Direito – a prisão em flagrante delito revela-se inaplicável ao crime de lavagem de dinheiro, porquanto há uma necessidade impostergável de verificação – somente possível *a posteriori* – da intenção de ocultar ou dissimular a natureza, origem, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes à lavagem.

De todo o exposto, conclui-se que: (i) não é possível a realização de prisão em flagrante pela prática do delito de lavagem de capitais; (ii) a única espécie de prisão processual cabível por suposta prática dos crimes previstos na Lei 9.613/98 é a preventiva – que *deve* ser decretada sempre que presentes seus requisitos configuradores, independentemente de o agente ter bons antecedentes<sup>91</sup>. Neste sentido, o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

Não se concede liberdade provisória – com ou sem fiança – se evidenciado motivo autorizador da decretação da prisão preventiva.<sup>92</sup>

Logo, a proibição da concessão da liberdade provisória, nos termos do art. 3º da Lei Repressiva da Lavagem de Dinheiro, é dispositivo destituído de interesse prático. É mais um exemplo do “Direito Penal simbólico”, oriundo da crença de que a eficácia da repressão penal é diretamente proporcional à rigidez dos preceitos que a regem.

#### 4.2.3.2 Seqüestro e apreensão de bens, direitos ou valores

A possibilidade da realização de busca e apreensão de bens móveis e de seqüestro de bens imóveis ou móveis (quando não possível a apreensão) é inerente à cautelaridade penal. No curso de qualquer inquérito policial ou de processo criminal, em que fiquem evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, devem ser aplicadas essas medidas restritivas pelo juiz, de ofício, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público ou do ofendido. O seqüestro e a apreensão são medidas destinadas a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, garantindo a preservação das coisas, impedindo sua deterioração ou utilização para fins contrários ao interesse da Justiça, sempre que presentes indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (CPP, art. 126). Ademais, como bem observado por Marco Antônio de Barros, especificamente no “caso da ‘lavagem’ de capitais o legislador tem em vista garantir a real efetivação das conseqüências secundárias da sentença penal condenatória”<sup>93</sup>, destacando-se a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto do crime, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé (Lei 9.613, art. 7º, I) e a indenização do lesado – se houver.

No que concerne à realização das referidas medidas acautelatórias no âmbito da repressão à lavagem de capitais, insta observar três peculiaridades da Lei 9.613/98: (i) para a decretação da apreensão ou seqüestro de bens, é suficiente a verificação de indícios *suficientes* (art. 4º, *caput*), e não *veementes*, conforme estatui o art. 126 do Código de Processo Penal; (ii) o levantamento das medidas assecuratórias ocorre caso a ação penal não se inicie no prazo de cento de vinte dias (art. 4º, § 1º), contados da data de conclusão da diligência, prazo que corresponde ao dobro do determinado na legislação processual ordinária (CPP, art. 131, I); (iii) a possibilidade da liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem (art. 4º, § 2º), o que poderia configurar inversão do ônus da prova em matéria penal, inadmissível por força do princípio da presunção de inocência.

As duas primeiras observações não trazem maiores dificuldades. Com relação à primeira, cumpre salientar que a decretação de medidas cautelares só pode ser feita se presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora. O juiz, com toda a sua prudência e moderação, deverá, em cada caso concreto, verificar a necessidade e utilidade da decretação do provimento cautelar, sempre que houver a “fumaça do bom direito”, ou seja, a prova da materialidade da conduta e indícios de sua autoria. Neste sentido, não tem importância prática a peculiaridade da Lei Repressiva da Lavagem de Dinheiro, que exige a verificação de “indícios suficientes”, e não de “indícios veementes”, como de ordinário. Quanto ao aumento do prazo para oferecimento da denúncia, trata-se de uma necessidade decorrente da maior complexidade dos crimes de lavagem de capitais, que demandam, por isto, mais tempo para a conclusão das investigações<sup>94</sup>, não constituindo o referido aumento afronta a qualquer garantia constitucional – dada

a sua razoabilidade e proporcionalidade.

