

Sumário

Editorial

Entrevista

Não posso não falar

Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Artigos Doutrinários

Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil

Prof^ª. Judith Martins-Costa

Contrato de Transporte Internacional e o Imposto de Renda na Fonte sobre Remessa ao Exterior

Prof. Olney Queiroz Assis

A Proporcionalização do Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro

Dr. Cláudio Grande Júnior

Tópico Jurídico

O Juízo de Admissibilidade de Recurso Extraordinário e a Aplicação de Multa por Litigância de Má-Fé

Dr. Alberto Senna Santos

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Medicina. Exercício por médicos estrangeiros. Diploma. Exigência, Revalidação

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Carlos Fernando Mathias

AgRegSS 2005.01.00.022014-3/TO

1ª Seção – Servidor público. Incorporação pelo exercício de cargos ou funções comissionadas

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado

MS 2003.01.00.036803-7/BA

2ª Seção – Denúncia. Crimes plurissubjetivos

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

Inq 2001.01.00.044805-4/PA

3ª Seção – Conflito de competência. Pessoa jurídica excluída da categoria de microempresa ou empresa de pequeno porte. Legitimidade ativa

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

CC 2005.01.00.068915-5/DF

4ª Seção – Ação rescisória. IR. Complementação e aposentadoria. Previdência privada

Rel.: Des. Federal Leomar Amorim

AR 2005.01.00.023445-3/DF

1ª Turma – Servidora cedida a órgão do Poder Judiciário para o exercício de função comissionada. Gdat

Rel.: Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

AMS 2004.38.00.026936-4/MG

2ª Turma – Aposentadoria por invalidez. Laudo pericial

Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian

AC 2000.01.00.002850-8/MG

3ª Turma – Servidão de eletroduto. Imóvel não matriculado

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

AC 2003.33.00.012330-8/BA

4ª Turma – Benefício previdenciário. Fraude. Desclassificação. Peculato. Estelionato contra a Previdência Social

Rel.: Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

ACr 2000.39.00.009998-1/PA

5ª Turma – Uso de nome comercial. Ação de cessação. Competência

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

AC 2002.38.00.023289-6/MG

6ª Turma – Ato administrativo. Licença. Fabricação de medicamento veterinário

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

AC 2003.34.00.013411-4/DF

7ª Turma – Medida cautelar fiscal. Bem de família. Propriedade de mais de um imóvel residencial

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

EDA_g 2005.01.00.043938-9/DF

8ª Turma – IR. PDV. Parcelas indenizatórias

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

AC 2002.38.00.052624-5/MG

Breviário

Confira outros assuntos relevantes julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br)

Execução fiscal. Citação por edital. Nomeação de curador especial.

EBCT. Isenção. Custas processuais.

Penhora. Nomeação de precatório. Ação trabalhista.

Órgão público. Exibição de documentos.

Magistrado. Ajuda de custo.

Pluralidade de vias. Desnecessidade.

Língua do Direito – *Habeas Verbum*

JEF's em Revista

Turma Recursal/MT – Trancamento de ação penal em curso no JEF. Competência

Rel.: Juiz Julier Sebastião da Silva

HC 2006.36.00.700320-9/MT

Turma Recursal/PA – Servidor público. Reajuste salarial. Projeto de lei. Mora do Executivo. Indenização

Rel.: Juiz Anselmo Gonçalves da Silva

Pr. 2005.39.00.706866-9/PA

Servidores públicos federais. Auxílio-alimentação

Rel.: Juiz Jeferson Schneider

Pr. 2006.36.00.700282-0/MT

Obra financiada com recursos do SFH. Defeitos na construção

Rel.: Juiz Jeferson Schneider
Pr. 2006.36.00.700358-6/MT

Turma Recursal/DF – Militar da reserva. Multa. Ocupação irregular de imóvel funcional

Rel.: Juiz Alexandre Machado Vasconcelos
Rec. 2003.34.00.901398-2/DF

Servidor público. Quintos/décimos incorporados

Rel.: Juiz Itagiba Catta Preta Neto
Rec.: 2004.34.00.707905-0/DF

Servidor público. Revisão geral da remuneração. Mora legislativa

Rel.: Juiz José Pires da Cunha
RC 2006.36.00.700239-2/MT

Turma Recursal/BA – Benefício assistencial. Concessão do benefício por fundamento diverso. Possibilidade

Rel.: Juiz Pompeu de Sousa Brasil
Rec. 2005.33.00.767734-4/BA

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

Editorial

Embora gozando de alguns dias de férias, fui surpreendido e honrado pela Corte Especial deste Tribunal com a eleição para Diretor da Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a partir de junho de 2006 até setembro de 2007, para o fim de terminar o biênio do mandato do Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, eleito no ano passado, em virtude da previsão regimental (art. 382, § 2º), que prescreve a inacumulabilidade dessa função com o biênio do mandato de juiz eleitoral (representante do TRF-1ª Região no TRE/DF), para o qual fora eleito em 4 de abril de 2006.

A Presidente Desembargadora Federal Assusete Magalhães optou por institucionalizar a posse do Diretor da Revista em solenidade oficial da Corte, reconhecendo e evidenciando, assim, a relevância da Revista e a sua importância no contexto e na rotina de vida deste Tribunal naquilo que é o seu maior produto: a aplicação do Direito e a contínua discussão doutrinária e jurisprudencial dos temas que lhe são trazidos a julgamento. À Presidência os meus agradecimentos e a garantia do meu empenho.

A surpresa não me permitiu tempo para a reflexão dos meus planos. Também por esta razão, acrescida da inexperiência no setor e do desconhecimento detalhado do trabalho, que não aparece, na montagem de uma revista mensal, de tal envergadura, o número de junho sairá com pequeno (espero) atraso.

Sem prejuízo (por enquanto!) dos julgamentos dos processos a mim atribuídos (mais de cinco mil), das tarefas da Presidência da Comissão de Jurisprudência e das atribuições de membro da Banca Examinadora do XII Concurso de Juiz Federal Substituto em fase inicial, pensei algumas coisas. Não me atrevo à mudança do perfil editorial da Revista, embora, e antes de mais nada, esteja, e estou, aberto às sugestões criativas, inovadoras e, em especial, às valiosas contribuições de todos, as quais desde já encareço e agradeço.

Iniciando pelo espaço “Editorial”, abrindo ensejo ao Diretor fazer conhecido seu pensamento sobre os mais variados temas, a Revista adotará, em caráter permanente, uma seção de abertura com “Entrevista” com os membros da Corte inicialmente, com personalidades outras eventualmente e com juízes da 1ª instância, para que se façam conhecidos dos seus jurisdicionados. Vejo a necessidade de criar um Conselho Editorial, para auxiliar-me no aperfeiçoamento do propósito de informar-formando e de formar-informando. Aos temas doutrinários, procurarei agregar matérias, com viés jurídico, dos mais variados campos do conhecimento, como Lógica, Filosofia, Psicologia, Antropologia, Sociologia, Comunicação Social, entre outras, de afinidade mais ou menos remota, em ordem a contribuir para a discussão e reflexão de temas da maior relevância à capacitação intelectual, mental, profissiológica e social dos julgadores e operadores do Direito em geral.

Outra inovação pretendida, só efetivável com a absoluta compreensão despreendida dos colegas, é a abertura de espaço aos juízes autorizados a se afastar da jurisdição para cursos de mestrado e doutorado. Embora tais cursos de destinem à formação da carreira acadêmica de magistério, espero contar, da parte daqueles que os concluíram com respectivas dissertações e teses, com a elaboração de resumos ou sínteses, em forma de artigos, dessas dissertações e teses para que todos conheçamos o belo trabalho que fizeram em prol do Direito e sua contribuição para a melhor judicatura de todos nós. Ainda que a tanto estejam obrigados pela Resolução 1, de 17 de janeiro de 2003, que lhes deu suporte ao afastamento, conto

com a maior boa vontade e presteza na elaboração desses trabalhos, certo de que S. Exas. têm a exata consciência da necessidade de compartilhar o conhecimento científico com todos, pois o conhecimento e a técnica do conhecimento não pode ser privilégio de alguns, mas alimento intelectual de tantos quantos dele carecem.

Se ousado ou não, confio na colaboração do nosso público com sugestões e críticas para o engrandecimento desta Revista na busca e na realização do seu grande e principal propósito, se me permitem a redundância: informar-formando para formar-informando.

Diretor da Revista.

Entrevista



Não Posso não falar

Luciano Tolentino Amaral*

Por Maria Carolina Ribeiro

A tradução da expressão paulina *non possumus non loqui* parece definir o entrevistado do mês, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, membro do TRF-1ª Região desde 1996. Como novo Diretor da Revista, Presidente da 7ª Turma, como magistrado e como ser humano, Dr. Luciano sabe que algumas coisas precisam ser discutidas, como o desditoso cancelamento das férias coletivas nos Tribunais Regionais Federais, a caótica legiferância em matéria tributária e os ineficientes cursos de Direito no Brasil.

* Desembargador Federal do TRF-1ª Região.

Ao completar 23 anos de magistratura, o mineiro que ingressou na Justiça Federal do Distrito Federal em 1983 revela que não pretendia estudar Direito, porque tinha uma visão distorcida da Justiça brasileira: pilhas e pilhas de processos empoeirados de um lado, cidadãos descontentes do outro. Mas o destino encarregou-se de resgatá-lo, e o curso de Direito logo o ajudou a redefinir suas impressões sobre a prestação jurisdicional.

Ex-seminarista, aluno por dois anos de Teologia, licenciado em Filosofia e em Direito (UFMG) e com curso de mestrado em “Direito e Estado” (UnB), o desembargador federal considera necessário um embasamento interdisciplinar para se formar um bom operador da Justiça. No que depender dele, os estudantes e militantes do Direito poderão encontrar na Revista uma importante aliada nessa jornada jurisdicional, uma vez que está em seus projetos humanizar o periódico, abrindo o leque de temas a serem abordados nos artigos e entrevistas.

Defensor da volta aos estudos de latim e adepto da organização física administrativa e racionalizada das varas como forma de manter o trabalho em dia, o juiz em tempo integral – encarnado mesmo – e agora novo diretor da Revista do TRF-1ª Região concedeu-nos a seguinte entrevista.

Revista: Como novo diretor, que inovações o senhor está planejando para a Revista do TRF-1ª Região?

Luciano Amaral: Fui surpreendido pela eleição e não estava, realmente, nos meus projetos, ser diretor da Revista. A Revista publica artigos doutrinários de temas jurídicos e a jurisprudência do Tribunal. Vejo a necessidade de um espaço para, por meio de entrevista, se fazerem conhecidos mais de perto os membros desta Corte e os juízes federais.

Tenho por indispensável um conselho editorial. Penso também em abrir espaços para temas afins à ciência jurídica, tais como filosofia, antropologia, sociologia, psicologia, comunicação social e outros, com a preocupação de humanizar a Revista.

Gostaria de reservar outra seção para que os juízes que foram autorizados a se afastar da jurisdição para cursos de mestrado e doutorado apresentem uma síntese de suas dissertações e teses. A ciência não pode ser monopólio nem privilégio de ninguém. Todo aquele que realmente tem conhecimento e que conhece o conhecimento sente necessidade de falar, de transmitir, de passar para os outros. São Paulo dizia *non possumus non loqui*: não podemos não falar. Quando se está convencido de um determinado conhecimento, sente-se necessidade de transmiti-lo. É imanente ao homem querer transmitir aos outros o conhecimento.

Revista: O senhor foi seminarista e licenciou-se em Filosofia. Como foi que resolveu seguir a carreira jurídica?

Luciano Amaral: Aconteceu em minha vida algo no mínimo curioso. Quando eu saí do seminário, não sabia o que gostaria de estudar. Apesar de ter estudado dos 11 aos 22

anos humanidades (clássico), três anos de Filosofia, dois anos de Teologia, eu não tinha uma profissão laica. E incomodava-me bastante o fato de que os ex-alunos de seminário sempre, em sua maioria, buscavam estudar Direito. Eu me propus: não estudar Direito, não ser advogado. Pensei em vários vestibulares de outras áreas, sem sucesso. Era final de ano, início de dezembro, e deparei-me com inscrições abertas apenas para o curso de Direito. Decidi fazer o vestibular apenas enquanto escolhia outra área. Não escolhi até hoje!

Revista: Que caminho o senhor seguiu para não cair na armadilha dos processos entulhados ao redor de seus funcionários?

Luciano Amaral: Sempre procurei trabalhar dentro da linha de apagar da minha cabeça aquela imagem de que a justiça era um local onde os processos ficavam empilhados. Talvez motivado por isso, desde o início, eu me preocupei com a organização física, administrativa e racional da Vara. Quando assumi a 2ª Vara do Distrito Federal, mandei retirar umas divisórias verdes que davam um ar de penumbra e deixavam pouca visibilidade no espaço físico. Deixei penetrar a claridade. A organização administrativa sempre foi uma preocupação na minha vida, pois entendo que é imperativo, é imprescindível para a missão de um juiz. Sempre me preocupei em descomplicar as rotinas cartorárias, em racionalizar as atividades cartorárias, em ensinar aos funcionários como deve ser a execução dos despachos, o modo de trabalhar, de guardar os processos, de não deixar tumultuar os processos.

Isso hoje ainda continua refletindo-se no meu gabinete de desembargador federal. Cheguei ao Tribunal há dez anos, e tento organizar meu gabinete até hoje.

A atividade jurisdicional ganha em qualidade e quantidade quando o juiz elege um método de trabalho mais afim ao seu perfil ou para atender às necessidades. Embora enorme o acervo de processos que tenho, ele é, hoje, um dos menores do Tribunal, em virtude dos critérios de trabalho que adotei. Explico-me: coloquei em dia – e assim mantenho – o julgamento dos processos de competência da Corte Especial (Judicial e Administrativa); da Quarta Seção; os embargos de declaração; os agravos regimentais (ou internos); os agravos de instrumento (apreciados dentro de 48 horas). A par disso, faz-se uma triagem inicial e classificação dos processos recém distribuídos. Daí, são imediatamente incluídos em pauta aqueles cuja matéria já examinei – para os quais tenho voto “matriz” – ou já é pacificada (ou sumulada) pelo STJ ou STF. Na medida das possibilidades, vou ampliando o leque das matérias já examinadas e, assim, aumentando o número de julgamentos pela Turma (7ª) de processos da minha relatoria.

Já tive a oportunidade de ser presidente da 1ª Turma e da 7ª Turma. Adotei medidas racionalizadoras da atividade burocrática, com simplificação de rotinas e eliminação de atividades superpostas ou que não tinham o menor sentido. Tudo com vista à maior agilização na tramitação do processo e à satisfação laboral do servidor. O exercício do Poder Judiciário não é uma profissão, atividade econômica. É exercício de uma vocação, na qual, sem idealismo, as coisas não funcionam.

Revista: Tendo advogado no Direito público, atuado como procurador e tomado posse como juiz, como o senhor avalia a Justiça brasileira?

Luciano Amaral: Tenho 23 anos de magistratura, completados neste ano. A Justiça Brasileira continua a mesma. A magistratura de hoje, porém, não é a mesma. A justiça brasileira é e sempre foi uma justiça séria e independente. Fatos negativos acontecem no seu seio – aconteceram e, por certo, continuarão a acontecer, porque somos humanos – mas sem o condão, creio eu, de denegrir, pelo menos por enquanto, a imagem do todo, porque são isolados e são fatos de exceção. A justiça brasileira, hoje, mais do que nunca, precisa de pessoas com elevado grau de cultura, com elevado grau de sensibilidade humana e social, elevado grau de responsabilidade e dedicação; numa palavra: de abnegação e idealismo. Recuso o conceito de um juiz como mero “servidor público” no sentido mais pejorativo do termo. A magistratura não pode ser recebida como um “cabide” de emprego ou ferramenta de realização de benesses ou de satisfação de interesses particulares. A magistratura precisa ser, com responsabilidade, alavanca de transformações sociais: é da sua natureza!

Revista: O senhor já deixou claro que o conhecimento filosófico ajuda a embasar as decisões dos magistrados. Mas, na prática, como a Filosofia pode promover um Direito pensado, que transcenda o Direito positivo, tanto do ponto de vista da interpretação quando da aplicabilidade das leis?

Luciano Amaral: Acredito que o conhecimento filosófico é, ainda hoje, imprescindível. Houve época em que nos cursos de Direito se estudava a Lógica. Lamentavelmente, sem o estudo da Lógica, do Latim, da Filosofia, hoje não se ensina a pensar, raciocinar, apenas decorar frases de efeito, ao que parece.

A Filosofia é uma ferramenta que amolda a inteligência, fornece os elementos indispensáveis para trabalhar a idéia, o conceito, porque o juiz trabalha o próprio conhecimento. E o Direito, sendo uma das manifestações desse conhecimento, não dispensa o raciocínio e a reflexão. A aplicação do Direito não pode resumir-se exclusivamente aos seus elementos técnicos. Com a Filosofia, o juiz tem o instrumental para traduzir sua convicção. O juiz é juiz em tempo integral em todos os momentos e circunstâncias da vida diária, vivenciando, em autenticidade, os princípios que aplica em suas decisões.

Revista: Entre os novos temas que o senhor sugeriu para a Revista está o do Direito Canônico. Qual o ponto de intersecção entre o Direito positivo brasileiro atual e o Direito canônico?

Luciano Amaral: A positivação do Direito, como hoje a temos, é inspirada em sua forma, no Direito Canônico.

Revista: Seus relatórios e votos têm em comum a concisão. O senhor acredita que o discurso jurídico, quando longo e rebuscado, dificulta a compreensão

por parte do cidadão? A linguagem jurídica deve ser mais acessível para que a Justiça cumpra seu papel social?

Luciano Amaral: Sem dúvida. A concisão não é inimiga da clareza. Aos que trabalham comigo, eu sempre recomendo usar um discurso direto, linguagem simples, sem erros de Português naturalmente, e com expressões que não se preocupem em revelar sapiência, mas que sejam simplesmente veículo da idéia, de tal forma que aquele que a recebe possa, sem muita dificuldade, entender o conteúdo ou o sentido da decisão. Tenho a preocupação, sim, de usar linguagem acessível, é imprescindível para que a Justiça cumpra o seu papel social. A decisão judicial não deve ser a expressão de um conhecimento vasto e profundo, mas a expressão, sim, de um conhecimento humano e da solução de um problema, de uma lide, de uma controvérsia, a solução do caso que se apresenta para o juiz. Isso tem de ser feito de forma que as partes entendam o que foi decidido, como foi decidido, por que foi decidido e para que foi decidido. Se elas não entendem o que o juiz falou, a justiça está falhando.

Revista: Muitos teóricos consideram o latim uma língua morta. Mas o senhor a considera importante, a ponto de defender o retorno da cadeira de latim aos cursos de Direito. Como justificar o uso de expressões latinas sem contradizer a campanha pela simplificação da linguagem jurídica?

Luciano Amaral: O latim é considerado língua morta assim como outras línguas, por exemplo o aramaico. No entanto, tive a oportunidade, há pouco tempo, de saber que, no Brasil, numa cidade do Paraná, há uma comunidade que fala aramaico. O latim é uma língua morta na medida em que não existem mais comunidades que o falem. No Vaticano, embora o latim seja a língua adotada nos documentos oficiais, não é a língua oficial.

Eu lamento que o estudo do latim tenha sido retirado do currículo brasileiro, sobretudo porque, sem conhecimento do latim, haverá maior dificuldade para se aprender o português, que não é uma língua fácil. Além disso, o latim gerou várias línguas: o francês, o italiano, o espanhol, o português, o romeno... Mais de 80% das palavras inglesas têm origem latina. O alemão é estruturado segundo o latim.

Tenho notado hoje em dia uma procura maior, um movimento de volta ao latim, como no geral, parece-me que a humanidade está num movimento de volta às origens. Em todos os segmentos do conhecimento ou da realidade social, há uma preocupação de volta, de resgate das origens. Se, de um lado, os seminaristas e, de um modo geral, os padres não mais sabem falar latim, de outro, os leigos estão voltando-se para o latim.

Há pouco tempo tomei conhecimento de que existe um jornal em latim. É um jornal eletrônico, semanal, editado na Finlândia, sobre notícias atuais do mundo, com transmissões radiofônicas também. O *site*, para quem quiser acessar, é <http://www.yleradio1.fi/nuntii/>.