Já a determinação de liberação dos bens seqüestrados ou apreendidos quando comprovada a licitude de sua origem merece reflexão mais detida, em virtude do fato de que uma leitura apressada do dispositivo legal pode levar a conclusões inadequadas, como, *v.g.*, entender-se que os bens só seriam liberados, em qualquer hipótese, quando o acusado comprovasse sua licitude, interpretação esta “completamente absurda e inconstitucional, além de autoritária e seriamente perigosa”, na expressão de Luiz Flávio Gomes.<sup>95</sup>

Apesar de eminentes vozes na doutrina se manifestarem contrariamente ao disposto no § 2º do art. 4º da Lei 9.613, afirmando que este dispositivo institui inversão do ônus da prova, inadmissível na seara penal<sup>96</sup>, o fato é que a lei da lavagem de dinheiro não alterou a questão da distribuição do *onus probandi* nos procedimentos cautelares nela previstos. Veja-se o seguinte aresto do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

A vigência da Lei 9.613/98, que dispõe sobre “lavagem” de dinheiro, em nada alterou o ônus da prova em relação à apreensão e seqüestro de bens pela prática do crime, podendo o interessado contestar a medida mediante a oposição dos embargos previstos no art. 130, I, do CPP, sob o fundamento de que os bens são de origem lícita.<sup>97</sup>

A realização das medidas cautelares de apreensão e seqüestro de bens só é possível quando estiverem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* – indícios suficientes da prática do crime – e do *periculum in mora* – a necessidade da adoção das medidas, para que a prestação jurisdicional possa ser efetiva e justa. O seqüestro será levantado em três hipóteses: (i) quando a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data da conclusão da diligência; (ii) prestação de caução idônea pelo terceiro de boa-fé; (iii) trânsito em julgado de sentença absolutória ou de sentença que declare extinta a punibilidade. Além dessas três hipóteses, a Lei 9.613 prevê a possibilidade de que o indiciado ou réu comprove, anteriormente ao julgamento da causa ou à própria propositura da ação penal, a proveniência lícita dos bens, devendo os mesmos ser liberados imediatamente pelo juiz. Neste sentido a cristalina lição de Luiz Flávio Gomes, *verbis*:

De certo modo, no diploma legal enfocado, há uma inversão do ônus da prova, mas é uma inversão que surge dentro do contexto de uma medida de contracautela, saneadora de um ato injusto precedente. Caso o interessado (proprietário ou possuidor dos bens apreendidos ou seqüestrados) não possa ou não queira prontamente comprovar a licitude dos seus bens, deve-se aguardar a sentença final. Sendo absolutória, levanta-se o seqüestro (CPP, art. 131) ou a apreensão. Sendo condenatória, confiscam-se tais bens.<sup>98</sup>

Sendo assim, não há como vislumbrar afronta à garantia da presunção de inocência no § 2º do art. 4º da Lei 9.613. Pelo contrário: interpretação mais detida

leva à conclusão de que o referido dispositivo é benéfico ao indiciado ou réu, porquanto, além da necessidade de estrita verificação dos requisitos que autorizam a realização da excepcional medida constritiva, é possível a liberação imediata dos bens apreendidos ou seqüestrados, quando comprovada a licitude de sua origem.

#### 4.2.4 Ampla defesa e revelia do acusado

Dispõem o § 2º do art. 2º e o § 3º do art. 4º da Lei 9.613/98, *verbis*:

§ 2º No processo por crime previsto nesta lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal.

A simples leitura dos dispositivos acima transcritos revela a incoerência do legislador, na esteira do chamado “Direito Penal simbólico”, já referido neste trabalho. O art. 366 do CPP determina que o processo deve ser suspenso quando o réu, citado por edital, não comparece em juízo, suspendendo-se, também, o prazo prescricional, sendo permitida a produção antecipada de provas reputadas urgentes e, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. Ora, se o legislador determinou a inaplicabilidade desse dispositivo processual na repressão à lavagem de dinheiro, como pode, em seguida, estatuir que o juiz pode determinar a prática de determinados atos nos casos do mesmo dispositivo? Que casos, se o art. 366 é inaplicável?

Além disso, tem-se que o disposto no § 2º do art. 2º da Lei 9.613 é incompatível com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. São inadmissíveis o prosseguimento do processo e a prolação de sentença condenatória se o acusado foi fictamente citado e não compareceu em juízo. Isto equivale a permitir que alguém seja condenado sem ter tido a oportunidade de se defender (por mais que fosse nomeado advogado para o réu); equivale a permitir que o contraditório não se realize em sua plenitude; equivale a permitir que o processo criminal seja concluído com grave restrição ao direito de defesa. Como bem observado por Marco Antônio de Barros,

São incontáveis os erros do Judiciário decorrentes da subserviência a esse superado sistema. Muitos inocentes, que até então desconheciam a existência dos processos, foram presos por força de mandados expedidos após o trânsito em julgado de sentenças condenatórias consubstanciadas em dados identificatórios do autor do crime falsamente fornecidos ou equivocadamente obtidos na fase das investigações. E estes expedientes ilícitos que tantas pessoas já prejudicaram são perfeitamente possíveis de serem utilizados no âmbito da criminalidade organizada, sobretudo se levarmos em conta a sofis-

---

ticada atividade que caracteriza a neocriminalização (...).<sup>99</sup>

Ademais, a possibilidade de decretação de prisão preventiva, quando o acusado citado fictamente não comparece em juízo, reforça a tese da desnecessidade do prosseguimento da marcha processual sem a presença do réu. O que não se pode permitir é que transite em julgado sentença condenatória sem assegurar ao acusado o direito à ampla defesa. Entendimento contrário, *data venia*, configuraria grave retrocesso. Portanto, conclui-se que o art. 366 do CPP é aplicável na repressão à lavagem de dinheiro, apesar do disposto no § 2º do art. 2º da Lei 9.613/98.<sup>100</sup>

### 4.3 Controles administrativos

A Lei 9.613/98 estabelece, em seus arts. 9º a 15, uma série de mecanismos de controle de instituições e pessoas que, pela natureza de suas atividades, acabam por se envolver, mesmo involuntariamente, na realização dos crimes de lavagem de dinheiro. Na ocultação ou dissimulação da origem ilícita de valores, os agentes “lavadores”, no mais das vezes, utilizam instituições como bancos, seguradoras, corretoras de valores, casas de jogos etc., e o legislador pátrio pretendeu tornar mais efetiva a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, impondo vários deveres para essas pessoas – físicas e jurídicas – comumente utilizadas como “instrumento” para realização do crime.

No que diz respeito ao tema específico desta monografia – a repressão à lavagem de dinheiro em face das garantias constitucionais – interessa analisar esses mecanismos de controle administrativo sobre as referidas pessoas em dois de seus desdobramentos, quais sejam (i) a proporcionalidade das penas estabelecidas para os casos de descumprimento dos deveres impostos pela lei, e (ii) a questão da preservação do direito à intimidade em face dos referidos controles. Antes dessa análise, entretanto, faz-se necessário expor, ainda que sucintamente, que espécie de deveres são estabelecidos, pela Lei 9.613, às instituições e pessoas usualmente envolvidas na prática do crime de lavagem de capitais.

Resumidamente, pode-se afirmar que os deveres impostos a essas pessoas são: manutenção de cadastro regular e atualizado, nos termos das instruções dos órgãos fiscalizadores; manutenção de registro de todas as transações que ultrapassem o limite estabelecido pela autoridade competente (no caso dos bancos, o Banco Central, no caso das seguradoras, a Susep etc.), pelo prazo de cinco anos, contados do encerramento da conta ou da realização da transação, e comunicação, à autoridade competente, de todas as transações ou propostas de transações que possam constituir “sérios indícios” da prática dos crimes de lavagem, dentre as quais aquelas que excederem o limite

fixado pelo órgão fiscalizador.

#### **4.3.1 Aplicação da penalidade administrativa e princípio da proporcionalidade**

Na hipótese de descumprimento dos deveres impostos pela lei, a autoridade competente deverá aplicar uma das seguintes penalidades: (i) advertência; (ii) multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); (iii) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas fiscalizadas; (iv) cassação da autorização para operação ou funcionamento.

Impende salientar, neste ponto, que essas penalidades são aplicadas às instituições e pessoas fiscalizadas não pela prática do ilícito de lavagem de dinheiro, mas pelo mero descumprimento de um dever de ordem administrativa, referente à manutenção de cadastro regular ou manutenção de registros de determinadas transações ou comunicação das mesmas às autoridades competentes. Considerando este aspecto, percebe-se a gravidade das sanções administrativas previstas na lei, que podem ser, em certos casos, mais rigorosas do que a pena aplicada ao próprio autor do crime.<sup>101</sup>

Neste contexto, sobleva-se a necessidade de observância do devido processo legal, que envolve, necessariamente, o respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório, além da proporcionalidade da penalidade administrativa aplicada. O procedimento para aplicação dessas sanções administrativas, regulado pelo Decreto 2.799/98 é espécie do que Hely Lopes Meirelles chamou de “processo administrativo punitivo”, valendo transcrever as sábias e atuais palavras do mestre, no sentido de que “esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa, que deve ser prévia, e com estrita observância do devido processo legal (*due process of law*), sob pena de nulidade da sanção imposta”. Além disso, embora a sanção administrativa “seja discricionária, não é arbitrária e, por isso, deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração apurada no respectivo processo”.<sup>102</sup>

Portanto, conclui-se que a eventual aplicação de penalidade administrativa por descumprimento dos preceitos estabelecidos na Lei 9.613 deve ser feita com observância do princípio da proporcionalidade, além das demais garantias inerentes ao devido processo legal. Qualquer excesso ou arbitrariedade praticada pela autoridade administrativa competente sempre será passível de correção pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança.