Conta-se que, recentemente, quando o presidente da Finlândia foi o presidente da

Comunidade Européia, como a praxe era os documentos oficiais serem expedidos na língua do país do presidente., ele as expediu em finlandês. Houve uma grita geral. Ele resolveu o problema editando-os em latim. Ninguém podia reclamar. Quem sabe não será a língua oficial da comunidade européia, que já tem Constituição, mercado comum, moeda comum...

Há pouco tempo adquiri um dicionário, da editora Vaticana, de expressões modernas, recentes, da latinidade. Não me parece, por isso, que o latim tenha parado no tempo!

Revista: O senhor preside a 7ª Turma do TRF-1ª Região, cuja competência alcança o Direito Tributário. Como o senhor avalia o atual sistema tributário brasileiro?

Luciano Amaral: O sistema tributário brasileiro é terrível, quase um labirinto. Um amálgama de legislação, com pouca técnica, que se superposiciona, criando um caos terrível. Se, para o julgador, é um caos, imagine para o contribuinte. Às vezes eu tenho a impressão de estar analisando uma lide entre “gato e rato”. Tanto o sistema tributário faz das suas para pegar o contribuinte como o contribuinte usa dos mesmos artifícios para fugir da rede tributária, e vice-versa.

O sistema tributário brasileiro é cruel, assim por sua excessiva carga (diversidade de tributos e altas alíquotas/fatos geradores) como pelo mal uso (ou destinação) da arrecadação. Mais parece-me que o genoma da legislação tributária brasileira é determinado pelo “combate” ao atavismo da sonegação fiscal (desde os tempos de Colônia) como pelo deslumbre da abastança, evidenciado ou pela má aplicação dos recursos (pagamento de dívida externa; investimentos em outros países; empréstimos a fundo perdido; empréstimos a empresas estrangeiras para aquisição de empresas brasileiras; empréstimos ou socorro financeiro a bancos) ou pela deficiente fiscalização na sua aplicação ou, ainda, se atentarmos para os inúmeros escândalos nos últimos tempos, como espécie de “incentivo” à corrupção e apropriação do dinheiro público em detrimento das obras de infra-estrutura pública, dos serviços públicos, enfim, de um maior benefício dos próprios brasileiros.

Ao invés de se cobrar de quem deve muito (e são muitos!), aumenta-se a cobrança de tributos daqueles que já o pagam mediante desconto/retenção na fonte para, assim, cobrir-se o rombo. Pareceria ser mais barato para o Estado; mas os inúmeros recursos com alegações quase sempre vazias de conteúdo e em causas de pequeno valor, encarecem a Justiça e entulham os escaninhos cartorários.

Revista: Sobre a reforma do Poder Judiciário, o senhor tem alguma crítica a fazer?

Luciano Amaral: Sobre a atual organização do Poder Judiciário, tenho restrição a algumas inovações introduzidas pela recente reforma do Poder Judiciário, notadamente, no que diz respeito à extinção das férias coletivas. Na Justiça Federal de 1ª instância

nunca houve férias coletivas. Mas férias coletivas para o colegiado são muito importantes, como o são para os Tribunais Superiores, pois todos têm a mesma estrutura organizacional.

Tal como os Superiores, os Tribunais Regionais e de Justiça compõem-se de órgãos fracionários, como as turmas ou as câmaras, de órgão especial, que é composto por alguns membros; pelo Conselho de Administração, composto também por alguns membros. Como o Tribunal não paralisa suas atividades judicantes em férias coletivas, esses órgãos têm de continuar funcionando. Os desembargadores têm férias individuais e, normalmente, eles as tiram nos períodos tradicionais de janeiro ou julho; os funcionários também têm férias individuais e as tiram nos mesmos períodos. O que acontece? Aqueles que não tiraram férias ficam sobrecarregados, porque os órgãos colegiados têm de funcionar; há dificuldade para se obter *quorum* para funcionarem os órgãos fracionários, de que não podem participar os juízes convocados em substituição. Com uma composição flutuante, a jurisprudência fica “pra lá e pra cá”. As despesas financeiras dos tribunais que perderam as férias coletivas aumentaram consideravelmente! Os próprios advogados já se arrependem desta desditosa inovação que, em verdade, em nada melhorou o Judiciário.

A principal e mais importante reforma do Judiciário não é a que vem de fora para dentro, mas a de dentro para fora! Se dizem que a Justiça é lenta, ela não será lenta só porque os juízes não trabalham mais e melhor, mas porque invencível o acervo de processos a julgar. Não tenho como julgar quase 7.000 processos, ainda que eu trabalhe mais 10 horas por dia, sem feriados e fins de semana, cuidando ainda de outras atividades no Tribunal, sem ganhar, digo de passagem, um centavo a mais!

Revista: O senhor acredita que os atuais cursos de Direito, no Brasil, têm formado bons operadores do Direito?

Luciano Amaral: Até onde eu saiba, lamentavelmente não. Os cursos de Direito têm sido objeto de muitas críticas pelos mais diversos segmentos da sociedade. A própria OAB parece utilizar essa justificativa para aplicação do exame de ordem. Outro mau exemplo que a mídia tem trazido e explorado bastante é o mau exercício da profissão por graduados em Direito. Eu não gosto de falar da profissão de “juiz”, acho que é inadequado dizer que “a minha profissão é ser juiz”. Um juiz é juiz 24 horas por dia, não apenas no momento em que decide alguma questão, no momento em que participa de um julgamento. Assim eu penso. O juiz tem de ser juiz 24 horas por dia, ele tem de introjetar, vivenciar os princípios jurídicos que aplica. Os cursos de Direito, a meu ver, deveriam dar formação mais humanística, com embasamento filosófico, sociológico, antropológico e ético, sobretudo isso, porque hoje o grande vilão da história têm sido exatamente as faltas de comportamento adequado. Precisariam passar por uma reformulação, sem desprezar a parte científica, que é fundamental, para agregar os elementos de transformação do aluno num advogado, num membro do Ministério Público, num magistrado, enfim, num operador autêntico do Direito. O aluno do curso de Direito precisa aprender

a pensar, raciocinar com lógica, trabalhar idéias e conceitos, para poder ser criativo e inovador com os instrumentos legais a seu dispor.

Revista: As faltas de comportamento adequado, como o senhor disse, por parte de alguns juízes, mancharam definitivamente a reputação da magistratura?

Luciano Amaral: Para ser juiz, é necessário ter o perfil adequado, ter vocação.

É triste quando se percebe que a magistratura é conquistada com propósitos diversos daquele que lhe é próprio (ideal de servir). É assumida como forma de ganhar salário ou vencimentos mais altos, ou forma de obter *status*, resumindo a atividade a uma forma de obter autopromoção vaidosa, que em nada contribui para a prestação jurisdicional. O juiz, na minha maneira de ver, tem de ser uma pessoa dotada de grandes virtudes, sendo humano. Tem de se esforçar para exercitar a paciência, a humildade, a honestidade, a lealdade, a lealdade intelectual, a honestidade intelectual. É imprescindível que o magistrado seja uma pessoa coerente consigo, com seus princípios, que seja dotada de uma hierarquia de valores razoáveis e próprios do bom senso e, sobretudo, que seja um ser humano autêntico, que vivencia aquilo que aplica. Com tal arquitetura, o desenho do perfil do juiz não se deixa manchar ou atingir por eventuais comportamentos impróprios ou inadequados de um ou outro, pois é importante separar o joio do trigo.

Artigos Doutrinários

Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil¹

Judith Martins-Costa*

Toda a pretensão de apresentar a Ciência do Direito independentemente de quaisquer pressupostos filosóficos, ou os subentende inadvertidamente, ou se resolve num equívoco agnosticismo filosófico que já equivale a uma contraditória tomada de posição especulativa – Miguel Reale.

Introdução

Nenhum Código provém do nada, nenhum código opera no vazio, pois seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo – isto é, uma filosofia. O Código Civil brasileiro em larga medida concretiza, em bases normativas, a filosofia que Miguel Reale assentou com o seu culturalismo em várias obras e, notadamente, em “O Direito como

* Professora adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Livre-docente e doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

Experiência”, não sendo equivocado afirmar que as matrizes teóricas estão na concepção realista acerca dos modelos jurídicos e da concreção², no que chama de “normativismo concreto”³.

Para comprovar essa asserção marquem, inicialmente, a importância teórica dessa compreensão em nosso tempo – que tem sido definido como *o tempo da pluralização da subjetividade jurídica*, constituindo, portanto, *o tempo da concreção* – a fim de registrar o problema do *método de legislar* tal qual enfrentado pelo Código Civil com base no culturalismo de Miguel Reale.

Seja na filosofia, seja na sociologia, seja na teoria jurídica, várias análises se têm dedicado, recentemente, aos temas dos problemas que cercam a intersubjetividade e a pluralização da subjetividade jurídica. Esses problemas decorrem, como necessária consequência, da “transversalidade” que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil⁴, da fissura do mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista, aliada ao reconhecimento da concreta *diferença* entre as pessoas e à atitude de *aceitação* da diferença. Decorre, fundamentalmente, de uma *aceitação* que não é a tolerância para com o mero fato da diferença (o que estaria subjugado apenas à dimensão da facticidade), constituindo, quanto ao muito, numa *indiferença para com a diferença*, para com a dimensão plural da subjetividade jurídica. Trata-se, diversamente, de acolher a diferença *qualificadamente*: é, pois, *aceitação normativa*, que opera segundo escolhas axiológicas. Nessa *aceitação qualificada*, é reconhecido que a diferença pode resultar da diversidade dos papéis sociais desempenhados por um mesmo indivíduo⁵; admite-se que o diferente pode, às vezes, receber maior tutela, ou uma tutela específica que atenda a sua diferença concreta; e a ordem jurídica se mostra atenta às singularidades de cada qual, polarizada pela idéia de “livre desenvolvimento da personalidade” num espaço que é, ou deve ser, concomitantemente, o espaço tutelar do indivíduo enquanto tal e como membro da comunidade, o “espaço comum” no qual podemos nos reconhecer como pertencentes à humanidade.

Alia-se a essa *aceitação qualificada* das diferenças subjetivas a *concreção*, que é a apreensão compósita da realidade (sempre *processus* histórico-cultural): é apreensão compósita porque conjuga, normativamente, os elementos fáticos e as diretrizes ideais, tendo em vista, porém, não o plano da abstração teórica, mas o da realidade prática que o Direito visa ordenar. É, portanto, o olhar axiológico direcionado para o concreto, para o que singulariza certo comportamento ou certa personalidade em suas particulares circunstâncias existenciais.

O emprego dos termos “diferença”, “concreção”, “pluralização” poderia, equivocadamente, conduzir o nosso pensamento à Teoria Pós-Moderna, fundada nos termos epígonos de Derrida, Lyotard, Baudrillard e Foucault (“diferença”, “fragmentação”, “desconstrução”), ligando-o ao que seria o fenômeno da ultra-

passagem da modernidade⁶. A pós-modernidade, afirma Arnaud, se caracteriza por um “desejo de ultrapassagem do paradigma moderno”, por “uma vontade de pragmatismo e de relativismo”⁷, pelo afastamento, de modo especial, da categoria jurídica do *sujeito de direito*, numa radicalidade irracionalista que, para além de declarar a “decadência do Ocidente”, como fez Spengler, chega a decretar o fim da história e a “morte do homem”⁸. Não é, contudo, o que acontece com o novo Código Civil: não se pense que a aceitação da plural subjetividade jurídica, o “olhar para o concreto”, signifiquem estejam as categorias abstratas expurgadas do Ordenamento, e que o projeto da modernidade tenha sido encerrado. A modernidade é um projeto inacabado, como percebeu Habermas com inteira lucidez⁹. É preciso, antes de mais, conciliar os “Deuses Lares” com o “espírito do mundo”¹⁰, respondendo ao dilema proposto, admiravelmente, por Juan Gris: “*Sans l’abstrait, comment dominer le concret? Et sans le concret, avec quoi dominer l’abstrait*”¹¹? É preciso, em suma, numa atitude fundamentalmente moderna¹², aceitar o dilema e equacionar, *racionalmente*, o desafio: como normatizar, de modo abstrato e geral, as plurais relações intersubjetivas na *vida civil*? Como ordená-las segundo padrões de uma *substantiva racionalidade*, que leve em conta as concretas características das situações jurídicas intersubjetivas a serem ordenadas?

No que concerne às relações civis, equacionar esse desafio é a tarefa cometida a um Código dotado de uma *nova racionalidade*: não mais a “razão monológica” do Iluminismo, não mais a *ratio* totalitária e fechada que ignora as pulsões e os desejos do indivíduo dissolvido na massa e escamoteia as substanciais desigualdades postas na vida civil, mas *uma racionalidade aberta e substantiva*, capaz de submeter “à sua jurisdição o reino dos valores” e de avaliar “a maior ou menor racionalidade das normas”¹³. Registre-se: ainda, e mais do que nunca, uma racionalidade, e não a irracionalidade, a “vertigem”¹⁴ que são – conjuntamente com o relativismo – as águas nas quais navega o pós-modernismo¹⁵.

Operacionalizar as formas de manifestação dessa nova racionalidade é a missão que hoje incumbe a um Código Civil como modelo normativo apto a realizar o equilíbrio entre as formas de regulação abstrata e geral (tendo em conta o princípio da segurança jurídica) e as formas de regulação casuística e plural, para tanto possibilitando a consideração das circunstâncias do caso, das singularidades do livre desenvolvimento da personalidade bem como a efetiva desigualdade substancial das partes contratantes, tendo em conta o princípio da *justiça substancial*. É *justiça “substancial”* porque não tem como pressuposto uma noção abstrata de sujeito de direito, mas tem como base cultural a idéia do Direito como “experiência normada”¹⁶ e, como base axiológica “o indivíduo situado”, a pessoa humana considerada como “o valor-fonte de todos os valores”¹⁷, tese que Reale desenvolveu desde 1940 e à qual reputava “um papel fundamental” em seu pen-

samento, como fulcro do que denominara de “historicismo axiológico”¹⁸.

O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas com base na concreção, perpassa todo o Código Civil, seja através de sua linguagem (que alia modelos cerrados e modelos abertos¹⁹), seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com outros corpos normativos. Essa intertextualidade opera por meio de ligações *inter, intra e extra sistemáticas* com os valores do Ordenamento, notadamente aqueles expostos na tábua axiológica dos Direitos Fundamentais. Tal é a concepção subjacente ao que tenho chamado de “a Era da Recodificação”, em contraponto ao célebre título dado por Irti, nos anos 70, aos ensaios que detectavam a opção de política-jurídica, então ocorrente, da descodificação²⁰. É uma concepção radicalmente diversa da que orientou o Código de 1916, embasado no positivismo compreendido ao modo das Ciências Naturais.

Tentarei provar esse argumento com algumas considerações acerca da base culturalista das soluções do novo Código (I), oferecendo, após, alguns exemplos das formas de comunicação entre o Código e as demais instâncias culturais, o que, no meu modo de ver, é, caracteristicamente, uma opção culturalista (II).

I) A vocação prospectiva do novo Código: bases culturalistas.

Das contribuições brasileiras para a filosofia, é o culturalismo a mais relevante. Seu campo de atuação é privilegiadamente o do Direito, seja em razão de suas filiações históricas (nas quais avultam Tobias Barreto e a Escola do Recife), seja pela força do pensamento de Reale, agora consagrado legislativamente.

O que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como “paradigma central” nos domínios das ciências humanas. Não se trata, porém, de uma visão estratificada e estática da cultura: Reale aplica ao mundo da cultura o esquema da teoria tridimensional, segundo a qual toda experiência histórico-social é “uma *forma* resultante da correlação tensional entre *fatos e valores*”²¹, para, assim, alcançar os três direcionamentos fundamentais da sua pesquisa acerca da cultura, a saber: a) uma relativa aos *elementos factuais* que condicionam a ação humana²²; b) outra relativa aos *valores e fins* já adquiridos, ou intencionados a adquirir, dando origem a *valorizações que se objetivam em bens* historicamente constituídos; e, c) outra pertinente *às formas* que os bens culturais assumem, no curso da história²³. Esses três direcionamentos não são seccionáveis, pois Reale rejeita o “fragmentarismo reducionista que caracterizou toda a cultura individualista burguesa²⁴”, compreendendo a cultura como *totalidade e como processo*, o que não leva, porém, a eliminar a responsabilidade do homem na ação, mas a compreendê-la pela concreção, que é sempre, e necessariamente, contextual. Daí

a sua afirmação de que “nenhuma estrutura cultural é uma ilha”²⁵, estando no cerne da cultura a interdisciplinariedade, a processualidade, a dialeticidade e a integralidade, pois “a vida cultural não se ordena segundo ‘infra-estruturas’ e ‘superestruturas’, mas sim segundo ‘momentos’ de um processo²⁶”, polarizado pela dialética da complementaridade.

Em face dessa ordenação processual, integral, interdisciplinar e dinâmica da cultura, as objetivações culturais “não se verificam sempre da mesma forma”²⁷. Intuição e razão, ordem e desordem, desejo e vontade, acaso e necessidade, continuidades e discontinuidades, estão compostos na cultura. É preciso distinguir entre a experiência cultural pré-categorial e a experiência cultural intencionalmente ordenada ou predicativa, categorias que, por sua vez, também não são estanques²⁸, mas intercorrelacionadas. Daí que, embora na experiência cultural intencionalmente ordenada seja mais pronunciada e efetiva a contribuição racional²⁹, a cultura se apresenta como um verdadeiro *a priori* do conhecimento e da ação humanas. Dirá Reale:

Assim sendo, desde o mais elementar ato de percepção, o percebido já surge como algo objetivo e transpessoal, de tal modo que jamais lograríamos compreender o significado do homem desvinculado do complexo variegado daquilo que ele exterioriza, como projeção e dimensão imediata de sua consciência intencional. É a razão pela qual costumo afirmar que a cultura é o sistema aberto das “intencionalidades objetivadas”, de tal sorte que o homem só pode ser integralmente compreendido levando-se em conta o que ele é como *indivíduo* “a se” e o que ele é como *sócio*, isto é, enquanto partícipe consciente ou não do complexo de imagens, símbolos, fórmulas, leis, instituições, etc., ou seja, de todas as *formas* que, no decurso do tempo, vão assinalando a incessante incidência de valores sobre o já dado ou positivado na história³⁰.

A cultura é, em suma, o *a priori* – absolutamente não-estático – que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente. Portanto, para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, *mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa*³¹. Daí o *a priori* cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um *processo de realização de valores*³² que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural³³.

Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, “uma espécie de experiência cultural”, “uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem”, apresentando-se sempre como “síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objeti-

vados na história”³⁴. Daí que, para o culturalismo, o Direito só é compreensível como bem cultural, consistindo o momento normativo no momento da concreção de fatos e valores.

É bem verdade que esse “momento normativo” pode ter início na experiência da vida social; porém, essa experiência vai continuamente merecendo a atenção do legislador e dos órgãos jurisdicionais, sendo integrada pelas escolhas axiológicas dos órgãos que têm o poder de decidir: assim são recolhidas, e estruturadas em *modelos jurídicos*, as normas derivadas do “poder social”, expresso nos usos e costumes e na autonomia privada, bem como o poder estatal (poder de legislar e o poder de exercitar a jurisdição). Os usos, a autonomia negocial, a legislação e a jurisdição constituem as quatro fontes que expressam a objetivação dos modos de sentir, de pensar e querer, culturalmente conformados.

Porém, essa objetivação – que é o ato de tornar algo objetivo, distinto do sujeito criador³⁵ – não se esgota num só momento, ela é *processual e prospectiva*: através de variados modos de comportamento (o exercício da autonomia privada, no plano negocial; reiterados modos de ser e entender, consolidados nos usos e costumes; a repetição de julgados dos Tribunais e as decisões do legislador), desenvolve-se a experiência normativa do Direito, que é experiência ditada pela cultura, e “sob cuja luz devem ser aferidos os contratos, obedecidos os costumes, obedecidas as decisões judiciais e cumprida a lei³⁶”.

Mas esta “experiência normativa do Direito” – sendo cultural e axiológica (pois a cultura é processo de objetivação de valores) – não pode ser vista de modo formal, como quis o positivismo formalista: tem que *estar atada à experiência humana concreta*, à experiência de uma determinada sociedade, em determinado momento de sua história. Como dirá Novaes – ainda que sob diversa perspectiva filosófica – há sempre a relação da razão com a “carne do mundo” (expressão de Merleau-Ponty), o que está a significar que, na ordem da razão, devemos perceber que “o mundo sensível e o mundo histórico (são) sempre *intermundo*”³⁷. Em outras palavras, “o acesso ao mundo se dá não apenas através do ‘espírito interior’, por meio da reflexão, mas também através do espírito difundido nas relações históricas e no mundo humano³⁸”: como também observou Merleau-Ponty, “não há o homem interior”, na medida em que a relação do *cogito* “exige de nós experiência³⁹”. Uma experiência, porém, que não é apenas vivida, não é apenas fato - é uma *experiência significativa*.

O formalismo abstrato, no Direito, ignorando essa percepção, é uma “perversão”, diz Reale, decorrente da cisão entre as estruturas predicativas (experiência cultural intencionalmente ordenada) e a experiência cultural pré-categorial, que constitui o “húmus fecundante da vida comum espontânea”⁴⁰. Por isto o autor realiza a distinção e a correlação entre as fontes e os modelos no Direito.

Essa distinção/correlação é a que existe entre retrospectividade e prospectividade, entre estabilidade e processualidade, entre o que é ou foi, e o que vem a ser. As fontes são estáticas, derivando do poder de decidir atribuído à lei, à jurisdição, ao poder negocial e ao costume. A idéia de modelo, diversamente, está ligada à de “projeto”, de “planificação lógica” e de “representação lógica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições”⁴¹. Daí que os modelos jurídicos,

não são meras criações da mente, mas sim o resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes de direito, para atender aos característicos de *validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva* dessas mesmas normas⁴².

Em suma: a modelagem da experiência jurídica é feita pelo jurista “em contato direto com as relações sociais”⁴³. Contudo, diferentemente do sociólogo, que descreve e explica as relações sociais, o jurista opera mediante normas que não são causais ou motivacionais, mas “produzidas segundo o processo correspondente a cada tipo de fonte que espelha a solução exigida por cada campo de interesses ou valores”⁴⁴. Assim sendo, a atitude do jurista é racional e axiológica: as fontes e os modelos estão articulados, mas essa articulação não é de modo nenhum estática ou seccionada: trata-se de um processo complexo e racional de articulação entre as normas derivadas das várias fontes e modelos, o que pode produzir variadas combinações, tudo polarizado, porém, pelos valores constitucionais⁴⁵, ao qual acresce a contribuição – entre nós relevantíssima⁴⁶ – dos modelos hermenêuticos, ou doutrinários, seja na colmatação de lacunas, seja no efetivo desenho dado à modelagem prescritiva, ao “projeto normativo” a realizar. Assim sendo, um verdadeiro sistema aberto de retrospectividades e de prospectividades exprime, em diversas e convergentes dimensões, a coexistência, no Direito, da experiência cultural pré-categorial e da experiência cultural predicativa. Reale diz:

sempre me impressionou o fato de que o povo criador do Direito (Romanos) não foi um escravo da lei, como mandamento do Estado, mas antes um criador de fórmulas ordenadoras no bojo da sociedade civil mesma; na medida em que os fatos iam ditando, e a necessidade ia exigindo soluções normativas, eram os jurisconsultos que forneciam aos litigantes a formula *iuris* que o *praetor* convertia em *norma iuris* através de sua decisão⁴⁷.

Portanto Reale vê o Direito como *ordenação racional e processual da experiência humana*, segundo certas necessidades, ditadas pelas efetivas relações sociais, e de acordo com determinados valores⁴⁸, que se afirmam e confirmam no tempo cultural. Por isto, dirá:

aos olhos do jurista o Direito se põe prevalecentemente como norma, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica: mas as normas jurídicas não são o mero reflexo do fato, não são o

“retrato sintético do fato”: elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte de quem as positiva, à vista do fato e segundo critérios de valor⁴⁹.

Isto é, o “momento normativo” do Direito se vai permanentemente modificando, constituindo um processo que não se esgota num só momento, nem está com os olhos voltados ao passado, ao momento da posição da norma na fonte: ele é prospectivo, devendo estar aberto às transformações nos modos de sentir, de pensar, e querer pelos quais a pessoa humana, valor-fonte do Ordenamento, se afirma, concomitantemente, como indivíduo e como membro da comunidade.

A sua noção do Direito como *ordenação da experiência humana* segundo certos valores - ordenação que se faz de modo prospectivo, dinâmico, processual e integrativo - perpassa todo o novo Código Civil, e está traduzida na sua estrutura e na noção de sistema que contém.

Esse é, agora, o viés de meu exame, para tentar demonstrar como operam, em dimensão prospectiva, as ligações *intra*, *extra* e *intersistemáticas* que permitem a comunicação entre as normas do próprio Código, os fatos da vida social, e os valores do Ordenamento.

II) O Código como “razão comunicativa”, ou o “modelo da complementaridade intertextual”.

A razão está no centro da atitude *moderna*, palavra que, desde o século V (quando surge no léxico ocidental), possui a conotação de uma “descontinuidade proposital do novo diante do antigo”⁵⁰, para expressar a consciência de uma nova época⁵¹. E está no centro dessa atitude porque há, entre razão e crise, estreito parentesco etimológico⁵², e porque em nossa época, como em qualquer outra, só a razão é crítica, porque “seu meio vital é a negação de toda a facticidade”⁵³: o irracionalismo, seu oposto, é sempre conformista, “pois seu modo de funcionar exclui o trabalho do conceito, sem o qual não há como dissolver o existente”⁵⁴.

A razão tem sido rejeitada quando tomada como uma sinédoque: à palavra “razão” parece ter sido colada a etiqueta da razão cartesiana, ou da razão formal, submetida exclusivamente à jurisdição da lógica formal, ou da razão instrumental, ocupada com os meios, e não com os fins. Espírito fundante da modernidade iluminista, Descartes acoplou a idéia de razão à de unidade, pretendendo revesti-la de um estatuto autônomo: “Da mesma forma que o Sol é o único sol que ilumina todas as coisas, a razão também é única”, dirá Husserl, citando Descartes em sua famosa “Conferência de Viena”⁵⁵, do que decorrerá, como consequência, o totalitarismo da razão única, monológica, já que a ideologia totalitá-

ria se reduz à “lógica de uma idéia” que convence mediante o encadeamento de deduções a partir de uma premissa falsa ou mentirosa⁵⁶. Porém, não devemos seguir a perigosa trilha da sinédoque, tomando a parte pelo todo: agora já não mais se trata de uma subserviência à razão iluminista, totalitária e excludente, nem da razão instrumental, “cuja competência se esgota no ajustamento de meios a fins”⁵⁷, nem mesmo de uma razão limitada ao ajustamento às categorias da lógica formal, que se ocupa da forma, mas não da substância⁵⁸. A nossa modernidade requer uma *razão sensível, substantiva, processual e comunicativa*. Esclareçamos essas expressões:

A *razão sensível* é a que ultrapassa a tradicional cisão entre o sujeito e o objeto, percebendo o *intermundo* de Merleau-Ponty⁵⁹. É o que, em outras palavras, apontara Reale, ao situar a relação entre objeto do conhecimento e o sujeito cognoscente na “*circunstancialidade em que o conhecimento se processa*”⁶⁰, isto é, na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos. A *razão substantiva* é aquela capaz de pensar fins e valores⁶¹, a que considera o homem como um projeto - sujeito a condicionalismos, por certo, mas voltado à concreção de virtudes. E, por fim, a *razão processual e comunicativa* é a que não se fecha sobre si, não é axiomática, mas está aberta ao devir e à interação das instâncias culturais.

Por isto é que, em contraposição ao irracionalismo que domina a Teoria Pós-Moderna, proponho – recepcionando a expressão de Habermas, que alude à *razão comunicativa*⁶² - compreender-se, contemporaneamente, a categoria da razão como denotativa de uma racionalidade atenta aos condicionamentos materiais e psíquicos da ação humana, aos entrelaçamentos entre saber e poder, postos a nu por Max, Freud, Adorno e Foucault⁶³, e, portanto, de uma racionalidade elástica, não-axiomática, e, bem assim, flexível, que conduza a um método jurídico dotado das mesmas virtudes⁶⁴. Daí a idéia de uma “racionalidade comunicativa”. E daí porque os instrumentos que a expressam, juridicamente, devem estar abertos à intertextualidade, permitindo a construção de mecanismos de freios e contrapesos a esses condicionalismos.

Essas conotações dadas à razão, em nossa modernidade, parecem-me adequadas para visualizar, do ponto de vista metodológico, o novo Código Civil, evidenciando o que nele deriva do culturalismo de Reale. A idéia de a experiência jurídica se ir continuamente formando e completando, em acordo aos dados culturais prevaletentes – dados da comunicabilidade humana – está expressa na estrutura, na metodologia e na linguagem do novo Código Civil. Esta é diversa da empregada no Código de Bevilacqua que encerrava, ainda, (perfazendo o modelo da Codificação oitocentista), a “razão totalitária” ou monológica, fundada na pretensão de completude lógica e legislativa que acabou realizando o *modelo da incomunicabilidade*.

O novo Código, pelo contrário, atento à processualidade da experiência, instaura a “razão comunicativa” ao *situar a permanente, mas coordenada, intertextualidade* entre o seu *corpus* e outras fontes, jurídicas e extra-jurídicas, produtoras de normatividade social, conformando, pois, o *modelo da complementaridade intertextual*.

Essa comunicação intertextual está fundada em bem determinados princípios – o da socialidade, da eticidade e da operabilidade –, e é possibilitada pela conexão entre a *estrutura* (fundada numa Parte Geral que inicia com a invocação não-taxativa dos Direitos da Pessoa, seguida de uma Parte Especial constituída por cinco Livros, todos eles correlacionados à Parte Geral) e uma *linguagem aberta*⁶⁵.

A abertura semântica é garantida pela existência de cláusulas gerais estrategicamente colocadas, permitindo a apreensão de três ordens de conexão sistemática, a saber: a) conexões intra-sistemáticas; b) conexões intersistemáticas; c) conexões extra-sistemáticas.

Tradicionalmente o Código – o Código oitocentista, portador da “razão totalitária”, excludente de quaisquer fórmulas de comunicação entre o jurídico e as demais instâncias sociais – comportava tão somente conexões intra-sistemáticas. Isto significa dizer que as suas normas, quando não-vistas como mônadas leibnizianas, interagem quase que exclusivamente entre si. A comunicação com as demais normas do Ordenamento operava exclusivamente ao modo formal, segundo os cânones da lei no tempo, da lei no espaço, e da hierarquia das fontes legislativas.

A concepção realeana dos modelos jurídicos provoca uma substancial modificação nesse rígido esquema formal. Não apenas as normas se estruturam como modelos, estando abertas para o futuro, como os modelos interagem entre si, numa complexidade *ordenada e sinalizada* pelo valor a tornar concreto na situação a ser resolvida. Tomo como exemplo a modelagem da responsabilidade civil.

O modelo anterior, do Código de 1916, concentrava no art. 159 os pressupostos e a consequência da responsabilidade subjetiva (dever de indenizar). Nos arts. 1.518 a 1.532 estava a definição de algumas espécies.

Agora, na Parte Geral, dão-se apenas as condições da ilicitude – um dos pressupostos da responsabilidade civil (arts. 186 e 187) – cujo conteúdo material é *renovado*: a ilicitude não é apenas “ilegalidade”, não está atada exclusivamente à consequência indenizatória, pressupõe uma idéia de direito subjetivo como *integração de liberdades coexistentes*, como algo que já nasce “conformado” no jogo de ponderações entre os diferentes princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do ordenamento. Assim, deve ser concretizada a noção de ilicitude a partir de conceitos semanticamente abertos, como “conduta contrária

a boa-fé”, ou “ato desviado do fim econômico-social do negócio”⁶⁶, desta forma se alargando extraordinariamente o campo semântico da ilicitude à vista de determinados valores objeto da tutela do ordenamento jurídico para coibir-se o uso inadmissível de posições jurídicas.

Como se percebe, a diferença do modelo anterior (que conotava automaticamente a ilicitude civil ao dano e ao dever de indenizar) é imensa. Se na Parte Geral estão as condições da ilicitude (arts. 186 e 187), a obrigação de indenizar ganhou autonomia (arts. 927 a 943), demonstrando que, embora seja a mais corriqueira e relevante consequência da ilicitude civil, não é, contudo, o seu único efeito. Separadamente, tratou-se da indenização (arts. 944 a 954).

Marquemos o significado da autonomização da obrigação de indenizar, que encontra paralelo no Código Civil português. Como assinala Almeida Costa, em referência ao Código Português, “trata-se de uma importante novidade de ordem sistemática”⁶⁷, pois se reúne, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pré-negocial, pós-negocial, subjetiva, objetiva). Essa disciplina unitária abarca universo extenso, recortando-se, no Título IV, a responsabilidade que deriva do inadimplemento de obrigação, a qual, todavia, não está afastada, seja ontologicamente, seja na principiologia e em numerosas regras concernentes ao regime jurídico do universo geral da responsabilidade por danos.

A esta estrutura inovadora combina-se um novo conteúdo material. Para além do alargado campo da ilicitude, antes apontado, foram incorporados, à responsabilidade civil, vários princípios dotados de elevada carga axiológica: exemplificativamente, o *princípio da equidade*, estabelecido no parágrafo único do art. 928, em caso de dano causado por incapaz; o *princípio da proporcionalidade*, contido no parágrafo único do art. 944; o princípio da *gravidade da culpa concorrente da vítima*, posto no art. 945, e ainda as regras especiais a certos tipos de dano dos arts. 948 a 954, além da importantíssima cláusula geral de *responsabilidade objetiva pelo risco*, a teor do parágrafo único do art. 927, assentada na noção de *estrutura social*.

É justamente aí, no parágrafo único do art. 927, que está mais fortemente marcada a concepção culturalista. O novo Código institui espécie de *cláusula geral de responsabilidade objetiva* ao determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Em outras palavras, é a noção metajurídica de “atividade normalmente exer-

cida pelo autor do dano, que implique risco”, a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, o que permite a construção progressiva de várias espécies de responsabilidade por danos, conformando uma visão prospectiva da experiência jurídica, da norma como “experiência normada”.

Em suma, a estrutura dada à responsabilidade civil enseja traçar conexões intra-sistemáticas (sendo preciso, para definir o regime aplicável, conectar várias normas do Código); intersistemáticas (reenviando para outros estatutos normativos, como a Constituição, em tema de danos à pessoa, ou ao Código de Processo Civil); e extra-sistemáticas (atirando para fora do sistema jurídico, avaliando, por exemplo, a proporcionalidade entre a conduta culposa e o efetivo dano, segundo dados estatísticos). Do desenho traçado por essas conexões é que, conforme a situação de fato e do valor incidente, modelar-se-á a normativa incidente, e se estabelecerá a medida do dever de indenizar.

Aliás, o Código é pródigo ao estabelecer conexões extra-sistemáticas, enviando o intérprete para fora do sistema jurídico na medida em que deve buscar dados nos demais sub-sistemas sociais (Sociologia, Engenharia, Economia, Medicina, Estatística, Biologia, Informática, etc.) para completar a estatuição das normas “parcialmente em branco” que contém, conferindo, assim, amplo espaço de concreta normatividade aos *usos* e direcionando a autonomia privada à função social e a outros ditames éticos, como a boa-fé (v.g, arts 113, 128, 187, 421, 422).

Por fim a nova lei requer, permanentemente, a conexão com elementos intersistemáticos, o que marca a sua intertextualidade. Tomo como exemplo o art. 21, segundo o qual “*a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma*”: isto está a significar que o juiz tem o dever de determinar a providência que, à vista das circunstâncias, entenda mais adequada à *otimização do conteúdo* da norma protetiva, podendo essa providência consistir na adoção de medida cautelar, antecipatória da tutela definitiva, a imposição de *astreintes*, de obrigação de não-fazer, de perdas e danos ou outras medidas contidas no Código de Processo Civil.

Daí sairá desenhado o modelo concreto – a perfazer-se *naquele caso* – da ligação intersistemática entre o Código Civil e a garantia constitucional fundamental à vida privada e à intimidade, e também com as normas processuais, que são um importantíssimo meio de dar efetividade aos direitos fundamentais, possibilitando abarcar casos de ferimento à vida privada que são hoje, porventura, tecnicamente inimagináveis.

Observa-se, portanto, que o Código já não sintetiza todo o Direito Civil – e nem pretende fazê-lo. Ele requer uma permanente complementação com as demais normas do sistema, em especial com os Direitos Fundamentais, que espelham a tábua de valores essenciais do sistema, a partir do assentamento de um valor de base, estruturante e fundante de todos os demais: o da *dignidade da pessoa humana*, o “valor fonte” de todos os valores. Daí a idéia de “construção permanente”, que é tipicamente culturalista: não uma construção conceitual ao modo pandectista, mas uma construção atada à experiência social concreta, à “ética da situação⁶⁸”.

Conclusão:

Na nossa época de relativismo cultural e de louvação do irracionalismo, um Código culturalista tem a virtude de instaurar um *novo padrão de racionalidade no Direito Privado*.

Autores como Habermas⁶⁹, Finkelkraut⁷⁰, Sebrel⁷¹ e Rouanet⁷² têm um ponto em comum: opõem à vertigem irracionalista, ao relativismo cultural (que é, *et pour cause*, relativismo axiológico) e à postura anti-histórica (porque marcadamente historicista), a *racionalidade* como única via para o exercício da crítica, para a não-submissão à facticidade, para o não-conformismo, para a abertura de uma ordem que é taxionomia, ordem humana, humanamente arranjada.

Concordando com esses autores, penso que o novo Código tem a missão, fundamental, de assegurar a racionalidade no Direito. Mas penso, igualmente, que essa é uma racionalidade que não é mais aquela da razão iluminista ou monológica, que marcou a Codificação oitocentista.

Uma racionalidade comunicativa – como a que o novo Código pode assegurar – não interdita a possibilidade de controvérsias, motivo pelo qual o raciocínio tópico não lhe é adverso: os princípios, insertos nas cláusulas gerais do Código, funcionam como *loci*, como *pontos de partida* para a formação do raciocínio, como “lugares-comuns” para o andar em torno ao problema, na busca de sua solução⁷³. Essa racionalidade não se quer matematicamente lógica, nem burocraticamente instrumental: ao contrário, tem “jurisdição sobre o mundo dos valores e dos fins”⁷⁴, porque, como explica Rouanet, o universo das normas está sujeito aos mesmos critérios de racionalidade processual que o universo dos fatos e “nos dois casos, só a argumentação racional pode decidir da validade de uma afirmação que se pretende verdadeira, ou de uma norma que se pretenda justa⁷⁵”.

Por que um Código aberto, polarizado por valores, é apto para instrumentalizar esta razão? Em outras palavras, em que medida essa metodologia e uma nova linguagem, fundada em princípios e cláusulas gerais, assegura ao Código Civil

uma “racionalidade comunicativa” fundada numa ética de princípios?

Penso que assim ocorre porque o Código configura um sistema aberto e móvel, sendo dotado das válvulas de abertura axiologicamente orientadas. As suas cláusulas gerais, conectadas à sua estrutura, permitem a imediata captação dos valores, notadamente aqueles expressos na tábua axiológica dos direitos fundamentais, e a sua difusão no interior do seu próprio *corpus*, desta feita por meio das ligações intra-sistemáticas. Daí que o Código enseja ao intérprete/aplicador do Direito o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral. Em consequência, as cláusulas gerais situam o Código no plano da concretude e auxiliam a concretizar os Direitos Fundamentais na dimensão da experiência jurídica, dinamicamente considerada como dimensão da cultura.

É dimensão da concretude porque, viabilizando a “*ética da situação*” – o indivíduo situado, e não o ser abstrato⁷⁶ – permite, pela concreção judicial dos modelos abertos, a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem modificar a sua letra. Assim podem ser minimizados os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do “direito vivente”, da experiência jurídica concreta. Em contrapartida, ganhando em potencialidade técnica para a concreção pode o Código Civil cumprir com a sua responsabilidade ética e política de garantir a *unidade mínima* – conceitual e valorativa – que possibilita a sistematização do Direito, evitando recair numa espécie de neo-exegetismo das leis especiais⁷⁷, cada uma sendo entendida como um átomo, mil átomos apontando a direções diversas. Nessa perspectiva, pode o Código desenvolver, em complementação à Constituição, a função de garantia e proteção da vida civil⁷⁸, atuando como “o fio da razão ordenadora⁷⁹” em torno da qual se desenvolvem as relações privadas.