### 4.3.2 Controles administrativos e inviolabilidade do direito à intimidade

A Lei 9.613/98 e a Lei Complementar 105/01 abrandaram a garantia constitucional de inviolabilidade do direito à intimidade – aí compreendida a proteção ao sigilo bancário. A primeira prevê a comunicação, à autoridade competente, de todas as transações que possam configurar indícios da prática de lavagem de dinheiro – cumprindo observar que é a própria autoridade que recebe as comunicações quem determina quais são os tipos de transação que se enquadram nessa definição. Sendo assim, órgãos do Poder Executivo, como o Banco Central, passam a ter acesso a transações sigilosas, cujo conhecimento era restrito, anteriormente, apenas às partes envolvidas. De outro lado, a Lei Complementar 105 determina, em seu art. 2º, § 6º, que esses órgãos de fiscalização deverão fornecer ao Coaf – Conselho de Controle de Atividades Financeiras – os dados relativos às informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da Lei 9.613/98. Como bem observado por Marco Antônio de Barros,

Impõe reconhecer que, por força desta impressionante criatividade legislativa, o Coaf passa a obter informações sigilosas independentemente de intervenção jurisdicional. Ao que se sabe, anteriormente à edição desta lei complementar, o Bacen e a CVM não demonstravam plena disposição em transmitir ao Coaf, sem a devida determinação judicial, as informações sigilosas que, na condição de autoridades competentes, recebem das pessoas jurídicas ou físicas que estão civil e administrativamente obrigadas a comunicar a realização de operações financeiras suspeitas de “lavagem”. A situação agora é outra, porque o dispositivo legal em espécie traduz norma imperativa presa ao termo “fornecerão”, não deixando margem à dúvida para o entendimento de que o Bacen e a CVM estão obrigados a fornecer ao Coaf as informações cadastrais e de movimentação de valores (art. 2º, § 6º, LC 105/01).<sup>103</sup>

Sem embargo dessa relativização da garantia constitucional da inviolabilidade do direito à intimidade, o fato é que as normas anteriormente referidas não são eivadas do vício de inconstitucionalidade, como defendido por alguns.<sup>104</sup> Deve-se considerar o fato de que nenhuma liberdade individual é absoluta, conforme já demonstrado neste trabalho.<sup>105</sup> Além disso, tem-se que as autoridades do Poder Executivo não têm acesso a todos os dados bancários sigilosos dos suspeitos; o que ocorre é que essas autoridades têm acesso a algumas transações, que podem configurar indícios de lavagem de dinheiro – o que permite concluir que o sigilo não é derrubado em sua inteireza. O acesso a todos os dados sigilosos continua só podendo ser feito mediante autorização judicial; o que as Leis 9.613/98 e 105/01 permitem é que as autoridades do Poder Executivo façam uma espécie de “triagem” dos indícios de lavagem de dinheiro, repassando as informações

para o Ministério Público quando as “possibilidades de indícios” – informadas a estas autoridades pelas pessoas e instituições por elas fiscalizadas – configurarem “indícios” da prática de lavagem de dinheiro. Entendimento diverso, *data venia*, tornaria extremamente dificultosa a detecção da realização da conduta criminosa de lavagem de capitais.

Sopesando, portanto, a pequena relativização da garantia do sigilo – vale ressaltar, os órgãos governamentais têm acesso apenas aos dados referentes à realização de determinadas transações, e não a todos os dados sigilosos – em face da necessidade de identificar a realização do crime de lavagem de dinheiro, não é de vislumbrar-se inconstitucionalidade no § 6º do art. 2º da Lei Complementar 105/01 e no inciso II do art. 11 da Lei 9.613/98.

## 5 Conclusão

A partir de todo o exposto, podem ser feitas, sinteticamente, algumas conclusões:

– a gravidade dos efeitos advindos da prática dos crimes de lavagem de dinheiro, aliada à crença de que a eficiência no combate ao crime aumenta na mesma proporção em que se tornam mais severas as leis penais, cria perigosa tendência de exacerbação da repressão penal, gerando ambiente propício à violação das garantias fundamentais, estabelecidas pela Constituição, que representam conquista histórica dos cidadãos contra a arbitrariedade e autoritarismo do Estado;

– por respeito ao princípio da reserva legal, na atualidade, as práticas de terrorismo e os crimes praticados por organizações criminosas não podem ser considerados crimes antecedentes à lavagem de capitais (a menos que estas condutas consubstanciem outro crime antecedente, previsto taxativamente na Lei 9.613/98);

– a aplicação da pena pela prática do crime ou de penalidade administrativa por descumprimento de imposições legais ou regulamentares deve ser feita com observância do princípio da proporcionalidade;