O Código Civil já não tem, agora, o caráter constitucional que tinha na experiência oitocentista, mas retorna ao centro do sistema para cumprir a função de garantia e assumir a responsabilidade de unificar (melhor diríamos: de harmonizar) o caos irracional dos microssistemas⁸⁰, promovendo a comunicação, racionalmente ordenada, entre os Direitos Fundamentais e as instâncias normativas infra-constitucionais. Na crise instaurada pela globalização – que é imposição política da (des)razão do mercado – o Código se apresenta, enfim, como continuidade da *vida civil*, continuidade axiológica, porém, continuidade não-linear, porque os valores que encerra - da socialidade, eticidade e operabilidade - estão em permanente referência histórica .

Notas

¹ Este texto é consequência de palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Filosofia, realizado em – João Pessoa, em agosto de 2002, organizado pelo Professor Miguel Reale a cuja memória, uma vez mais, rendo a minha mais comovida homenagem. Essa versão é, com pequenas revisões de linguagem, a que está publicada em *in Boletim da Faculdade de Direito, da Faculdade de Coimbra*, v. 78, p. 126, Coimbra – Portugal, 2002. Há também versão em língua espanhola (Culturalismo y Experiência en el Nuevo Código Civil) na obra: *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Org. Alterini, Atilio e Nicolau, Noemi. Buenos Aires, La Ley, 2005, p.125/144. Agradeço a leitura e o sempre profícuo diálogo com Cláudio Michelin Jr.

² Acerca do tema escrevemos, juntamente com Gerson Branco, em *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002.

³ A saber, aquele em que a norma jurídica não é concebida como simples estrutura lógico-formal, antes consistindo num “modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente, prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta”. (Reale, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 191).

⁴ A expressão é de Irti, Natalino. *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 16. Assim indica o autor a “síntese de unidade e de multiplicidade” que concretiza a expressão “Estado pluralista”, a cisão entre o ‘cidadão’ e o ‘homem’, a extraordinária variedade dos grupos sociais, de modo que a ‘transversalidade’ decompõe antigas e rígidas antíteses, reconstruindo uma nova fisionomia da sociedade civil.

⁵ A multiplicidade e a concomitância dos diferentes papéis sociais está ligada, em larga medida, à planificação, típica da racionalidade produtiva que caracteriza a nossa sociedade. Os confins do local do trabalho invadem o lar, espaço privado por excelência; os meios de comunicação de massa modificam os hábitos domésticos; a racionalidade produtiva transforma trabalhadores em consumidores, massifica e automatiza e despersonaliza os negócios de troca (vide Irti, Natalino. *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 18 e 19). A multiplicidade dos papéis sociais, a sua confusa concomitância, acaba por deslocar e confundir a essencial compreensão individual do “papel no mundo” que cada um de nós desempenha.

⁶ Entre os representantes das várias acepções dessa Teoria, veja-se, exemplificativamente, Santos, Boaventura: *La transición postmoderna: derecho y política*, in *Doxa- Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 6, 1989, p. 223-263; Ballestros, Jesús, *Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa* (respuesta a Javier de Lucas), in *Doxa- Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 6, 1989, p. 301-306; Arnaud, André-Jean, *De la globalisation au postmodernisme en droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 147 a 178 e Ghersi, Carlos Alberto. *Metodologías de la Investigación en Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Gowa, 2001.

⁷ Arnaud, André-Jean. *De la globalisation au postmodernisme en droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 152.

⁸ As referências são às teses de Fukuyama e de Foucault, confirmadas por Arnaud, que é explícito: “Passada a moda da filosofia “moderna”, fala-se do surgimento do pós-modernismo, e, com ele, de “desconstrução”, de “morte do homem” (Arnaud, André-Jean. *De la globalisation au postmodernisme en droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 147 e 148, traduzimos).

⁹ Habermas, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa, Dom Quixote, 1998, Prefácio.

¹⁰ A metáfora é de Sebreli, Juan José. *El Asedio a la Modernidad- crítica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991, ao referir-se à “Filosofia do Direito”, de Hegel, segundo o qual, “o espírito dos povos, as nações, os deuses-lares, estavam limitados por sua particularidade e deviam submeter-se

ao juízo universal, ao espírito do mundo, à história universal erigida em um tribunal supremo”(p. 25)

¹¹ Gris, Juan, citado por Habib, Claude, na Introduction à tradução francesa da obra de Arendt, Hannah, *Penser l'événement*, Paris, Bélin, 1989, p. 15, em tradução livre: “Sem o abstrato, como dominar o concreto?/ E sem o concreto, com o que dominar o abstrato?”.

¹² Porque a filosofia moderna ensinou, fundamentalmente, que temos que pensar por nós mesmos, o que está na base do *sapere aude* kantiano e de toda a possibilidade de uma atitude crítica, que é sempre uma atitude ditada pela razão. Refiro-me, naturalmente, à “razão dos modernos”, que inaugura uma linha : a da ‘razão iluminista’, hoje *insuficiente* (como adiante tentarei explicar), mas não passível de substituição pela sua antítese, o irracionalismo.

¹³ Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

¹⁴ A expressão é de Arnaud, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme em droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 149.

¹⁵ Afirma Anthony Carty, citado por Arnaud: “ A Lei, com um L maiúsculo, a Razão, com um R maiúsculo, o Homem, com um H maiúsculo, formam uma *Trindade defunta*” (Arnaud, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme em droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 149, traduzimos e grifamos) . Acerca do irracionalismo como marca cultural do pós-modernismo, veja-se, ainda, Sebrelli, Juan José, *El Asedio a la Modernidad- crítica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991, p. 25 a 42, traçando a genealogia entre os pré-românticos alemães (notadamente Herder), que contrapunham o local ao universal, e o irracionalismo filosófico (Spengler, Feyraband), e político que veio, a final, percorrendo os caminhos da filosofia cíclica e catastrófica da história, desembocar no nazismo. Veja-se, ainda, a lúcida análise de Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

¹⁶ Reale, Miguel, “De Dignitate Jurisprudientiae”, in *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 275, chegando mesmo a afirmar não ser adequado, a rigor, sequer falar em “norma e situação normada” porque “a norma é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o *valor* e o *fato* em uma síntese dinâmica” (idem, *ibidem*).

¹⁷ Reale, Miguel, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 305.

¹⁸ Reale, Miguel, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 305, nota 26a.

¹⁹ Examinei o Código sob essa perspectiva in O Direito Civil como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, em *Revista dos Tribunais*, v. 753, São Paulo, jul. 1998.

²⁰ Irti, Natalino, *L’età della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 3ª ed., 1989.

²¹ Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 20, grifos do autor.

²² Dirá, em *Fundamentos do Direito*: “ o jurista move-se com certa liberdade na esfera do *construído*, mas não pode deixar de se subordinar ao *dado*”. O “*dado*”, porém, “pode ser natural, histórico, racional ou ideal”. (Reale, Miguel, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 297).

²³ Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 20.

- ²⁴ Reale, Miguel, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 291.
- ²⁵ Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 21.
- ²⁶ Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 22.
- ²⁷ Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 22.
- ²⁸ Pelo contrário, afirma, “ambas coexistem permanentemente, influenciando-se de maneira recíproca” (Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 23).
- ²⁹ Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p.23.
- ³⁰ Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 25, grifos do autor e nossos.
- ³¹ Entre outras obras de Reale que tratam do “a priori cultural” veja-se *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- ³² Reale, Miguel, *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 6.
- ³³ Assim o nosso “Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história”, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*, Martins-Costa, Judith e Branco, Gerson, São Paulo, Saraiva, 2002.
- ³⁴ Reale, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p.p. 111 e 112.
- ³⁵ Reale, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXI
- ³⁶ Reale, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXII.
- ³⁷ Novaes, Adauto, em *A lógica Atormentada*, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.
- ³⁸ Novaes, Adauto, em *A lógica Atormentada*, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p.p. 16e 17.
- ³⁹ Novaes, Adauto, em *A lógica Atormentada*, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 17. A referência é ao prefácio, de Merleau-Ponty, à *Fenomenologia da percepção*.
- ⁴⁰ As expressões entre aspas estão em Reale, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 23.
- ⁴¹ Reale, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 40.
- ⁴² Reale, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 40.
- ⁴³ Reale, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41.
- ⁴⁴ Reale, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41.
- ⁴⁵ Esclarece Reale: “se o ordenamento jurídico não tem a graduação lógica atribuída à Kelsen ao sistema do Direito nacional e internacional, reconhece-se, geralmente, que, em virtude de sua subsunção à mesma ordem constitucional, ele se constitui, tudo somado, como unidade coerente e complementar, cujas lacunas e contradições é mister superar” (Reale, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41). A unidade é, porém, *in fieri*, e resulta da complementaridade dos modelos jurídicos que se põem, processualmente, de modo “aberto” no

ordenamento (idem, ibidem).

⁴⁶ Procurei acentuar o peso da modelagem doutrinária entre nós (o que é uma característica verdadeiramente nacional) em ‘A Boa-Fé como Modelo’, em Martins-Costa, Judith, e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. p.191-193.

⁴⁷ Reale, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXIII.

⁴⁸ Já na sua obra de 1940 (*Fundamentos do Direito*), Reale propõe uma crítica ao positivismo – uma crítica que o ultrapasse, não se limitando à mera negação e enfrenta o problema específico da experiência jurídica, questionando: *Como é, em suma, que o jurista parte dos fatos, que “são”, para atingir a esfera daquilo que “deve ser”?* Ora, como já havia dito Kant, não podemos encontrar, na simples verificação daquilo que é, a indicação do que deva ser, sendo essa uma verdade que não se pode contestar.”Propõe, em conseqüência, uma teoria do conhecimento que esteja atenta a todos os aspectos da realidade, já que *‘toda a compreensão parcial da experiência determina uma compreensão parcial do real*. Esta Teoria do Conhecimento desemboca na noção de *experiência*, que é um conceito complexo, *não-reduzível ao factual*, ao dado sensível, mas como um conceito que, atendendo à dialeticidade e a historicidade do conhecimento, *não desconhece o fator preponderante do valor no processo cognoscitivo* (estabelecendo a ligação entre fato/valor/norma e a experiência).

⁴⁹ Reale, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 201.

⁵⁰ Habermas, Jürgen, *Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições*, em *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p. 168.

⁵¹ Habermas, Jürgen, *Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições*, em *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p. 168

⁵² Como explica Bornheim, a origem grega da palavra crise e de seus derivados (crítica, crítico, critério) está ligada ao verbo *κρίνω*, que apresenta os seguintes significados: 1) escolher, separar, distinguir, discernir o verdadeiro do falso; 2) julgar, pronunciar um julgamento; 3) decidir, pronunciar. Na voz média, significa escolher, decidir, julgar, explicar, disputar. (BORHEIM, Gerd. *Crise da idéia de crise*, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 49). Já o termo razão, o latino “ratio”, “logos”, em grego, também quer dizer “julgar”, “faculdade de pensar” – “pensar” que é “pesar”, decidir, como acentua Novaes, Adauto, em *A lógica Atormentada*, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 11.

⁵³ Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7^a reimpressão, 2000, p. 12.

⁵⁴ Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7^a reimpressão, 2000, p. 12.

⁵⁵ A referência está em Novaes, Adauto. *A lógica atormentada*, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 13.

⁵⁶ A proposição, que é de Hannah Arendt, foi retomada por Lefort, Claude. *O imaginário da crise*, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 29.

⁵⁷ Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7^a reimpressão, 2000, p. 12.

⁵⁸ Acerca das insuficiências da razão, entendida como categoria exclusivamente lógico-formal ,para o trabalho do jurista, veja-se Haba, Enrique. *Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible?*

Em *Doxa*, vols. 7 e 8, p.169-247 e 241-269, Alicante, 1990.

⁵⁹ Citado por Novaes, Adauto. A lógica atormentada, em *A Crise da Razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.

⁶⁰ Entre outras obras de Reale que tratam do “a priori cultural” veja-se *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.

⁶¹ Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

⁶² Habermas propõe, na verdade, a categoria da “ação comunicativa” e de uma “racionalidade comunicativa” (vide *Teoría de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social*, tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madri, Taurus, 2ª ed., 2001, p. 70 a 136), expressões que, no contexto de sua obra, conotam a idéia de ser a razão validada *consoante o contexto*, e na medida em que aceita num *processo argumentativo*, levado a cabo sem deformações externas ou internas. Em síntese muito apertada, Habermas propõe operar a razão num meio lingüístico que se reflete, como tal, nas relações entre o homem e o mundo. A ação humana, concomitantemente situada no mundo objetivo e no mundo subjetivo, é uma ação reflexiva, situando-se, então, a problemática da racionalidade, como um “mecanismo de coordenação da ação humana”. Utilizo a expressão “razão comunicativa” em outro contexto filosófico porque é diverso, na comparação entre Habermas e Reale, o papel e a compreensão da cultura, embora a expressão, por si só, pareça-me de grande expressividade para situar a idéia do Código como uma ordenação jurídica flexível e racional, processual e interdisciplinar, “comunicativa”, nessas acepções, com as demais instâncias culturais.

⁶³ Veja-se a análise de Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12 e ss.

⁶⁴ Não se confunda, porém, “racionalidade” e ‘método”, embora, por vezes, os dois termos apareçam equívocos, como adverte Haba, Enrique. *Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible?* Em *Doxa*, v. 7, p. 171 e 172.

⁶⁵ Para o exame da estrutura e da linguagem do novo Código, permitimo-nos remeter ao texto “O Novo Código Civil – em busca da ‘ética da situação”, em Martins-Costa, Judith, e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 95-130.

⁶⁶ O art. 187 contempla casos em que a ilicitude que não provém do resultado de uma violação a direitos alheios, mas de *meios* empregados, quando o ato afrontar princípios de imensa densidade axiológica, como a boa-fé; assim, exemplificativamente, o ato que fraudar legítimas expectativas alheias.

⁶⁷ Almeida Costa, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 692.

⁶⁸ Assim o nosso “O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca Da “Ética Da Situação”, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*, Martins-Costa, Judith e Branco, Gerson, São Paulo, Saraiva, 2002.

⁶⁹ Veja-se, em especial, Habermas, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social*, tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2ª ed., 2001; *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001; e

⁷⁰ Finkielkraut, Alain, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

⁷¹ Sebreli, Juan José. *El Asedio a la Modernidad- crítica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991.

⁷² Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

⁷³ Tentei demonstrar essa possibilidade ao examinar o raciocínio que tem sido empregado em relação ao

princípio da boa-fé objetiva em *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 364-377.

⁷⁴Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 15.

⁷⁵Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 15.

⁷⁶Reale, Miguel, *O Código Civil e seus Problemas Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986.

⁷⁷Alerta Irti que o fenômeno da descodificação e a emergência de leis especiais, que se movem sob o impulso das contingências econômicas ou das emergências políticas, “estranhas a qualquer escrúpulo técnico ou preparação doutrinária, “*si esauriscono nella lettura esegetica*”, conduzindo a métodos de neo-exegese. (em *Código Civile e Società Política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. p. 48).

⁷⁸Irti, Natalino, em *Código Civile e Società Política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. p. 14.

⁷⁹A expressão é de Irti, Natalino, em *Código Civile e Società Política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. p. 70.

⁸⁰Assim observa Irti, Natalino, em *Código Civile e Società Política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. p. 15.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ARENDT, Hannah. *Penser l'événement*, Paris, Bélin, 1989.

ARNAUD, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme en droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998.

BALLESTROS, Jesús. Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa (respuesta a Javier de Lucas), in *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 6, 1989, p. 301/306.

BORHEIM, Gerd. Crise da idéia de crise, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 47/66.

FINKIELKRAUT, Alain. *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

GHERSI, Carlos Alberto. *Metodologías de la Investigación en Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Gowa, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social*, tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2ª ed., 2001.

HABERMAS, Jürgen. Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições, em *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001.

HABA, Enrique. Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible? Em *Doxa*, v. 7 e 8, p.169/247 e 241/269, Alicante, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa, Dom Quixote, 1998.

IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 3ª ed., 1989.

IRTI, Natalino. *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992.

IRTI, Natalino. *Código Civile e Società Política*. Roma, LATERZA, 3ª ed., 1999.

LEFORT, Claude. O imaginário da crise, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 27/46.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Civil como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código

- Civil Brasileiro, em *Revista dos Tribunais*, v. 753, São Paulo, jul. 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002.
- NOVAES, Adauto. A lógica atormentada, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 9/18.
- SANTOS, Boaventura: La transición postmoderna: derecho y política, in *Doxa- Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 6, 1989, p. 223/263.
- REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel. *O Código Civil e seus Problemas Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986.
- REALE, Miguel. “De Dignitate Jurisprudentiae”, in *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1977.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998.
- REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997.
- REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- ROUANET, Paulo Sérgio. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.
- SEBRELI, Juan José. *El Asedio a la Modernidad- crítica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991.

Contrato de Transporte Internacional e o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Remessa ao Exterior

Olney Queiroz Assis*

1. Introdução

O presente artigo tem o objetivo de esclarecer às sociedades empresárias exportadoras sobre os *custos de tradição* (despesas e riscos) nas operações de exportação. Especificamente, visa questionar se os rendimentos decorrentes da prestação de serviços de transporte prestados por empresa com sede no exterior estão sujeitos ou não à retenção do Imposto de Renda na fonte. Trata-se, portanto, de uma investigação que parte do problema para o sistema, no sentido de verificar se incide ou não Imposto de Renda na fonte sobre remessa para pagamento de despesas com transporte de mercadoria, cujas exportações foram contratadas com a cláusula DDU ou DDP.

O tema é bastante complexo e controverso, porque envolve prestação de serviços internacionais. Como se sabe, o comércio de serviços tem crescido de maneira exponencial em termos mundiais, e os países desenvolvidos têm pressionado no sentido de maior liberalização, como ocorre com o comércio de bens. Há, por parte dos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, certa

* Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e advogado.

resistência em relação a uma liberalização generalizada, principalmente naqueles setores em que o País se sente enfraquecido. Isso, entretanto, não impediu que fosse firmado o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (Gats) na Rodada do Uruguai. De qualquer modo, não tem sido fácil determinar a exata compreensão do tratamento tributário que a legislação brasileira dá aos serviços internacionais. Há certo descompasso entre a doutrina e algumas respostas proferidas no âmbito da Receita Federal.

Antes, porém, de adentrar na questão tributária, faz-se necessária uma incursão sobre o contrato de compra e venda no comércio exterior e sua relação com o contrato de prestação de serviços de transporte, dado às ligações inexoráveis entre Direito dos Contratos e Direito Tributário que envolve e repercute sobre o tema.

2. Globalização e Direito Contratual

O crescimento da economia capitalista e a globalização dos mercados, além de intensificar a intervenção estatal na exploração da atividade econômica, tornaram mais complexas *as relações contratuais no comércio exterior*, motivo pelo qual o ordenamento jurídico adquire ainda mais a função de instrumento de gestão e planejamento, cuja finalidade básica consiste em viabilizar o crescimento da atividade econômica e evitar práticas desleais no comércio internacional, garantindo ao empresário as expectativas de lucro. Para a consecução desse fim utilitário, o Estado dispõe de instrumentos jurídicos que lhe possibilita intervir no comércio exterior, especialmente por intermédio da legislação tributária e do Direito Administrativo. A intervenção do Estado, entretanto, não pode ser realizada contra a iniciativa privada (o empresário), mas a seu favor, conforme estabelece a Constituição Federal, no Título VII, quando trata “Da Ordem Econômica e Financeira”.

A produção ininterrupta de instrumentos jurídicos (tratados, emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, decretos, deliberações, portarias, instruções, atos normativos etc.) provoca a expansão do ordenamento jurídico e acelera o processo de mudança nos seus conteúdos. Com isso, amplia-se o universo de possibilidades e alternativas, uma vez que um número maior de *relações contratuais no comércio exterior* torna-se juridicamente possível. Esse fenômeno, entretanto, gera incertezas e inseguranças que, na maioria das vezes, não são devidamente neutralizadas pelo emaranhado de instrumentos jurídicos emanados dos órgãos estatais. Além disso, a presença ostensiva do Estado por meio de dezenas de órgãos fiscalizadores e burocráticos gera mais inseguranças e incertezas em virtude de suas competências sancionadoras e repressivas. Enfim, a legislação que incide sobre o comércio exterior, em especial a legislação tributária, ainda é

confusa e obscura. O Imposto sobre a Renda nas operações de comércio exterior é um exemplo que reflete essa situação.