– o Judiciário deve ser rigoroso no sentido de inadmitir provas ilícitas no processo, sobrelevando-se a necessidade de autorização judicial para “quebra” do sigilo bancário e para realização de interceptações telefônicas;

– a decisão que recebe a denúncia pela prática dos crimes de lavagem de dinheiro deve ser devidamente fundamentada;

– os dispositivos da Lei 9.613 que tratam das medidas cautelares são destituídos de interesse prático;

– o processo dos crimes de lavagem de dinheiro não pode correr à revelia do acusado, apesar do disposto no art. 2º, § 2º, a Lei 9.613/98;

– os mecanismos de controle sobre pessoas e instituições usualmente envolvidas na lavagem de capitais não se revelam conflitantes com a Constituição Federal.

Finalmente, é de bom alvitre afirmar que todos os envolvidos na repressão à lavagem de dinheiro, direta ou indiretamente, – magistrados, membros do Ministério Público e da polícia judiciária, advogados, autoridades do Poder Executivo etc. – devem envidar todos os esforços para que sejam tão rigorosos na observância das garantias constitucionais quanto são no combate ao crime. Essa é única maneira de atingir o desejado ponto de equilíbrio entre a premente necessidade de combater a lavagem de capitais e o respeito às garantias conferidas ao cidadão, pela Constituição Federal.

---

#### Notas

<sup>1</sup> Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

<sup>2</sup> Pitombo, *op.cit.*, p.93. Cervini, Raul; Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio: *Lei de Lavagem de Capitais*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1998. P. 321-323. Barros, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004. P. 98-99. Silva, César Antônio da Silva. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2001, P. 39.

<sup>3</sup> Cf. Silva, Ruben Fonseca e; Willians, Robert. E: *Tratado dos paraísos fiscais*. São Paulo: Observador Legal, 1998, p. 196.

<sup>4</sup> Tigre Maia, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*. Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 54.

<sup>5</sup> Pitombo, *op.cit.*, p. 75-77.

<sup>6</sup> STF, RO no HC 80.816-6-SP, DJU 10/04/01, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>7</sup> Esta assertiva pode ser comprovada pela leitura do item 22 da Exposição de Motivos 692: “Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais”.

<sup>8</sup> V. item 4.1.2, *infra*.

<sup>9</sup> Jesus, Damásio E. de. *Ali-babá e o crime de lavagem de dinheiro . Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2818>>. Acesso em: 17/12/05.

<sup>10</sup> Barros, Marco Antonio de. Crimes de lavagem e o devido processo penal. São Paulo: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 5, 9, p. 237-246, jan./jun. 2002, p. 237.

<sup>11</sup> Tigre Maia, *op.cit.*, p. 22-23.

<sup>12</sup> Pitombo, *op.cit.*, p. 25.

<sup>13</sup> Cervini, Raul; Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *op.cit.*, p. 80-81. Barros, Marco

Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, p. 42-46. Tigre Maia, *op.cit.*, p. 37-40. Pitombo, *op.cit.*, p. 36-38.

<sup>14</sup> Figure-se o exemplo de lavagem empreendida por meio do sobrefaturamento de estabelecimento comercial que costuma receber expressivas quantidades de dinheiro em espécie, *v.g.*, um restaurante. O depósito bancário dos valores oriundos de práticas criminosas (efetuado em conjunto com depósitos regulares, decorrentes da atividade normal do estabelecimento) constitui, em um só momento, a prática das etapas de colocação, dissimulação e integração.

<sup>15</sup> Jornal *O Globo*, edição de 07/12/05, p. 25.

<sup>16</sup> Barros, *op.cit.*, p. 43.

<sup>17</sup> Barroso, Luís Roberto: *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.151.

<sup>18</sup> *Op.cit.*, p.155 e ss.

<sup>19</sup> *Apud* Afonso da Silva, José: *Curso de Direito Constitucional positivo*. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.185.

<sup>20</sup> *Op.cit.*, p. 185.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 412.

<sup>22</sup> Bittencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v.1, 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva., 2003, p. 12.

<sup>23</sup> Choukr, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

<sup>24</sup> Choukr, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 212.

<sup>25</sup> Sobre a evolução histórica do princípio, veja-se: Bonato, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2003, p. 30 e ss., e Barroso, p. 218 e ss.

<sup>26</sup> Tucci, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 62.

<sup>27</sup> Moraes, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo. Atlas: 2005, p. 93.

<sup>28</sup> Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005, p. 56 e ss. Barroso, *op.cit.*, p. 218 e ss.

<sup>29</sup> *Apud* Moraes, *op.cit.*, p. 36.

<sup>30</sup> Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

<sup>31</sup> Moraes, *op.cit.*, p. 76.

<sup>32</sup> Tucci, *op.cit.*, p. 109-110.

<sup>33</sup> *Apud* Fernandes, *op.cit.*, p. 280.

<sup>34</sup> STF, MS 25647-8/ DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 07/12/05.

<sup>35</sup> Tucci, *op.cit.*, p. 211. “A Justiça é uma obra de luz e não de trevas”.

<sup>36</sup> V. item 4.2.3, *infra*.

<sup>37</sup> AP 307-3/DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13/10/95; RTJ 162/03-340.

<sup>38</sup> Neste sentido, o voto do Min. Moreira Alves no julgamento do HC 69.912-0/RS. *DJU*, 25/03/94.

<sup>39</sup> STF, HC 72.588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 04/08/00. HC 73.351/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 19/03/99.

<sup>40</sup> Tucci, *op.cit.*, p. 249 e ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>42</sup> Bittencourt, *op.cit.*, p.199.

<sup>43</sup> Neste sentido, v. Barros, *op.cit.*, p. 113 s., Tigre Maia, *op.cit.*, p. 70 e s.

<sup>44</sup> Barros, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. cit.*, p. 128. Tigre Maia, *op. cit.*, p. 72. Silva, César Antônio, *op.cit.*, p. 67. Pitombo, *op.cit.*, 113. Cervini, Raul; Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 330.

<sup>45</sup> Cf. Jobim, Nelson, in: Conselho da Justiça Federal. *Comissão de estudos sobre crime de lavagem de dinheiro: relatório*. Brasília: 2003, p.15. A terceira geração da legislação repressiva da lavagem de dinheiro determina que qualquer crime pode ser considerado crime antecedente à lavagem; a segunda geração prevê taxativamente os delitos que podem gerar, subseqüentemente, a lavagem de dinheiro; a primeira geração previa apenas o crime de tráfico de entorpecentes como delito antecedente à lavagem.

<sup>46</sup> Jobim, *op.cit.*, *loc. cit.*

<sup>47</sup> Tigre Maia, *op.cit.*, p. 78.

<sup>48</sup> Barros, *Lavagem de capitais..., cit.*, p. 175.

<sup>49</sup> V. nota 6, item 2.1, *supra*.

<sup>50</sup> V item 3.2.1, *supra*.

<sup>51</sup> Cf. Toledo, Suzana, *apud* Fernandes, *op.cit.*, p. 59.

<sup>52</sup> Tucci, *op.cit.*, p. 307.

<sup>53</sup> Sobre o Direito Penal simbólico, v. Choukr, *Processo Penal de Emergência, cit.*

<sup>54</sup> TRF-4ª Região, 8ª Turma, AC 2001.72.00.003683-2/SC, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, *DJU* 03/03/05.

<sup>55</sup> V., a respeito, item 3.2.1, *supra*.

<sup>56</sup> TRF-1ª Região, RC 96.01.28684-5/MG, Rel. Juiz Mário César Ribeiro, j. 06/04/99.

<sup>57</sup> TRF-4ª Região, 8ª Turma, AC 2001.72.00.003683-2/SC, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, *DJU* 03/03/05. Neste julgado, foi utilizada analogia a favor do réu, aplicando-lhe a pena correspondente ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes (cuja pena mínima é de três anos de reclusão), quando sua conduta se amoldava ao tipo do art. 273, §1º B, I, IV e V (cuja pena mínima cominada é de dez anos de reclusão).

<sup>58</sup> Cf. Choukr, *Processo Penal de Emergência, cit.*, p. 212.

<sup>59</sup> STF, RE 136.239-1/SP, Rel. Celso de Mello, *DJ* 14/08/92.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Cf. Moraes, *op.cit.*, p. 50.

<sup>62</sup> Moraes, *op. cit.*, p.52. Neste sentido, v. STF, HC 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 24/06/94 – RT 709/418. STF, Carta Rogatória 7.323-2, Rel. Min. Celso de Mello, Presidente, *DJ*

11/09/99, RTJ 157/44.

<sup>63</sup> Neste sentido, v. o voto do Min. Maurício Côrrea por ocasião do julgamento do MS 21.729/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 19/10/01.

<sup>64</sup> STJ – RHC 14.145/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* 24/05/04. STJ – ROMS 12.668/CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 10/09/01. STF, Ag. Reg. Ag. Instr. 541.265-8/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 04/11/05.

<sup>65</sup> Citado no voto do Relator Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do HC 84.869-0, STF, *DJ* 19/08/05.