Para compreender as novas possibilidades e alternativas e neutralizar os riscos que elas implicam, é necessário considerar o ordenamento jurídico na sua totalidade, tendo em vista que as normas jurídicas perfazem um todo (o sistema normativo), cujas partes, isto é, os diversos ramos do Direito (Comercial, Tributário, Administrativo, Penal etc.), são solidárias e interdependentes, mas concorrem para o mesmo fim: viabilizar a exploração da atividade econômica e intensificar o comércio exterior com neutralização de riscos e otimização de resultados. Além disso, quando se trata de comércio exterior, é preciso considerar as regras da *lex mercatoria*, em especial os *incoterms* e os tratados internacionais. Ademais, é preciso ter sempre presente que o contrato de compra e venda de bens no comércio exterior exige outras negociações que implicam outros contratos, como: contrato de prestação de serviços de transporte internacional, contrato de prestação de serviços de transporte local, intermunicipal ou interestadual, contrato de câmbio, contrato de armazenagem, contrato de seguro etc. Trata-se, portanto, de uma rede normativa (contratual) extremamente complexa que se conecta de modo inexorável ao Direito Tributário, dando origem a fatos geradores que se ajustam às hipóteses de incidências de diversos tributos: Imposto sobre a Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Operações de Câmbio (IOC), Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre Serviços (ISS), além de taxas e outras contribuições.

3. Compra e venda no comércio exterior

A partir da década de 1980, intensifica-se o movimento no sentido de romper as políticas protecionistas e as barreiras às importações, uma vez que essas políticas constituíam entraves ao desenvolvimento da atividade econômica. O sistema econômico capitalista forçou a superação desses entraves por intermédio de diversos mecanismos (OMC, Gats, Mercosul etc.), que possibilitaram a celebração de tratados internacionais sobre comércio exterior, visando à paulatina eliminação de subsídios e barreiras tarifárias. Esse mecanismo tem repercutido no Direito dos Contratos e no Direito Tributário, dois ramos jurídicos bastante sensíveis à globalização da economia capitalista.

No que diz respeito ao Direito dos Contratos, o desenvolvimento do comércio internacional forçou certa padronização dos direitos e deveres dos contratan-

tes e, com isso, reduziu o grau de insegurança e incerteza nas relações contratuais. Assim, com o objetivo de fornecer padrões gerais de distribuição, entre exportador e importador, das despesas e riscos com o transporte de bens (mercadorias) no comércio exterior, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) e outros organismos corporativos têm aperfeiçoado o comércio internacional pela consolidação dos *contratos-tipo* e dos *incoterms*.

Nos *contratos-tipo* (como é o caso da compra e venda de *commodities* ou de grãos) consolidados por organismos corporativos (*London Trade Corn Association*, *Internacional General Produce Association*, *American Spice Trade Association* e outros), as partes aderem às cláusulas estabelecidas, abstendo-se de negociá-las, como fariam em contratos de outra natureza. Os *incoterms*, regras de interpretação de cláusulas contratuais identificadas por siglas, sintetizam a repartição dos *custos de tradição* (despesas e riscos) entre o vendedor e o comprador. A última revisão dos *incoterms* começou a vigorar em 1º de janeiro de 2000 (Publicação 560 da CCI).

3.1. Custos de tradição

Um aspecto fundamental no contrato de compra e venda no comércio exterior é a necessidade de definir as responsabilidades do comprador e do vendedor no que diz respeito às *despesas* (serviços de transporte, estadias em portos, impostos etc.) e aos *riscos* (subtração, perda ou dano) que envolvem a transação. A regra de repartição desses riscos e despesas estabelece que, até o momento da tradição, eles correm por conta do vendedor e, a partir de então, do comprador. O momento da tradição é contratado entre vendedor e comprador por intermédio de regras conhecidas por *incoterms*. Essas regras determinam, portanto, não apenas o momento da tradição, mas, sobretudo, estabelecem a distribuição das despesas e riscos inerentes principalmente ao transporte das mercadorias do estabelecimento do vendedor para o estabelecimento do comprador.

Com o intuito de enquadrar o tema *Imposto de Renda sobre Remessa ao Exterior* e vinculá-lo ao contrato de compra e venda no comércio exterior e às regras de interpretação (*incoterms*) relativas ao *custo de tradição*, propõe-se a seguinte situação hipotética: uma máquina fabricada na cidade de São Paulo é exportada pelo porto de Santos para um empresário espanhol sediado em Madri, com desembarque no porto de Barcelona.

Trajectoria da máquina: a) a máquina deve ser transportada até o porto de Santos e, para isso, paga-se o serviço de transporte à empresa transportadora; b) no porto de Santos, além do pagamento pelo uso do guindaste de embarque e pelo trabalho dos estivadores e portuários, pagam-se também as diárias de estadia no armazém ou trapiche e, se for o caso, paga-se a inspeção feita por peritos (*pre-*

shipment inspection – PSI); c) incidem então impostos brasileiros, que devem ser pagos para o desembaraço aduaneiro, além de outras taxas administrativas do controle de fronteiras; d) na travessia transatlântica paga-se à empresa de transporte marítimo ou armador pelo espaço que a máquina ocupa no navio; e) geralmente, faz-se o seguro, que implica pagamento do prêmio cobrado pela empresa seguradora; f) chegado o navio ao porto de Barcelona, incidem os impostos espanhóis e demais encargos relacionados ao desembaraço aduaneiro e controle de fronteira; g) pagam-se, também, os equipamentos e serviços de desembarque e eventual estadia da máquina em um armazém portuário; h) finalmente, paga-se o transporte da máquina até a cidade de Madri. Como se nota, além do contrato de compra e venda da máquina, outros contratos são pactuados, em especial os contratos de prestação de serviços de transporte.

3.1.1. Custos de tradição e cláusulas *incoterms*

No exemplo acima, os itens dos *custos de tradição* mais importantes são os seguintes: 1) transporte do estabelecimento do vendedor até o porto e despesas com armazenagem; 2) desembaraço aduaneiro de exportação; 3) embarque no navio; 4) transporte marítimo; 5) seguro do transporte marítimo; 6) desembarque do navio; 7) desembaraço aduaneiro de importação; 8) transporte até o estabelecimento do comprador.

Assim, para o exportador brasileiro *definir o preço da máquina* é necessário, antes, definir quais itens de *custos de tradição* ficarão sob a sua responsabilidade.

Para não deixar dúvida e imprimir segurança ao negócio, o contrato entre o exportador brasileiro e o importador espanhol deve especificar a cláusula *incoterms*, conforme as seguintes hipóteses, indicadas de maneira bastante sintética e apenas para viabilizar a discussão sobre o tema tributário: a) *EXW – São Paulo*: o importador espanhol responde pelo pagamento de todos os itens; b) *FAZ – Santos*: o exportador brasileiro responde pelos itens 1 e 2 e o importador espanhol, pelos demais; c) *FOB – Santos*: o exportador tem a obrigação de pagar os itens de custo 1 a 3; d) *CFR – Barcelona*: o exportador paga os itens 1 a 4; e) *CIF – Barcelona*: o exportador paga os itens 1 a 5; f) *DEQ – Barcelona*: o exportador paga os itens 1 a 7; g) *DDU – Madri*: o exportador responde pelos itens 1 a 6 e 8 e o importador pelo item 7; h) *DDP – Madri*: o exportador responde por todos os itens.

Assim, caso o contrato de compra e venda seja pactuado com a cláusula DDU ou DDP, o exportador brasileiro fica responsável pela entrega da máquina no estabelecimento do importador espanhol, motivo pelo qual deverá firmar, com uma ou mais empresas transportadoras, um ou vários contratos de prestação de serviços de transporte que lhe possibilite cumprir o pactuado.

4. Serviços de transporte

Podem-se apontar dois contratos de transporte marítimo internacional: a) contrato de fretamento; b) contrato de transporte marítimo.

No *contrato de fretamento*, cujo instrumento contratual é a *charter party* (carta de fretamento), o fretador (proprietário e/ou armador) obriga-se a colocar à disposição do afretador (expedidor ou destinatário) os serviços do navio, mediante o pagamento do frete. No *contrato de transporte marítimo*, a finalidade não é apenas a cessão de um espaço no navio mas também o efetivo transporte da carga de um ponto de origem ao destino final, e o instrumento jurídico que o representa é o Conhecimento Marítimo ou *Bill of Lading* (B/L).

O contrato de transporte marítimo pode ser celebrado de acordo com diversos regimes contratuais, quais sejam: a) *house to house*: a mercadoria é retirada no estabelecimento do exportador e entregue no estabelecimento do importador; b) *pier to pier*: a mercadoria é retirada no porto de partida e entregue no porto de chegada; c) *house to pier*: a mercadoria é retirada no estabelecimento do exportador e entregue no porto de chegada; d) *pier to house*: a mercadoria é retirada no porto de partida e entregue no estabelecimento do importador. Em linhas gerais, o regime contratual adotado determina a responsabilidade em caso de avaria, furto ou perda da carga.

Há, ainda, no comércio exterior, o denominado *contrato de transporte multimodal de cargas* (TM). O transporte multimodal utiliza dois ou mais modais (marítimo, aéreo, terrestre) para o transporte de cargas de um ponto de origem ao destino final, mediante a celebração de apenas um contrato e a intermediação de um único agente, denominado Operador de Transporte Modal (OTM). Para atuar, o OTM necessita de habilitação prévia e registro perante o Ministério dos Transportes, procedimento esse previsto no Decreto 3.411/00. Assim, mediante pagamento de frete, o OTM obriga-se a executar ou fazer executar o TM contratado. O OTM emite um documento denominado Conhecimento de Transporte Modal (CTM) que rege a operação desde o recebimento da carga até a sua entrega no destino e serve como prova de que a carga está sob a sua custódia e, portanto, responde objetivamente por qualquer dano, avaria ou atraso na entrega.

Como se nota, também no âmbito dos serviços de transportes várias alternativas de relações contratuais, juridicamente possíveis, são postas à disposição do empresário exportador. A escolha do contrato mais apropriado geralmente se submete à relação custo/benefício que rege a exploração da atividade econômica. Aqui, cabe especificar que o preço do serviço pago à empresa transportadora não caracteriza *renda*, mas apenas *receita bruta operacional*.

5. Tributos na exportação

Nos *custos de tradição*, além das despesas operacionais, também se incluem os pagamentos de impostos, taxas e contribuições. Conforme especificado acima, na compra e venda com a cláusula DDU ou DDP, o exportador brasileiro fica responsável pelo pagamento de todas as despesas, inclusive os impostos brasileiros e espanhóis, motivo pelo qual é necessário mensurar a carga tributária como forma de elaborar o cálculo que determina o preço da mercadoria a ser exportada. Com o intuito de enquadrar esse tema de maneira sistemática e melhor esclarecer o empresário, faz-se uma brevíssima referência sobre alguns impostos e contribuições brasileiros que repercutem nas operações de exportação de produtos industrializados.

a) *IE*: o Imposto de Exportação está previsto na CF (art. 153, II), no CTN (art. 23), no Decreto-Lei 1.578/77 e no Regulamento Aduaneiro (Decreto 4.543/02, arts. 212 a 236). O imposto incide sobre mercadorias nacionais ou nacionalizadas destinadas ao exterior. O Poder Judiciário decidiu que o fato gerador do imposto é a data do registro da exportação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex – Acórdão 301-30541). A base de cálculo é o preço normal de venda da mercadoria, ao tempo da exportação. A alíquota é de 30%, podendo ser alterada, conforme Decreto-Lei 1.578/77 (art. 3º), com nova redação dada pela Lei 9.716/98 (art. 1º), porém nunca poderá ser superior a 150%. O Estado brasileiro, no sentido de favorecer as exportações e de acordo com as regras estabelecidas em tratados internacionais, concede isenções. De modo geral, os produtos industrializados estão isentos do Imposto de Exportação.

b) *IPI e ICMS*: a CF concede imunidade, ao estabelecer que não incidirão IPI e ICMS sobre produtos industrializados destinados ao exterior (art. 153, § 3º, III, e art. 155, § 2º, X, a).

c) *PIS/Pasep e Cofins*: essas contribuições estão previstas nos arts. 149 e 195 da CF e na Lei 10.865/04. O fato gerador é o pagamento ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado. A base de cálculo é o valor remetido ao exterior antes da retenção do IRRF, acrescido do ISS e do valor das próprias contribuições. As alíquotas são de 1,65% (PIS/Pasep) e de 7,6% (Cofins). A Superintendência Regional da Receita Federal (SRRF) da 8ª Região Fiscal firmou entendimento segundo o qual as importâncias remetidas pelo exportador a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, a título de despesas com agenciamento de carga, frete interno (entre o porto e o depósito) e armazenagem, necessárias à entrega da mercadoria no local designado pelo importador (contrato com cláusula DDU), apesar de serem consideradas remuneração de serviços, não estão sujeitas à incidência da Cofins nem à incidência da contribuição para o PIS/Pasep, por não se enquadrarem nas hipóteses previstas

na Lei 10.865/04 (Processo Consulta 189/05).

d) *IOC*: o Imposto sobre Operações de Câmbio incide sobre negócios jurídicos relativos a câmbio e à compra e venda de moeda estrangeira. São contribuintes do imposto os compradores e os vendedores de moedas estrangeiras nas operações para liquidação de contratos de câmbio nas importações e exportações. A base de cálculo é o montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição, correspondente ao valor, em moeda estrangeira, da operação de câmbio (art. 64, II, do CTN). A alíquota é de 25%, podendo ser reduzida nas situações previstas na Lei 8.894/94, art. 5º. De modo geral, o IOC, hoje, é contemplado com alíquota zero.

e) *ISS*: a CF estabelece que compete aos Municípios instituírem Impostos sobre Serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, e definidos em lei complementar (art. 156, III). Os Municípios não podem instituir ISS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (art. 155, II, da CF). Cabe à lei complementar excluir da incidência do ISS as exportações de serviços para o exterior (art. 156, § 3º, II, da CF). Conforme a LC 116/03, no caso de importação de serviços, compete ao tomador (localizado no território nacional), a obrigação de reter e recolher o ISS devido pelo prestador estrangeiro.

f) *IR*: a CF determina que compete à União instituir Impostos sobre *Renda e proventos de qualquer natureza* (art. 153, III). O Código Tributário Nacional estabelece que o imposto tem como fato gerador o *acréscimo patrimonial* decorrente do produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e de proventos de qualquer natureza. A LC 104/01, entretanto, estabelece que a incidência do imposto independe da denominação da *receita* ou do *rendimento*, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. Há, contudo, isenções e alíquotas reduzidas para zero que envolvem contratos de fretamento e contratos de transporte marítimo, que serão analisadas com detalhes adiante.

5.1. Observação preliminar

Como se nota, as imunidades, isenções e reduções de alíquotas concedidas às exportações revelam que o Estado brasileiro intervém nessa atividade econômica mediante uma política de incentivo, tendo em vista a otimização de resultados. Essa política também se revela nas diversas modalidades de financiamento estatal direcionadas às exportações. Há, portanto, um descompasso quando, diante de uma legislação ambígua, pretende-se entender que o Estado teve a intenção de tributar remessas ao exterior para pagamento de itens relativos aos *custos de tradição* de produto industrializado exportado.

Esse entendimento tem encontrado apoio em respostas da SRRF da 8ª Região, proferidas nos seguintes termos: “as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas pelo exportador, necessárias à entrega da mercadoria no local designado pelo importador (cláusulas DDU/DDP), a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior que caracterizarem remuneração pela prestação de serviços, estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte, ainda que a remessa seja efetuada ao próprio importador” (Processo Consulta 331/02) ou “as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas pelo exportador a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, a título de despesas com agenciamento de carga, frete interno (entre o porto e o depósito) e armazenagem, necessárias à entrega da mercadoria no local designado pelo importador (contrato com cláusula DDU), por caracterizarem *remuneração pela prestação de serviços*, estão sujeitas à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), ainda que a remessa seja efetuada ao próprio importador” (Processo Consulta 189/05). Essas respostas, como dito, têm servido de fundamento para justificar o entendimento segundo o qual incide Imposto de Renda na fonte sobre remessas para pagamento de serviços de transporte de produtos exportados. Esse entendimento não pode ser generalizado, é preciso, no mínimo, considerar a possibilidade de existência de normas que excepcionam a regra ou a existência de instrumentos normativos entre o Brasil e o país de destino, proibindo a dupla tributação ou estabelecendo a reciprocidade de tratamento tributário.

5.2. Especialização do problema tributário

O problema, repetindo, consiste em saber se incide ou não Imposto de Renda na fonte sobre remessa para pagamento a residente no exterior de prestação de serviços de transporte de produto exportado por empresário brasileiro. Para melhor especificá-lo, imaginemos a seguinte situação hipotética: a) é firmado contrato de comércio exterior entre um exportador brasileiro e um importador espanhol, regido pela cláusula DDP–Madri; b) o objeto do contrato de compra e venda é uma máquina que deve ser transportada de São Paulo até Madri. O empresário brasileiro pode firmar os seguintes contratos com a empresa transportadora sediada na Espanha: a) o transporte da máquina do porto de Santos até o porto de Barcelona; b) o transporte da máquina do porto de Barcelona até Madri; c) o transporte da máquina de São Paulo até Madri. O exportador brasileiro pagará os serviços de transporte à empresa transportadora espanhola mediante remessa de valores à Espanha.

A análise inicial, que se expõe na seqüência, abstrai as normas tributárias de leis ordinárias que concedem isenções ou alíquotas zero a determinados fatos geradores do Imposto de Renda nas operações de transporte internacional. Essa abstração tem o sentido de fixar o entendimento segundo o qual a *remuneração*

pela prestação de serviços de transporte realizado por pessoa jurídica não constitui “renda”, mas apenas “receita bruta operacional”, razão pela qual não procede a retenção de Imposto de Renda na fonte no caso de pessoa jurídica domiciliada no exterior.

6. A Constituição Federal como vetor privilegiado

Há, no Direito, uma regra estrutural segundo a qual uma norma jurídica sempre encontra o seu fundamento de validade numa outra que lhe é superior. Isso significa que o ordenamento jurídico é um sistema cujas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada que, no âmbito do Direito Tributário, pode ser organizada do seguinte modo: a) em primeiro lugar, as normas da Constituição Federal; b) em segundo lugar, as normas de leis complementares; c) em terceiro lugar, as normas de leis ordinárias; d) em quarto lugar, as normas de decretos do Poder Executivo; e) em último lugar, não exatamente na ordem, normas de portarias, deliberações, atos normativos etc. Nessa hierarquia, a lei complementar não pode contrariar a Constituição Federal; a lei ordinária não pode contrariar a lei complementar; o decreto não pode contrariar a lei ordinária, e assim sucessivamente. Nesse sentido, se determinado conceito ou expressão da norma constitucional for definido ou esclarecido por norma de lei complementar, a lei ordinária deve acatar o que está prescrito na lei complementar, não pode a lei ordinária dispor diferentemente. Além disso, cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), em última instância, fixar o real alcance e sentido de uma norma que se apresenta vaga ou ambígua, especialmente as normas constitucionais. O problema tributário que estamos investigando envolve a exata compreensão dessa hierarquia, daí a importância em fixá-la.

Assim, na abordagem de qualquer tema tributário, é necessário, em primeiro lugar, identificar as normas e princípios constitucionais aos quais o tema se submete e, a partir deles, caminhar em direção às normas inferiores das leis complementares, leis ordinárias, decretos, portarias etc. No caso de incompatibilidade de conteúdos, deve prevalecer a estrutura hierarquizada de normas. Em primeiro lugar, as normas e princípios constitucionais; em segundo lugar, as normas das leis complementares; em terceiro lugar, as normas das leis ordinárias; em quarto lugar, as normas dos decretos e assim sucessivamente. A norma da legislação tributária que se apresente vaga e ambígua, entretanto, deve ser interpretada e aplicada em sintonia com os princípios que a Constituição acolhe. Os princípios e normas constitucionais tributários exercem uma função de controle das incertezas e, com isso, concedem segurança ao empresário contribuinte na elaboração do seu cálculo econômico, especialmente quando se trata de empresários que atuam no

comércio exterior.

6.1. Princípio da legalidade e indeterminação semântica

O *princípio da legalidade* estabelece que a instituição ou majoração de qualquer tributo deve ser feita por lei, motivo pelo qual é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, I, da CF). Conforme entendimento de Bilac Pinto, “o *princípio da legalidade* em matéria fiscal, que emana da nossa organização constitucional, tem como decorrência, por um lado, que só pode ser atribuída uma carga tributária a uma pessoa física ou jurídica mediante o comando de uma lei, e, por outro lado, que o Estado não tem nenhum direito além daquele que a lei expressamente lhe concede”¹ A lei tributária não pode, entretanto, afrontar as normas e princípios constitucionais que estabelecem limites ao poder de tributar.

6.1.1. Princípio da legalidade estrita

Uma variação do *princípio da legalidade* é o *princípio da legalidade estrita*, que estabelece que a lei tributária descreva de maneira clara e precisa a relação jurídica tributária, especificando os seguintes aspectos: a) *aspecto pessoal*: indicação dos sujeitos da relação, o sujeito ativo e o sujeito passivo; b) *aspecto espacial*: indicação das circunstâncias de lugar, para nascimento, vida e extinção da relação jurídica tributária; c) *aspecto temporal*: estabelecimento de circunstâncias de tempo relevantes para o estabelecimento da relação e do cumprimento da obrigação; d) *aspecto material*: descrição dos elementos substanciais do fato ou conjunto de fatos que servirão de suporte ao estabelecimento da relação; e) *aspecto quantitativo*: determinação do *quantum* da prestação.

Assim, em conformidade com o *princípio da legalidade estrita*, as normas da lei tributária devem ser claras e compreensíveis, ou seja, normas com imprecisões semânticas geram inseguranças e incertezas e comprometem os contratos empresariais, especialmente os de comércio exterior, que exigem do empresário a elaboração prévia de um cálculo econômico para determinar o preço do bem ou serviço a ser exportado ou importado. Para não comprometer esse cálculo, é necessário que as normas tributárias tenham determinação semântica suficiente que permita ao empresário saber se está ou não submetido às suas disposições e ter condições de estimar as conseqüências de seus atos ou omissões.

O *princípio da legalidade estrita* tem intrínseca relação com o *princípio da segurança jurídica*, o qual requer que as normas possuam densidade semântica suficiente para estabelecer de maneira razoavelmente clara o que deve ser feito, ou seja, o proibido, o permitido e o obrigatório. O *princípio da legalidade estrita*

tem ainda por finalidade reduzir as possibilidades de arbítrio dos órgãos estatais fiscalizadores e arrecadadores de tributos que geralmente interpretam conceitos indeterminados ou vagos de modo a favorecer o Fisco. Em resumo, as normas tributárias, assim como as normas penais, não podem ter indeterminação semântica que deixe ao arbítrio do Estado estabelecer, de modo casuístico, o que pode, o que não pode e o que deve ser feito.

Por essas razões, no plano da tributação, a norma tributária que se apresente vaga e ambígua não deve ser interpretada contra o empresário contribuinte, uma vez que, como estabelece a CF, ao Estado cabe *incentivar* a exploração da atividade econômica (art. 174). Em se tratando de atividade econômica voltada para a exportação, esse dever merece ser enfatizado ainda mais, dado os esforços do Estado no sentido de incrementar as exportações. Esse incremento pode ser deduzido do próprio sistema tributário, tendo em vista o extenso rol de normas que concedem imunidades, isenções e redução de alíquotas para a atividade econômica exportadora.

Aliás, a Constituição Federal reconhece de maneira inequívoca que a atividade econômica voltada para a exportação é de fundamental relevância para o Estado e para a sociedade brasileira, tanto que concede imunidades tributárias em relação ao IPI, ICMS e ISS. Vale especificar que, na imunidade, a norma constitucional é dirigida ao Poder Legislativo – da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios –, não lhe permitindo exercer a sua competência tributária nos casos que especifica. Assim, ainda que ocorra o fato, se pratique o ato ou se celebre o negócio considerado pela Constituição Federal como revelador da capacidade econômica do empresário contribuinte, dele não pode aproveitar-se o legislador, para considerá-lo fato gerador de tributo. Essas imunidades nos revelam o aspecto teleológico da norma tributária do Imposto de Renda sobre remessa ao exterior para pagamento de transporte de mercadoria exportada: não deve prejudicar as exportações e, portanto, toda e qualquer interpretação da norma tributária deve ser no sentido de favorecer o contribuinte exportador, jamais o Fisco.

7. O tema na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional, no Supremo Tribunal Federal e na doutrina

A CF prescreve que é da competência da União instituir impostos sobre *renda e proventos de qualquer natureza* (art. 153, III), que será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei (art. 153, § 2º, I). Prescreve, ainda, que “cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária” (art. 146, III).

O Texto Constitucional não especifica o significado da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, portanto cabe ao Poder Legislativo, mediante lei, esclarecer o significado da expressão. No caso de dúvida, cabe ao Poder Judiciário (intérprete da Constituição) determinar o real sentido e alcance dessa expressão, ou seja, o significado estabelecido pelo Poder Judiciário prevalece sobre o significado estabelecido na lei. O Código Tributário Nacional (CTN), embora concebido como lei ordinária, alcançou, em virtude de formulação doutrinária e principalmente da jurisprudência, o *status* de lei complementar e, desse modo, cumpre o papel constitucional de norma geral de Direito Tributário a que se refere o inciso III do art. 146 da CF acima citado. Em virtude disso, o CTN, na condição de lei complementar, estabelece no seu art. 43 o significado da expressão “renda e proventos de qualquer natureza” e, conforme exposto acima, o disposto na lei complementar (CTN) não pode ser contrariado por lei ordinária.

Art. 43 O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o *produto do capital, do trabalho* ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os *acréscimos patrimoniais* não compreendidos no inciso anterior.

Dado que lei ordinária não pode contrariar normas do CTN, foi promulgada a LC 104/01, que acrescentou o seguinte parágrafo ao citado art. 43 do CTN: “a incidência do imposto *independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção*” (§ 1º). Essa norma tem sido utilizada para fundamentar uma interpretação no sentido de justificar a exigência do imposto sobre “receita” e não sobre “acréscimo patrimonial”. Uma interpretação dessa natureza não pode ser aceita porque a LC 104/01 manteve inalterada a redação do *caput* do art. 43 do CTN, que indica de maneira expressa que o critério material do imposto é sempre um “acréscimo patrimonial”. Admitir que o imposto possa incidir sobre simples receitas é supor que a nova lei modificou a materialidade tributável do imposto. Nesse sentido, se o *caput* manda tributar apenas acréscimo patrimonial, não pode um parágrafo mandar tributar a receita, sob pena de contraste lógico inconciliável entre ambos.

Além disso, o STF, última instância do Poder Judiciário, decidiu por unanimidade que a expressão “renda e provento de qualquer natureza” significa sempre “acréscimo patrimonial” (RE 117.887-6/SP). Nesse sentido, as palavras do relator Min. Carlos Velloso: “não me parece possível a afirmativa no sentido de que possa existir renda ou provento sem que haja acréscimo patrimonial”. Vale esclarecer

que a decisão do STF estabeleceu o real sentido e alcance da expressão “rendas e proventos de qualquer natureza” gravada no Texto Constitucional de 1946 e repetida no Texto de 1988 e, ato contínuo, confirmou a redação do art. 43 do CTN. Não pode uma norma de lei complementar ou de qualquer outra lei estabelecer o sentido de uma expressão contida no Texto Constitucional diferentemente do que foi estabelecido pelo STF, uma vez que isso afronta o princípio da independência e harmonia dos Poderes da União (art. 2º da CF), viga mestra da República Federativa do Brasil e, por isso, instituído como cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4º, III, da CF.

Enfim, a exigência de imposto sobre situação que não configura acréscimo patrimonial (renda ou lucro) é incompatível com o disposto na norma do art. 153, III, da CF e coloca em risco a segurança das relações jurídicas, conforme lúcidas palavras do Min. Luiz Gallotti: “como sustentei muitas vezes, ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiaria todo o sistema tributário inscrito na Constituição” (voto do Min. Luiz Gallotti, citado pelo Min. Marco Aurélio, em voto no RE 150.764/PE, *RTJ* 147/1040).

7.1. Imposto de Renda e prestação de serviços

Parece óbvio que a expressão “receita ou rendimento” foi introduzida pela LC 104/01 com o intuito de alargar o sentido e alcance da expressão “renda e proventos de qualquer natureza” utilizada na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional e, nesse sentido, legitimar a cobrança do imposto sobre *receitas*, conforme estabelecido em algumas leis ordinárias, como é a hipótese das importâncias remetidas pelo exportador para pagamento de serviços de transportes a residentes no exterior. Como demonstrado, contudo, a articulação interpretativa fundada na regra de estrutura da lei superior esclarece que a lei ordinária não pode estabelecer como hipótese de incidência do Imposto de Renda situações que não possam ser traduzidas em *acréscimo patrimonial*. Estabelecer essas hipóteses de incidência significa contrariar a decisão do STF e o disposto na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional.

De conformidade com o STF e o Código Tributário Nacional, é impossível a exigência do imposto nas hipóteses legais que não traduzem um acréscimo patrimonial. O Código Tributário Nacional efetivamente limita as hipóteses de incidência hoje existentes em algumas leis ordinárias que regulamentam o Imposto de Renda, uma vez que essas hipóteses não correspondem a um acréscimo patrimonial. De fato, há hipóteses de incidência tributária em que a lei ordinária ignora a situação patrimonial do beneficiário da renda, ou seja, a exigência do tributo independe da efetiva demonstração, em concreto, da ocorrência do acréscimo. Isso

ocorre, por exemplo, nos casos de tributação exclusiva na fonte de beneficiário residente ou domiciliado no exterior. Nesses casos, ou se admite que a lei ordinária pode presumir a ocorrência do acréscimo patrimonial ou chega-se à conclusão sobre a ilegitimidade dessas formas de incidência tributária.

O jurista Alberto Xavier, na *Revista Dialética de Direito Tributário* 45, aborda o tema em artigo intitulado “O Imposto de Renda na fonte e os serviços internacionais”. Dada a autoridade desse jurista em matéria de Direito Tributário nas relações internacionais, reproduz-se algumas de suas opiniões que colaboraram para o fortalecimento da tese sobre a ilegitimidade da incidência do Imposto de Renda retido na fonte sobre remessa ao exterior para pagamento de serviços de transporte.

Conforme entendimento de Alberto Xavier, a plena compreensão da problemática relativa à tributação das prestações internacionais de serviços pressupõe a distinção prévia entre *serviços pessoais* (prestados por pessoas físicas) e *serviços não pessoais* (prestados por pessoas jurídicas). A remuneração dos *serviços pessoais* é considerada rendimento do trabalho, dependente ou autônomo, conforme a existência ou não de uma relação de emprego, incluída no Imposto de Renda das pessoas físicas. No que toca, porém, ao pagamento dos *serviços não pessoais*, prestados em regime de empresa, por pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, não é aplicável a conceituação como rendimento do trabalho.

Prossegue afirmando que o fenômeno (*serviços não pessoais*) tem natureza substancialmente idêntica à de uma importação de bens ou mercadorias. Quanto a estas, jamais se confundiu o pagamento do preço da coisa importada com renda, pelo que nunca se pretendeu a incidência do Imposto de Renda relativamente ao valor da importação. Na verdade, uma coisa é “renda” – que corresponde a uma remuneração de um fator de produção –, outra é “pagamento de capital” – que corresponde a uma transação envolvendo troca de bens que integravam previamente o patrimônio das partes em presença. O produto da venda de bens não é renda, mas receita bruta operacional. A renda – a haver – resulta da diferença entre as receitas das vendas e os custos ou perdas necessários à produção dos bens vendidos, consistindo no lucro líquido tributável. É certo que, no preço pago pela mercadoria importada, além dos custos de produção, pode haver parcela de lucro realizado pela pessoa, que, no exterior, exporta essa mercadoria. Esse lucro, porém, resulta da produção de mercadoria no estrangeiro, constituindo renda de fonte externa, obtida no exterior. Isso – que nunca foi posto em causa quanto à importação de mercadoria – é igualmente aplicável no que respeita à prestação de serviços prestados por pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, em relação à qual o preço corresponde a um “pagamento de capital”, a uma “receita bruta”, provento ou ganho de empresa exportadora e não a um “rendimento” atribuível a um fator de produção.

Não é possível, segundo o jurista, confundir “preço” (que é pagamento de

capital recebido pela pessoa jurídica domiciliada no estrangeiro) com o “salário” que os empregados dela recebem no exterior e que aí está sujeito à retenção do imposto. Daqui resulta que o “preço” pago pela prestação de serviços (como o preço pela importação de mercadorias) não constitui renda, mas mera receita bruta, pagamento de capital, da empresa estrangeira. A verdadeira renda será o eventual “lucro” da empresa estrangeira e ele só pode ser apurado no estrangeiro, diante da comparação entre a totalidade das suas receitas operacionais e a totalidade dos seus custos e despesas.

Pode, pois, concluir-se que os preços de venda de mercadorias e serviços constituem rendimentos de empresa ou rendimentos comerciais, que só devem ser tributados na forma sintética no país de domicílio do vendedor e não de modo analítico ou isolado, por retenção na fonte, no país em que se localiza a fonte pagadora. É logicamente impossível justificar um tratamento fiscal diferenciado para uma venda de mercadorias e para uma venda de serviços, como se a materialidade ou imaterialidade do objeto livrasse a primeira, mas não a segunda, de tributação.

De acordo com essa interpretação e com a que foi articulada nos itens anteriores, parece indubitável a ilegitimidade e inconstitucionalidade do Imposto de Renda na fonte sobre as importâncias que o empresário brasileiro remete para pagamento de despesas com transporte da mercadoria exportada, principalmente nas hipóteses em que existe convenção para evitar a dupla tributação. Nesse sentido e de acordo com o problema hipotético sugerido, não incide Imposto de Renda na fonte sobre remessa enviada pelo exportador brasileiro para pagamento da sociedade transportadora domiciliada na Espanha concernente ao serviço de transporte de uma máquina nos percursos São Paulo–Madri.

8. Isenção e redução de alíquota

Como dito, as modificações introduzidas no Código Tributário Nacional pela LC 104/01 pretendem legitimar os conteúdos normativos de leis ordinárias que estabelecem hipóteses de incidência do Imposto de Renda sobre remessas ao exterior para pagamento de serviços de transporte de produtos exportados, uma vez que essas remessas constituem *receitas* (*remuneração pela prestação de serviços*) das empresas transportadoras.

Mesmo abstraindo as normas da Constituição Federal, as do Código Tributário Nacional e as decisões do Supremo Tribunal Federal, e considerando apenas as normas da legislação ordinária, é possível argumentar que, em determinadas situações, não incide Imposto de Renda na fonte sobre remessa ao exterior para pagamento de serviços de transporte de mercadoria exportada. Vale dizer, a regra geral que expressa a incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 25%

sobre as importâncias remetidas ao exterior para remuneração pela prestação de serviços admite várias exceções, conforme se especifica na seqüência.

8.1. Alíquota zero: serviços de transporte marítimo, fluvial e aéreo

O art. 1º da Lei 9.481/97, com redação dada pelo art. 20 da Lei 9.532/97, *reduziu para zero* a alíquota do Imposto de Renda na fonte incidente sobre diversos rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior. Nesse sentido, conforme inciso I dos citados artigos, foram contempladas com alíquota zero as seguintes hipóteses: *receitas de fretes*, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras feitas por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, e os pagamentos de aluguel de contêineres, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias.

As disposições constantes em leis e decretos-leis sobre a tributação de residentes e domiciliados no exterior foram regulamentadas e consolidadas pelo Decreto 3.000/99. Em relação à alíquota zero, cabe destacar a norma do art. 691, I, do citado decreto:

Art. 691 A alíquota do imposto na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica *reduzida a zero*, nas seguintes hipóteses (Lei 9.481/97, art. 1º, e Lei 9.532/97, art. 20).

I – receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras feitas por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem assim os pagamentos de aluguel de contêineres, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias.

Posteriormente, a Lei 9.959/00 introduziu alterações aumentando as alíquotas de zero para 15%, mas não modificou as normas acima citadas, conforme está disposto no seu art. 1º, nos seguintes termos:

Art. 1º Relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2000, a alíquota do Imposto de Renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes e domiciliados no exterior, nas hipóteses previstas nos incisos III e V a IX do art. 1º da Lei 9.481/97, com redação dada pelo art. 20 da Lei 9.532/97, será de 15%.

Como se nota, a Lei 9.959/00 não alterou o inciso I do art. 1º da Lei 9.481/97, com redação dada pelo inciso I do art. 20 da Lei 9.532/97, portanto, permaneceu a alíquota zero do Imposto de Renda na fonte sobre os rendimentos acima especificados, desde que tenham sido aprovados pelas *autoridades competentes*. Segundo a SRRF da 9ª Região, a expressão *autoridades competentes* se refere às autoridades responsáveis pelo controle do transporte aéreo e marítimo (Processo

Consulta 276/04).

A permanência da alíquota zero para as receitas decorrentes dos serviços de transporte marítimo e aéreo significa desonerar do Imposto de Renda as remessas que atendam às necessidades das exportações brasileiras e, nesse sentido, ela se harmoniza com a política de incentivo às exportações. Além disso, a interpretação meramente literal e isolada das normas acima transcritas aponta que não foi contemplada com redução de alíquota (alíquota zero) a importância remetida para pagamento de transporte terrestre, portanto, retomando o nosso problema, não incide Imposto de Renda na fonte sobre a remessa para pagamento do transporte marítimo da máquina do porto de Santos para o porto de Barcelona, desde que o contrato tenha sido aprovado pela autoridade responsável pelo controle de transporte marítimo. Conforme a interpretação literal da citada norma, porém, incidiria o imposto sobre a remessa para pagamento do transporte terrestre do porto de Barcelona até Madri.

A SRRF da 9ª Região, aliás, no Processo Consulta 276/04, proferiu a seguinte resposta: “Os pagamentos referentes à contratação de fretes, afretamentos, alugueis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras, feitos por empresas e aprovados pelas autoridades competentes, bem como os pagamentos de aluguel de contêineres, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias, estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota zero, desde que o beneficiário do rendimento não seja residente em jurisdição relacionada em ato da Secretaria da Receita Federal entre os países que não tributam a renda ou a tributam à alíquota máxima inferior a vinte por cento. Dispositivos legais: Lei 9.430/96, art. 85; Lei 9.481/97, art. 1º, I; Lei 9.532/97, art. 20; Lei 9.779/99, art. 8º”.

8.2. Não-incidência: companhias de navegação aérea e marítima

A Lei 9.430/96, ao tratar dos *fretes internacionais*, estabelece no art. 85 a seguinte norma: “ficam sujeitos ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de 15%, os rendimentos recebidos por companhias de navegação aérea e marítima, domiciliadas no exterior, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil”. O parágrafo único do citado artigo restringe a incidência dessa norma nos seguintes termos: “o imposto de que trata este artigo não será exigido das companhias aéreas e marítimas domiciliadas em países que não tributam, em decorrência de legislação interna ou de acordos internacionais, os rendimentos auferidos por empresas brasileiras que exercem o mesmo tipo de atividade”.

O Decreto 3.000/99 regulamentou a citada norma repetindo o mesmo enunciado, conforme se lê abaixo:

Art. 711 Estão sujeitos ao imposto na fonte, à alíquota de 15%, os rendimentos recebidos por companhias de navegação aérea e marítima, domiciliadas no exterior, de pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no Brasil (Lei 9.430/96, art. 85).

Parágrafo único O imposto de que trata este artigo não será exigido das companhias aéreas e marítimas domiciliadas em países que não tributam, em decorrência da legislação interna ou de acordos internacionais, os rendimentos auferidos por empresas brasileiras que exercem o mesmo tipo de atividade (Lei 9.430/96, art. 85, parágrafo único).

A SRRF da 9ª Região também entende que “os pagamentos efetuados às companhias aéreas e marítimas domiciliadas em países que não tributam, em decorrência da legislação interna ou de acordos internacionais, os rendimentos auferidos por empresas brasileiras que exercem o mesmo tipo de atividade, *não* se sujeitam ao Imposto de Renda na fonte. Dispositivos Legais: Lei 9.430/96, art. 85” (Processo Consulta 376/04).

Observe que a norma faz referências apenas às companhias aéreas e marítimas, portanto uma interpretação meramente literal implicaria afirmar que o transporte terrestre estaria excluído do benefício tributário. Ocorre que “companhia” é uma expressão utilizada para designar um sujeito de direito, especificamente uma sociedade empresária. O benefício tributário é concedido, portanto, ao sujeito que tem por atividade principal o transporte marítimo ou aéreo. Assim, caso a companhia marítima ou aérea exerça também o transporte terrestre, a isenção tributária deve permanecer porque, nesse caso, a isenção é concedida ao sujeito de direito (a companhia) e não à atividade, como estabelecido no caso da alíquota zero analisada no item anterior. Aliás, essa análise cabe perfeitamente àquelas companhias transportadoras que operam com o transporte multimodal, por exemplo, marítimo e terrestre.