<sup>66</sup> STF, MS 21.729/DF, Rel, Min. Marco Aurélio, *DJ* 19/10/01.

<sup>67</sup> STF, HC 84.869-9/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19/08/05; HC 86.094-0/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 11/11/05; RE 219.780-5/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 10/09/99.

<sup>68</sup> Cervini, Raul; Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *op.cit.*, p. 369-370. Moraes, *op.cit.*, p. 59-65.

<sup>69</sup> A exceção deu-se no julgamento do MS 21.729/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 19/10/01.

<sup>70</sup> Ag.Rg. Inq 897-5, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 24/03/95.

<sup>71</sup> STF, HC 85.455 -9 - MT, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 17/06/05.

<sup>72</sup> V. item 3.2.7, *supra*.

<sup>73</sup> O Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei 9.296 no que concerne à possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações por meio de sistema de informática ou telemática. STF, ADI 1488-9/DF – medida liminar, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 26/11/99.

<sup>74</sup> Neste sentido, v. Moraes, *op.cit.*, p.54.

<sup>75</sup> Neste sentido, v. STF, HC 75.497 Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 09/05/03.

<sup>76</sup> Cf. Fernandes, *op.cit.*, p. 137.

<sup>77</sup> *Apud* Bonato, *op.cit.*, p.185. No mesmo sentido, v. Tucci, *op.cit.*, p. 244 e ss.

<sup>78</sup> Fernandes, *op.cit.*, p. 137.

<sup>79</sup> Neste sentido, v. Cervini, Raul. Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *op.cit.*, p. 358.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Tourinho Filho, p. 629-630.

<sup>82</sup> No sentido do texto, v. Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 690.

<sup>83</sup> Cf. Tucci, *op.cit.*, p. 311.

<sup>84</sup> Cf. Fernandes, *op.cit.*, p. 315.

<sup>85</sup> STF, HC 81.468, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 1º/08/03. STF, HC 71.169 Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 16/09/94). No mesmo sentido: HC 68.499, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 02/04/93.

<sup>86</sup> HC 80.719, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 28/09/01. No mesmo sentido: HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 16/02/01.

<sup>87</sup> No sentido do texto, v. Tucci, *op.cit.*, p. 391.

<sup>88</sup> Tourinho Filho, *op.cit.*, p. 610-611. Tucci, *op.cit.*, p. 313-315. Fernandes, *op.cit.*, p. 320-322.

Rangel, *op.cit.*, p. 668-670.

<sup>89</sup> TRF-4ª Região, HC 1998.04.01.073459-7/RS, Rel. Juíza Tânia Escobar, *DJ* 17/02/99.

<sup>90</sup> TRF-2ª Região, Quarta Turma, HC 2910, Processo 2002.02.01.044565-5, Rel. Juiz Valmir Peçanha, j. 18/11/02, *DJU* 12/12/02.

<sup>91</sup> STJ, RHC 9644/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ*, 04/09/00. STJ, RHC 9596/PB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 21/08/00.

<sup>92</sup> RHC 12401/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 17/06/02.

<sup>93</sup> Barros, *op.cit.*, p. 234.

<sup>94</sup> Neste sentido, v. Tigre Maia, *op.cit.*, p. 131, e Barros, *op.cit.*, p. 240.

<sup>95</sup> Cervini, Raul. Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *op.cit.*, p. 365.

<sup>96</sup> Choukr, *Processo Penal de Emergência, cit.*, p. 190-192.

<sup>97</sup> TJSP, 1ª Câmara Criminal – Ap. 285.572-3/0, Rel. Des. Andrade Cavalcanti, j. 03/04/00, RT 779, p. 566-569, citado por Barros, *op.cit.*, p. 244.

<sup>98</sup> Cervini, Raul; Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *op.cit.*, p. 366.

<sup>99</sup> Barros, *op.cit.*, p. 226.

<sup>100</sup> No sentido do texto: Cervini, Raul; Oliveira, Willian Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *op.cit.*, p. 357; Silva, Cezar Antonio da, *op.cit.*, p. 138-140; Barros, Marco Antonio, *op.cit.*, p. 225-229. Tigre Maia, *op.cit.*, p.121-125.

<sup>101</sup> A pena de multa, aplicável ao agente lavador, tem como limite máximo o valor correspondente a mil e oitocentos salários mínimos – em situações extremas – conforme se infere do art. 49 do Código Penal. Ainda que se considere a situação excepcional prevista no § 1º do art. 60 do mesmo estatuto, é possível que, em determinados casos, a penalidade administrativa de multa exceda a pena de multa aplicada ao agente lavador, pois a primeira pode corresponder até o dobro do valor da operação, conforme determina o inciso II do art. 12 da Lei 9.613, e a segunda tem limite máximo estabelecido em lei. Sobre o tema, v. Barros, *op.cit.*, p. 337-349.