A compreensão exata da norma exige, todavia, sua conexão com outras normas provenientes de tratados internacionais. Nesse sentido, caso exista acordo para evitar a dupla tributação entre o Brasil e o país de destino (Espanha), não incidirá o Imposto de Renda na fonte sobre a remessa enviada à transportadora marítima, ainda que essa remessa englobe os serviços de transporte do porto de Barcelona até Madri. O Brasil assinou convenção para evitar a dupla tributação pelo Imposto de Renda com os seguintes países: Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, China, Coreia, Dinamarca, Equador, *Espanha*, Filipinas, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suécia, Tchecoslováquia (República Tcheca e República Eslovaca).

Também não incidirá Imposto de Renda no caso de existir lei de reciprocidade de tratamento, ou seja, quando a lei do país de destino do bem exportado concede isenção fiscal para a mesma natureza de rendimento auferido por empresas

brasileiras.

Enfim, em existindo tratado internacional contra a dupla tributação ou lei interna do país de destino concedendo isenção tributária, entendemos que não há incidência do Imposto de Renda na fonte sobre remessa para pagamento de serviços decorrentes de contrato de transporte marítimo celebrado de acordo com um dos seguintes regimes: a) *house to house*: a mercadoria é retirada no estabelecimento do exportador em São Paulo e entregue no estabelecimento do importador em Madri; b) *pier to pier*: a mercadoria é retirada no porto de Santos e entregue no porto de Barcelona; c) *house to pier*: a mercadoria é retirada no estabelecimento do exportador em São Paulo e entregue no porto de Barcelona; d) *pier to house*: a mercadoria é retirada no porto de Santos e entregue no estabelecimento do importador em Barcelona.

8.3. Isenção: empresas estrangeiras de transportes

O Decreto 3.000/99, ao regulamentar a isenção do Imposto de Renda das “Empresas Estrangeiras de Transportes”, o fez da seguinte forma:

Art. 176 Estão isentas do imposto as companhias estrangeiras de navegação marítima e aérea se, no país de sua nacionalidade, as companhias brasileiras de igual objetivo gozarem da mesma prerrogativa (Decreto-Lei 844, de 1943, art. 30).

Parágrafo único A isenção de que trata este artigo alcança os rendimentos auferidos no *tráfego internacional* por empresas estrangeiras de *transporte terrestre*, desde que, no país de sua nacionalidade, tratamento idêntico seja dispensado às empresas brasileiras que tenham o mesmo objeto, observado o disposto no parágrafo único do art. 181 (Decreto-Lei 1.228, de 3 de julho de 1972, art. 1º).

Estabeleceu, ainda, o seguinte sobre o “Reconhecimento da Isenção”:

Art. 181 As isenções de que trata esta Seção independem de prévio reconhecimento.

Parágrafo único No caso do art. 176, a isenção será reconhecida pela Secretaria da Receita Federal e alcançará os rendimentos obtidos a partir da existência da reciprocidade de tratamento, não podendo originar, em qualquer caso, direito à restituição de receita (Decreto-Lei 1.228/72, art. 2º, parágrafo único).

A SRRF da 9ª Região entendeu que “são isentos de Imposto de Renda os rendimentos auferidos no *tráfego internacional* por empresas estrangeiras de *transporte terrestre*, desde que, no país de sua nacionalidade, tratamento idêntico seja dispensado às empresas brasileiras que tenham o mesmo objeto. A fruição desse benefício está, contudo, condicionada ao seu reconhecimento por ato da Secretaria

da Receita Federal. Dispositivos Legais: Decreto-Lei 1.228/72, arts. 1º e 2º, parágrafo único; RIR/99, arts. 176 e 181” (Processo Consulta 276/04).

Como se nota, a isenção de que trata o art. 176 alcança todas as modalidades de transporte: aéreo, marítimo e terrestre. Ademais, o tratamento idêntico pode decorrer de legislação interna de cada país ou de tratado internacional. Nesse sentido, a novidade trazida pelo art. 176 acima transcrito, especificamente pelo seu parágrafo único, foi a inclusão das empresas de transporte terrestre no rol das companhias contempladas com a isenção.

De acordo com as normas acima transcritas, se o tratamento dado pela legislação interna da Espanha à companhia brasileira for no sentido da isenção, a norma da legislação interna do Brasil deve conceder a mesma prerrogativa às companhias espanholas, em virtude dos próprios termos da legislação brasileira, que introduz o tratamento recíproco. A mesma interpretação vale para o caso de haver tratado contra a dupla tributação entre Brasil e Espanha. Não incidiria, portanto, Imposto de Renda na fonte no caso de remessa para pagamento do transporte terrestre da máquina no trajeto Barcelona-Madri, uma vez que esse percurso caracterizaria tráfego internacional com início na cidade de São Paulo e destino final Madri, local do estabelecimento do importador.

9. Conclusão

A análise da legislação ordinária e as respostas dadas pela Receita Federal demonstram, de maneira inexorável, que apenas estão sujeitas à tributação do Imposto de Renda na fonte as remessas para pagamento de transporte que não se enquadram nas hipóteses legais acima descritas. Isso significa que comporta várias exceções o entendimento da SRRF da 8ª Região Fiscal, segundo o qual “as importâncias remetidas pelo exportador a residentes no exterior, a título de despesas com agenciamento de carga, frete interno (entre o porto e o depósito) e armazenagem, necessárias à entrega da mercadoria no local designado pelo importador (contrato com cláusula DDU), por caracterizarem *remuneração pela prestação de serviços*, estão sujeitas à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 25%” (Processo Consulta 189/05).

De acordo com a norma geral da legislação ordinária interna, as remessas para a remuneração de serviços prestados por residentes ou domiciliados no exterior estão sujeitas à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 25% (art. 7º da Lei 9.779/99 e art. 685 do Decreto 3.000/99). Existem, contudo, na própria legislação ordinária, exceções a essa regra. Em relação aos serviços de transporte, a alíquota zero no caso de receitas de fretes, afretamentos, aluguéis e arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras é uma exceção que independe de tratado internacional ou de tratamento

recíproco.

Também existem exceções na legislação ordinária que dependem de existência de tratado contra a dupla tributação ou lei interna recíproca. Nesse sentido, caso os serviços de transporte sejam prestados por empresa sediada na Espanha, não incidirá o Imposto de Renda se o Brasil for signatário de tratados contra a dupla tributação com aquele país. Normalmente, os tratados, no que concerne às prestações internacionais de serviços, reservam a competência tributária exclusiva ao país de domicílio do prestador, vedando a tributação na fonte pelo país em que se localiza o beneficiário.

Vale especificar que os tratados internacionais firmados pelo presidente da República (art. 84, VIII, da CF) e aprovados pelo Congresso Nacional por meio de decretos legislativos (arts. 49, I, e 59, VI, da CF) adquirem *status* de lei interna, motivo pelo qual as suas normas limitam a eficácia e impedem a incidência de determinadas normas da legislação tributária interna.

Com a finalidade de superar as imprecisões da legislação ordinária e dar solução definitiva aos problemas enfrentados pelos exportadores, a Associação dos Exportadores Brasileiros (AEB) formulou proposta de alteração da legislação ordinária que, em relação ao tema que estamos tratando, apareceu com a seguinte redação:

Art. 9º Fica reduzida a zero, relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2001, a alíquota do Imposto de Renda incidente sobre remessas, para o exterior, destinadas exclusivamente ao pagamento de despesas relacionadas a exportações brasileiras de mercadorias e serviços, decorrentes de serviços prestados por pessoa física ou pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior, nas seguintes hipóteses:

(...)

VI – inerentes à condição de venda negociada sob *incoterms* em que o exportador brasileiro assumia todos os encargos, de natureza tributária ou não, necessários à entrega da mercadoria no local designado pelo importador.

Indubitavelmente, a redação proposta pela AEB reduz as imprecisões semânticas que geralmente aparecem na legislação ordinária e facilita o cálculo econômico empresarial. Como se sabe, porém, as conexões entre economia e política nem sempre autorizam a edição de normas tributárias demasiadamente genéricas e liberalizantes.

De qualquer modo, é preciso fixar que decisões baseadas simplesmente em interesses arrecadatórios imediatos e contrariando a interpretação da doutrina e jurisprudência tumultuam as relações de confiança que devem prevalecer numa economia globalizada, em que os tratados internacionais contra a dupla tributação desempenham papel de proteção e garantia de maior relevo, uma vez que neutralizam as inseguranças e incertezas e permitem ao empresário elaborar um cálculo

econômico empresarial exequível e eficaz.

Nota

¹Pinto, Bilac. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. P. 73.

A Proporcionalização do Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro*

Cláudio Grande Júnior**

Introdução

A constitucionalização do Direito Administrativo tem levado ao natural enfiamento de paradigmas. Um destes é o identificado pela doutrina como princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Objeto de profunda reformulação por doutrinadores de escola, este princípio teve até mesmo negada sua existência por alguns.

No presente artigo analisar-se-á, a partir do referencial teórico pós-positivista, no que consiste o chamado interesse público e a conseqüente necessidade ou não de existência do denominado princípio da supremacia do interesse público como pressuposto para sua efetiva concretização.

1. O interesse público e sua evolução

A confusão sobre o que seja interesse público resulta do histórico processo de despatrimonialização e despersonalização do poder. Ligado originalmente a razões militares, penais e, principalmente, de dominação, a invocação de interesse público serviu por milênios para a prática de atrocidades.

Os grandes filósofos da antiguidade o enxergavam como um caso particular do problema mais geral da justiça. Todavia, Maquiavel desmistificou essa idéia, afirmando que o interesse público era a formação e manutenção de um Estado forte que proporcionalizasse paz às pessoas e o conseqüente progresso da sociedade (ordem e progresso). Sabe-se que essa busca conduziu ao absolutismo, no qual o interesse público era o interesse do déspota, e a crença de que, livre das disputas

* Revisão e ampliação do artigo científico apresentado como avaliação final no curso de Especialização em Direito Administrativo Contemporâneo, promovido pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás –Idag e Centro Universitário de Goiás – UniGoiás.

** Procurador do Estado de Goiás, especialista em Direito Administrativo contemporâneo pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás– Idag e Centro Universitário de Goiás–UniGoiás.

políticas, a coletividade poderia evoluir. Não houve tal progresso porque, com a patrimonialização do aparato estatal, o povo trabalhava para custear o Estado que, por sua vez, sustentava a nobreza. O Estado era um instrumento de dominação e nunca se cumpriu o verdadeiro interesse público, porque este se confundia com os interesses pessoais dos detentores do poder.

O iluminismo retornou ao ideal de justiça, apresentando a teoria do Estado como pacto da sociedade, objetivando garantir a ampla liberdade de ação dos indivíduos e o modelo capitalista. Sendo um pacto, não poderia ser o poder personalizado ou patrimonializado em certas pessoas. Assim, tornou-se necessário separar e contrapor as esferas privada e pública. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto define a primeira como o predomínio da vida econômica e da ação individual e a segunda como campo de imposição das regras de manutenção das condições básicas de preservação do sistema econômico.¹ Completa Leonel Ohlweiler:

É claro, não se desconhece as conjunturas políticas, históricas e sociais que engendraram esta separação, bem como os efeitos para a comunidade, como o processo de despatrimonialização e despersonalização do poder, na medida em que há necessidade de ser exercido o controle sobre a sua utilização, não sendo mais apropriado patrimonialisticamente ou submetido a um conjunto de critérios pessoais. A dicotomização entre a esfera pública e privada, com efeito, funcionou como elemento de racionalização, o que foi determinante para a imperiosidade de seu elevado grau, como até mesmo mecanismos de justificação da imposição de restrições aos interesses individuais, em nome do “interesse público”. Verifica-se, desta forma, na própria construção desta verdadeira “separação” a permanente tensão entre o que está restrito à atuação dos indivíduos e o espaço previamente delimitado da ação coletiva.²

E arremata Floriano Marques Neto:

A partir do momento em que este poder (e os instrumentos e estruturas a ele inerentes – v.g., o aparato burocrático) não pode mais ser apropriado patrimonialisticamente pelo soberano e nem depende mais intrinsecamente da sua pessoa ou de seus laços pessoais, será necessária a construção de uma argumentação que justifique a existência autônoma deste poder e que viabilize sua efetivação. Para tanto este poder precisa ser único, pois será concebido como originado e dirigido a todos os indivíduos (então concebidos como livres, iguais e autônomos) que compõem uma dada coletividade.³

Chama a atenção o fato de que o público deveria ser único. Surge a Administração Pública, a única para gerir o interesse público monolítico. A pluralidade e as contradições deveriam ser superadas no Parlamento quando da edição das leis que definiriam o interesse público e vinculariam a Administração Pública. “A legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representava a vontade geral do povo”.⁴

Assim, “o Direito Administrativo nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública”.⁵ Surge eminentemente liberal, preocupado tão-somente em impor limites à Administração Pública, sem preocupações formais e procedimentais. Essa outra perspectiva seria descortinada por Max Weber ao atribuir à burocracia o papel de operacionalização do monopólio decisório.

O grande interesse público era assegurar a autonomia da vontade. Todavia, o caos urbano e social que se seguiu à revolução industrial redimensionou o interesse público de forma a exigir uma atuação estatal positiva. Havia interesse de todos na concretização do planejamento urbano e de medidas sanitárias de controle epidemiológico. Isso só poderia ser feito através do Estado, que passou a ser denominado social de direito, direcionado ao atendimento das demandas sociais e econômicas.

A partir do pensamento de Hegel foi levada ao extremo a ideologia de que o Estado seria o lugar no qual o espírito do povo, vencidas as tensões da sociedade civil, realizar-se-ia plenamente. Caminhou-se perigosamente para o Estado totalitário, que aspirava incorporar a sociedade, a nação e o povo. Encarnou o interesse das maiorias de extirpar os elementos nocivos da sociedade, normalmente identificado em indesejáveis minorias como os judeus, homossexuais, ciganos e deficientes físicos e mentais.

Os trágicos acontecimentos daí resultantes evidenciaram que o interesse público não é o do Estado, nem se encaixa na idéia simplista de interesse das maiorias. No Estado Democrático de Direito o interesse público é aquele para o qual a Constituição foi projetada a realizar. Assim, por exemplo, mesmo sendo a vontade da maioria o extermínio das minorias, não pode esse anseio ser cumprido, porque é de interesse público a preservação dos diversos componentes da sociedade pluralista. O sistema constitucional é o farol de identificação do interesse público; seu núcleo é a dignidade da pessoa humana, que por consequência lógica passa a ser também o do Direito Administrativo. Desse modo, conclui Patrícia Ferreira Baptista:

Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social.⁶

A sociedade democrática abriga numerosos interesses. Somente a exposição do resultado da confluência de todos eles perante a Constituição possibilita a

identificação do verdadeiro interesse público. Este não se confunde, portanto, com o interesse estatal (também chamado de público secundário), os difusos, coletivos, individuais homogêneos ou a soma dos interesses particulares, embora os abrigue em diferentes intensidades.

Hermeneuticamente, é possível sustentar que entre interesse público e Constituição há uma relação de co-pertença, quer dizer, o texto da Constituição não vai funcionar como elemento de subsunção, mas *locus* lingüístico privilegiado para permitir a necessária ponderação, a fim de exsurgir a unidade hermenêutica entre interesse público e privado.⁷

Nada impede que em determinados casos o interesse público se identifique até mesmo com o interesse privado, embora categorialmente permaneçam distintos.⁸ É a chamada por Celso Antônio Bandeira de Mello dimensão pública dos interesses individuais:

*O interesse público não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquele que se manifesta enquanto estes — inevitavelmente membros de um corpo social — comparecem em tal qualidade.*⁹

A magnífica lição do professor serve para explicar o interesse público que levou ao surgimento do Direito do Trabalho, do Consumidor e à publicização do direito privado em geral, citando-se, por exemplo, a função social dos institutos da propriedade e do contrato civil. Sendo a relação empregatícia estritamente privada, por qual motivo o Estado a disciplina protegendo o trabalhador? Porque se verificou que neste tipo de contrato os indivíduos se apresentam, em larga escala, como membros importantíssimos do corpo social e a péssima repercussão da exploração excessiva do proletariado expunha o sistema ao risco de colapso. O interesse público exigiu a regulação estatal nessa seara. Igualmente, nas relações de consumo, verificou-se que a reiterada agressão aos interesses particulares dos consumidores apresentava forte reflexo em sua dimensão pública, repercutindo desfavoravelmente ao interesse público.

É o interesse público que legitima a existência do Direito Administrativo, ora com prerrogativas em favor da Administração Pública, ora protegendo o administrado. Para a primeira, cite-se a imprescindível presunção de legitimidade e a auto-executoriedade dos atos administrativos, o poder de polícia, de expropriar, de alterar e de rescindir unilateralmente os contratos administrativos e a existência de prazos processuais dilatados. Por outro lado, ao cidadão é resguardado o princípio da legalidade, do contraditório e ampla defesa nos processos administrativos, a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado e a obrigatoriedade

de licitação e concursos públicos.

O interesse público não é algo objetivo, pronto e posto de plano. Precisa ser sempre averiguado, caso a caso, a partir da Constituição. Muitas vezes é facilmente detectável em regras constitucionais, em certos casos resulta da concretização de princípios, outras vezes precisa ser minuciosamente esquadrihado em meio às diversas normas constitucionais. Sendo a Constituição um contínuo processo público, sua concretização sempre envolve a do interesse público desde a atividade legislativa, quando os parlamentares optam por uma ou outra alternativa dentre as diversas oferecidas. Ao inovarem o ordenamento jurídico, os parlamentares interpretam o sistema constitucional buscando oferecer uma solução legislativa para a identificação do interesse público. O Professor Peter Häberle salienta:

Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. (...)

(...) O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. (...) Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (*Öffentlichkeit*) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.¹⁰

Destarte, a legislação infraconstitucional auxilia na perquirição do interesse público, tendo uma importância especial no Direito Administrativo em função do princípio da legalidade. Ela não exaure o entendimento do que seja interesse público, porque pode ser insuficiente ou resultado de uma interpretação equivocada da Constituição, incidindo em alguma forma de inconstitucionalidade *per se* ou quando em confronto com outros interesses. Por causa disso, a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei é um dos antigos paradigmas do Direito Administrativo postos em xeque. Contundente é a explicação de Carlos Ari Sundfeld:

Para aplicá-lo, é preciso desde logo atentar para dois possíveis sentidos da expressão interesse público, a justificar um desdobramento conceitual: *interesse público em sentido mínimo* e *interesse público em sentido forte*. Quando o Direito atribui ao Estado o dever de cuidar de certo valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, que legitima a atuação estatal (*interesse público em sentido mínimo*). Só que isso não importa necessariamente tomada de posição da ordem jurídica quanto à prevalência

desse valor sobre outros, que com ele se choquem, pois algo pode ser sério o bastante para ensejar a atuação do Estado, mas não sê-lo a ponto de justificar o sacrifício de outros bens. Quando o Direito consagra essa prevalência, pode-se falar em *interesse público em sentido forte*. Essa expressão serve para *descrever a relação entre dois valores*, um que prevalece (*o interesse público em sentido forte*) e o que se cede (o interesse simples).¹¹

Da colisão do interesse público previsto em lei com outros interesses, seja individuais, difusos, coletivos ou até mesmos estatais, é que se extrai o verdadeiro interesse público. Aquele goza de uma presunção legal de ser interesse público, mas pode sucumbir perante outros interesses que coloram com mais força o interesse público constitucionalmente desenhado. Se existe supremacia do interesse público é, com certeza, do último, o em sentido forte. No Estado Democrático de Direito jamais pode ser do em sentido mínimo. Por outro ângulo, não mais se tolera o legislador empurrar contra a sociedade leis que objetivam atender apenas ao interesse público secundário, desconsiderando o primário. Inclusive, o desvio de finalidade inquina a lei de inconstitucionalidade por abuso do poder de legislar.

Todo esse cuidado também deve ser sempre tomado pela Administração Pública como forma de prevenção de litígios. O controle interno não pode ser apenas de legalidade, mas principalmente de constitucionalidade, para a constatação e concretização do autêntico interesse público.