<sup>102</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 674.

<sup>103</sup> Barros, *op.cit.*, p. 323-324.

<sup>104</sup> Defendendo a tese da inconstitucionalidade do § 6º do art. 2º da Lei Complementar 105/01, Barros, *op.cit.*, p. 326.

<sup>105</sup> V. item 4.2.1, *supra*.

---

## Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, J. Oliveira. Repressão da lavagem do dinheiro em Portugal. Rio de Janeiro: *Revista da Emerj*, v. 6, 22, p. 37-57, 2003.

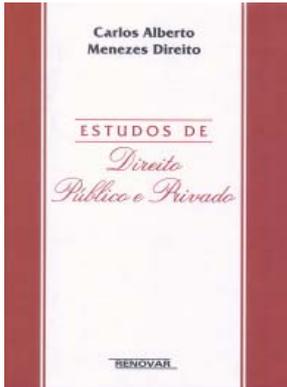
BARROS, Marco Antônio de. Crimes de lavagem e o devido processo penal. São Paulo: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 5, 9, p. 237-246, jan./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *Lavagem de capitais e obrigações civil correlatas: com comentários artigo por artigo à Lei 9.613*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

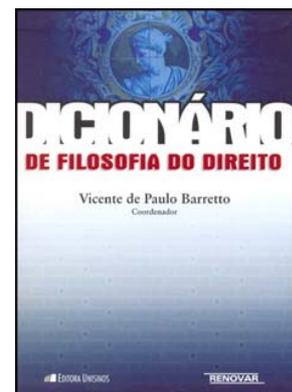
- BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v.1, 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2003.
- CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Comissão de estudos sobre crime de lavagem de dinheiro: relatório*. Brasília: 2003.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1990.
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613 de 1.03.1998. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 6, 23, p. 111-129, jul./set. 1998.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.
- SILVA, César Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.
- SILVA, Ruben Fonseca e; WILLIAMS, Robert E.. *Tratado dos paraísos fiscais*. São Paulo: Ed. Observador Legal, 1998.
- TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro* (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 8ª ed. , 2006.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A “lavagem” ou ocultação de dinheiro e de outros bens e a atividade empresarial. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil*, v. 37, 113, p. 78-98, jan./mar. 1999.

# Os Livros dos Juízes



*Estudos de Direito Público e Privado*, recentemente publicado pela Editora Renovar, é resultado de trabalhos científicos apresentados em seminários e palestras – nacionais e internacionais – reunidos agora em formato livro. De autoria do consagrado Carlos Alberto Menezes Direito, Ministro do Supremo Tribunal de Justiça desde 1996 e doutor em Direito, a obra oferece ampla reflexão sobre diferentes problemas do direito público e privado como a democracia constitucional, a importância da Constituição, os limites da comissão parlamentar de inquérito, o erro médico e a ética do juiz. Comenta também a Lei 5.988/73 sobre Direito Autoral na obra cinematográfica e finaliza com as tendências do Direito Constitucional brasileiro. 380 p. 2006.

*Dicionário de Filosofia do Direito*, organizado por Vicente de Paulo Barreto, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro –Uerj, é composto por 235 artigos escritos por 170 autores, entre renomados filósofos, juristas, cientistas políticos e sociais, nacionais e estrangeiros. Destacam-se os nomes do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Arruda Alvim, Luiz Edson Fachin e Danilo Marcondes. Iniciativa pioneira em língua portuguesa, a obra propõe-se a analisar criticamente os valores que se encontram nas origens da ordem jurídica, a história e a sistemática do Direito. Além de discutir conceitos como o que significa democracia, imparcialidade, responsabilidade, liberdade, o dicionário pretende responder três questões fundamentais da Filosofia do Direito: o que é o Direito, qual a natureza do conhecimento sobre Direito e em que consiste a justiça. Centra-se em cinco eixos temáticos: história da Filosofia do Direito,



pensadores relevantes para a Filosofia do Direito, noções e tópicos, objetos da reflexão justafilosófica e sistemática da Filosofia do Direito. Segundo o organizador, “trata-se de uma ferramenta imprescindível para o trabalho cotidiano de estudantes, professores, filósofos, cientistas sociais, juízes e advogados. É também um importante referencial de investigação científica, que só enaltece a pesquisa do nosso estado”. Co-editado pela Unisinos e Renovar, 874p. 2006.

## 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 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

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/97.

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 iné-

ditos, 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 Ítalo 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 I'talo 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 Luniére 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 Degração/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.

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