Se, ainda assim, a Administração Pública avaliar mal o interesse público, os prejudicados poderão buscar socorro no Judiciário. Sucumbe outro paradigma: a intangibilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Este pode e deve analisar a discricionariedade do administrador “exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição”.¹² O outrora endeusado princípio da separação dos Poderes se remodela para ceder espaço à concretização das demais normas constitucionais através do controle de constitucionalidade da discricionariedade administrativa e, em última análise, de conteúdo do próprio interesse público. Lembra Alice Maria Gonzalez Borges que se acha superada a concepção tradicional de que o preenchimento de conceitos indeterminados, como é o caso do de interesse público, estaria estritamente situado no campo da discricionariedade administrativa e subtraída da apreciação do Poder Judiciário.¹³

Concluindo, o interesse público não é um conceito jurídico indeterminável, e sim indeterminado. Define Eros Roberto Grau:

São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos, – razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.¹⁴

“Cabe à Administração Pública, no seu dia-a-dia, interpretar o *interesse público*, para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva. Daí afirmar Hector Jorge Escola que o Direito Administrativo é o *Direito do interesse público*.”¹⁵

2. O denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Visto o que é o interesse público, aborda-se, agora, sua concretização. Para tanto, o grande publicista Celso Antônio Bandeira de Mello defende a existência de um princípio implícito da supremacia do interesse público autêntico sobre os interesses privados. A supremacia seria do interesse público primário, o único destrinchável de ponderações à luz da Constituição, jamais do interesse meramente estatal ou secundário.

De um modo geral, a doutrina seguiu essa linha de raciocínio sem grandes divergências. Segundo Diógenes Gasparini, “no embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público”.¹⁶ A lição é repetida por José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ e alcança com Kildare Gonçalves Carvalho o seguinte contorno: “os interesses da Administração Pública sobrepõem-se aos particulares, no caso de com estes colidir”.¹⁸ Muitas vezes é chamado na doutrina simplesmente de princípio do interesse público. Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro identificam-no com o princípio da finalidade pública, presente tanto na elaboração da lei como na sua execução em concreto pela Administração Pública. Sua tradicional razão de ser, conforme Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, é a seguinte: “à Administração Pública cabe a tutela dos interesses públicos. Estes têm supremacia sobre os interesses particulares para garantir a própria conservação do sistema e a estabilidade da ordem social”.¹⁹

Só bem mais tarde o princípio da supremacia do interesse público foi objetado por Humberto Bergmann Ávila, que não o considera uma norma-princípio, mas, no máximo, um axioma que traria uma simples regra fixa de preferência. Ressalta, outrossim, a imprescindibilidade do procedimento para a determinação e instituição do interesse público (Niklas Luhmann), porque o mais importante seria a descrição e determinação intersubjetivamente controlável dos critérios para definição do interesse público. Como a expressão bem público representa a abreviatura daquilo que a Constituição entende por limites permitidos ou não, em vez de preferência ao aludido princípio deve ser atribuída importância às normas constitucionais e legais, por serem juridicamente decisivas. Os princípios devem ser ponderados entre si, consistindo em algo bem diverso de uma supremacia, até porque o interesse privado serve para compor o interesse público. Conclui dizendo

que o interesse público não é determinável objetivamente. Disseca a expressão mostrando que *interesse* representa um fenômeno psíquico, sendo *público* o que as normas constitucionais são vocacionadas a concretizar.²⁰

Já Fábio Medina Osório resgata e defende a concepção original de Bandeira de Mello, identificando inadequação na definição de princípio da supremacia do interesse público sobre o privado utilizada no trabalho de Ávila: ninguém na doutrina nacional defende a supremacia do interesse público desrespeitando o conjunto de direitos fundamentais consagrados na Constituição. Seria, na verdade, uma direção finalística para a atuação da Administração Pública, completando o princípio da impessoalidade. Portanto, é uma norma constitucional que inspira a elaboração e interpretação do ordenamento jurídico, servindo de parâmetro para os demais princípios e regras constitucionais.²¹

Paulo Ricardo Schier, por sua vez, contestou não o conteúdo, mas a entronização do interesse público num pretense patamar hierárquico superior àquele ocupado pelos direitos e garantias fundamentais, uma vez que a proteção destes legitima o sistema constitucional e ubica no centro da totalidade do Direito. O debatido princípio não poderia ser erigido numa cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, porque descambaria para uma política autoritária de falsa realização constitucional. As liberdades e garantias fundamentais não são meros “restos” de direitos pontilhados em meio à cláusula geral de restrição de direitos fundamentais. Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja interesse público e este só se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles, compondo uma integração normativa e axiológica. Amparado na idéia de unidade da Constituição, demonstrou que, quando a solução da colisão de normas não é dada previamente pelo Texto Constitucional, não pode ser atribuída uma resposta pronta em favor de um interesse de hierarquia supostamente superior; faz-se necessária uma série de ponderações legislativas, administrativas ou judiciais, levando-se em conta os postulados normativos aplicativos da proporcionalidade e da razoabilidade. Desse modo, alcança a brilhante conclusão de que o que se pondera não é propriamente a supremacia do interesse público, mas o próprio interesse público.²²

Trilhando por outra via, Leonel Ohlweiler chega à conclusão bem próxima de que a compreensão do ente interesse público impede a utilização do dogma de supremacia sobre o privado, eis que a ponderação permite apreender e coordenar as divergências entre público e privado, superando a idéia de rígida oposição entre os dois. Em outras palavras, o interesse público não é um conceito pronto e apenas acontece na esfera do agir ponderativo.²³

Alexandre Santos Aragão censura a visão do princípio da supremacia do interesse público como de uma pré-ponderação de valores. Defende a existência

de não um, mas muitos interesses públicos, inexistindo supremacia dos estatais ou sociais. Ao ponderá-los, os argumentos jurídicos ligados diretamente ao texto da regra específica a ser aplicada devem prevalecer sobre os argumentos metajurídicos ou mais genéricos e subjetivos. Assim, no conflito entre regra e princípio deveria prevalecer aquela. Além disso, a ponderação de valores pelo Poder Judiciário e a Administração só seria admissível na ausência de regra constitucional ou legal. A supremacia do interesse público não poderia ser utilizada para rompimento desse dique, porque, no Estado de Direito, o papel de pesar os valores em jogo é primordialmente atribuído ao legislador ou ao constituinte, não ao Judiciário ou ao Executivo. Assim, acredita ter demonstrado a fragilidade dos argumentos não-institucionais diante dos institucionais, que são os ligados diretamente ao texto das regras jurídicas. A segurança jurídica na sociedade democrática não poderia ficar à mercê da permanente ameaça de invocação da “supremacia do interesse público”.²⁴

Defendendo a versão da gênese autoritária do Direito Administrativo, Gustavo Binenbojm vislumbra o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como um resquício desse autoritarismo originário. Partindo das conclusões de Ávila, critica a norma de prevalência de um interesse (coletivo) que não é mais do que a dimensão do outro (individual). Por conter uma relação de supremacia, o combatido “princípio” suprime os espaços de ponderação, principalmente com o da dignidade da pessoa humana, eixo central do sistema constitucional; imunizando-se, outrossim, dos postulados da proporcionalidade e da concordância prática. Nega a existência de um princípio da supremacia do interesse público, mas não o conceito de interesses públicos e o do melhor interesse público obtido a partir de um procedimento racional de ponderação constitucional. Ao contrário de Aragão, entende que quando nem a Constituição nem a lei realizam por completo o juízo de ponderação entre os interesses conflitantes, incumbe ao administrador público percorrer essa etapa.²⁵

Da análise conjunta do pensamento dos grandes doutrinadores acima citados, entende-se neste trabalho que existe um princípio relacionado ao *atendimento* do interesse público. Não é de sua *supremacia*, porque se há supremacia de algo é da Constituição, promulgada no Estado Democrático de Direito, objetivando atender ao melhor interesse público primário. Sendo este interesse o resultado a ser extraído da supremacia da Constituição, não pode ser considerado uma norma, e sim um axioma. Em outras palavras, não é uma norma-princípio, mas um princípio-axioma. Explica Humberto Ávila:

Norma é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função da qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite. A norma-princípio tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expresse ou implícito. Caracteriza-se estruturalmente por ser concretizável em vários graus.

Axioma (usado, originalmente, como sinônimo de postulado) denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la. Por isso mesmo, são os axiomas aplicáveis exclusivamente por meio da lógica, e deduzidos sem a intervenção de pontos de vista materiais.²⁶

O verdadeiro interesse público, assim entendido como o melhor interesse público primário, deve ser atendido, seja no plano legislativo, no administrativo ou no jurisdicional. Disso ninguém discorda, então é uma proposição aceita por todos, não sendo possível nem necessário prová-la, pois decorre da própria supremacia do sistema constitucional.

O grande debate restringe-se ao emprego das expressões *princípio* e *supremacia* como instrumentos para a concretização do melhor interesse público abrangido na Constituição. Pode ser denominado *princípio*, mas com o sentido de axioma, não de norma. Quanto ao termo *supremacia* deve ser evitado e reservado exclusivamente para a Constituição.

3. A proporcionalização do interesse público no Direito Administrativo

Nos demais ramos do Direito, a proporcionalização do interesse público é normalmente alcançada pela promulgação de leis ou de decisões judiciais. No Direito Administrativo há a particularidade de um de seus sujeitos, a Administração Pública, poder em muitos casos impor ao outro o que entende ser interesse público.

O atendimento do interesse público primário por essa forma de agir unilateral é perfeitamente alcançável por meio do princípio da impessoalidade e/ou da finalidade pública ponderado com os demais princípios constitucionais, modulando-os todos através do postulado da proporcionalidade.

Não é por outro motivo que Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica a supremacia do interesse público com o princípio da finalidade pública.

Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em sua atuação.²⁷

Como a Constituição Federal preferiu a expressão impessoalidade (art. 37), costuma-se inserir a finalidade pública como uma vertente do princípio da impessoalidade, significando que a atuação da Administração Pública deve ser dirigida ao fim público, impessoal, vedado o favorecimento de certas pessoas ou grupos em detrimento do interesse público. A outra vertente significa a imputação dos

atos administrativos à pessoa jurídica ou órgão público e não ao agente público que o pratica, tanto que o § 1º do mesmo art. 37 proíbe a publicidade de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de agentes públicos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta, ainda, que o referido princípio veda ao Estado perseguir interesses públicos secundários desligados dos interesses primários. “Jamais deve atuar em seu exclusivo benefício, mas sempre no da sociedade.”²⁸ Ressalte-se, portanto, que a impessoalidade deve ser verificada não somente perante os interesses privados, mas também perante os interesses estatais ou públicos secundários. Do mesmo modo que a Administração Pública não pode se nortear com vistas a prejudicar ou beneficiar indevidamente determinadas pessoas, ainda não pode agir pretendendo beneficiar apenas a entidade estatal ou outras pessoas jurídicas de direito público. Se assim fizer, não estará cumprindo o fim público e impessoal, apenas um pessoal da entidade. Essa interpretação do princípio da impessoalidade e/ou da finalidade pública é suficiente para não ter de se invocar indevidamente um princípio normativo da supremacia ou do atendimento do interesse público. Segundo Carlos Ari Sundfeld, tal conteúdo do princípio da impessoalidade vincula até mesmo o legislador, impedindo o abuso de poder de legislar. A impessoalidade não seria princípio apenas do Direito Administrativo, como o texto do art. 37 da Constituição Federal poderia dar a entender, “mas principalmente de todo o direito público, aplicando-se a todas as manifestações estatais, inclusive as judiciais e legislativas”.²⁹

Se o princípio da impessoalidade mostrar-se insuficiente, os demais princípios da Administração Pública estão dispostos ao atendimento do interesse público, bem como todos os outros princípios e regras constitucionais. Esse quadro ponderativo é modulado pelo postulado da proporcionalidade, que veda o excesso e atribui concordância prática aos princípios em contraposição. Assim, é possível conciliar o interesse estatal com os demais interesses em causa, alcançando o interesse público primário. Para tanto, verifica-se se a medida decorrente do interesse estatal é: a) adequada ou apta a alcançar o resultado necessário; b) necessária ou a menos gravosa para atingir o fim; e c) proporcional em sentido estrito, de modo a não restringir excessivamente outros interesses constitucionais envolvidos, vituperando o próprio interesse público primário.

Conclusão

Conclui-se que o autêntico interesse público é o primário, um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo deve ser buscado caso a caso, equacionando-se os diversos interesses constitucionalmente relevantes abrigados. É da ponderação racional dos diversos interesses particulares, difusos, coletivos, individuais

homogêneos e estatais (públicos secundários) que se descobre o verdadeiro interesse público primário, sempre protegido pelo sistema constitucional.

Para a concretização desse interesse público primário, não é necessária a existência de um princípio-normativo que se convencionou chamar princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A única supremacia tangível é a da Constituição, sendo o atendimento do interesse público um axioma jurídico. Assim, basta não perder de foco esse axioma, que norteia a aplicação do princípio da impessoalidade e/ou finalidade pública. Este, por seu turno, significa atuação impessoal não só perante os interesses particulares, como também em face dos interesses estatais (interesses públicos secundários). Proporcionalmente e ponderado com os demais princípios constitucionais, o princípio da impessoalidade e/ou finalidade se mostra apto a orientar o legislador, o administrador e o juiz à realização do interesse público primário.

Notas

¹ Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43.

² Ohlweiler, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. A & C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, 18, p. 138, out./dez. 2004.

³ Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. cit.*, p. 44.

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, 30, p. 48, março/abril de 2005.

⁵ Di Pietro. *Op. cit.*, p. 39.

⁶ Baptista, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-130.

⁷ Ohlweiler, Leonel. *Op. cit.*, p. 136-137.

⁸ Osório, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, 28, p. 64, 1999.

⁹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71.

¹⁰ Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 26/27.

¹¹ Sundfeld, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: O problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, 28, p. 31, nov./dez. 2004.

¹² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 49.

¹³ Borges, Alice Maria Gonzalez. *Temas de Direito Administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 194/195.

¹⁴ Grau, Eros Roberto, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 72.

¹⁵ Borges, Alice Maria Gonzalez. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁶ Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 18.

- ¹⁷ Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10^a ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 21.
- ¹⁸ Carvalho, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.541.
- ¹⁹ Bittencourt, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 28.
- ²⁰ Ávila, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 de julho de 2005.
- ²¹ Osório, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, 28, p. 32/65, 1999.
- ²² Schier, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, 4, p. 167/185, jan./mar. 2004.
- ²³ Ohlweiler, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. A & C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, 18, p. 107-145, out./dez. 2004.
- ²⁴ Aragão, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, 8, p. 7/21, jan./mar. 2005.
- ²⁵ Binenbojm, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, 8, p. 77/113, jan./mar. 2005.
- ²⁶ Ávila, Humberto. *Op. cit.*, p. 4 e 6.
- ²⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 68.
- ²⁸ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93.
- ²⁹ Sundfeld, Carlos Ari. Princípio da impessoalidade e abuso e abuso do poder de legislar. *RTDP* 5/161, São Paulo, 1994.

Referências bibliográficas

- ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- AMARAL, Rafael Caiado. Breves ensaios acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, 64, abril/2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3995>>. Acesso em: 21/07/05.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, 8, p. 7/21, jan./mar. 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *O direito público em tempos de crise – estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. 1999, p. 99/127.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, 6, setembro, 2001. Disponível

em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, 8, p. 77/113, jan./mar. 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas de Direito Administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, 24, p. 13/23, março/abril de 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COPETTI, André *et al.* (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito: Direito e vida social, aplicação do Direito, Direito e Política*. 2ª ed. corrigida. São Paulo: Saraiva, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Inovações no Direito Administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, 30, p. 39/58, março/abril de 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. (Coord.). *Direito público moderno: homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, 53, jan./2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 21/04/04.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competência dos tribunais administrativos para controle da constitucionalidade. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, 24, p. 24/28, março/abril de 2004.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

LEAL, Mônica Clarissa Hening. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, 17, p. 31/58, jul./set. 2004.

- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização das regras da Administração Pública e o controle do Poder Judiciário. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, 18, p. 89/106, out./dez. 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORARES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann. A Lei de improbidade, o Ministério Público e a advocacia pública (considerações acerca da “Defesa Pública” nas ações de improbidade). *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, 7, p. 95/116, out./dez. 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, 18, p. 107/145, out./dez. 2004.
- OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, 51, out./2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 03/05/04.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 28, p. 32/65, 1999.
- QUEIROZ, Ari Ferreira. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Goiânia: IEPC, 1996.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, p. 281/289, out./dez. 2002.
- _____. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, 4, p. 167/185, jan./mar. 2004.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, 28, p. 48/63, nov./dez. 2004.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: O problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, 28, p. 29/42, nov./dez. 2004.
- _____. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Carlos Ari. Princípio da impessoalidade e abuso e abuso do poder de legislar. *RTDP* 5/161, São Paulo, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VICHI, Bruno de Souza. A república de Weimar e a Constituição: lições de limitações. A & C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, 14, p. 33/63, out./dez. 2003.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Tópicos Jurídicos

O Juízo de Admissibilidade de Recurso Extraordinário e a Aplicação de Multa por Litigância de Má-fé

Alberto Senna Santos*

I. Introdução

Questão que ainda vacila dentro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal gravita em torno da possibilidade de aplicação de multa por litigância de má-fé, ainda em sede de juízo primeiro de admissibilidade de recurso extraordinário.

Em recente sessão de julgamentos, os ministros que integram a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal viram-se obrigados a analisar agravo regimental¹ em que o recorrente pleiteava, sob o argumento de invasão da competência da Corte Constitucional, a exclusão de multa aplicada pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça que, ao denegar subida de recurso extraordinário, considerou-o manifestadamente protelatório.

Em caso análogo² julgado pela Primeira Turma daquela Corte Constitucional, o Ministro Marco Aurélio Mello, ao proferir voto dissidente, já havia se manifestado pela possibilidade de aplicação da referida multa, ainda em sede de juízo de admissibilidade, nos seguintes termos:

.... o ato do juízo primeiro de admissibilidade é, realmente, de cognição incompleta, mas é um ato jurisdicional e, assim sendo, abre-se a oportunidade do exercício do poder assegurado pelo Código de Processo Civil de impor multa diante da litigância de má-fé, principalmente na quadra vivida, em que constatamos haver uma automaticidade na interposição de recursos.

* Advogado militante em Brasília/DF, pós-graduado em Direito Processual Civil pelo UniCeub.

Ora, não posso, de maneira peremptória, dizer que, mesmo se defrontando o presidente da Corte de origem com recurso simplesmente protelatório, descabe-lhe, acionando o disposto no art. 17 do Código de Processo Civil, fixar a multa.

No mesmo julgamento, observou o Ministro Cezar Pelluso que “*embora o juízo de admissibilidade da instância de origem seja teoricamente provisório, pode tornar-se definitivo, desde que não seja objeto de outro recurso ou que seja depois confirmado pelo juízo definitivo*”, razão pela qual “*a imposição de multa por litigância de má-fé encontra-se dentro do poder de cognição do juiz da esfera provisória de admissibilidade, que não é estrita, sob esse ponto de vista, dado que pode, ao declarar a inadmissibilidade, verificar e punir a litigância de má-fé*”. No mesmo sentido foi o voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

Concessa venia, ousamos discordar do posicionamento daquela egrégia Primeira Turma, uma vez que entendemos, pelos motivos a seguir expostos, ser incabível a aplicação de multa por litigância de má-fé enquanto o recurso se encontrar em fase de juízo primeiro de admissibilidade pelo presidente (ou vice-presidente) do Tribunal *a quo*.

II. Da aplicação de multa por litigância de má-fé

São deveres das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de alguma forma participam do processo proceder com lealdade, reputando-se litigante de má-fé aquele que, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil, se encaixar em uma das seguintes hipóteses:

Art. 17 Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II – alterar a verdade dos fatos;
- III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI – provocar incidentes manifestadamente infundados;
- VII – interpuser recurso com intuito manifestadamente protelatório.

Ao comentar o artigo, Nelson Nery Júnior conceitua litigante de má-fé como sendo “*a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que,*

sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito”³.

Assim, especificamente com relação ao inciso VII do art. 17 acima transcrito, muito embora o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal garanta às partes o direito de recorrer, não há de se falar em inconstitucionalidade do mencionado dispositivo da lei procedimental. Em verdade, o abuso desse direito não pode ser tolerado pelo sistema processual.

Na espécie, considera-se recurso manifestadamente infundado e, portanto, protelatório, aquele que tiver (i) intenção deliberada de retardar o trânsito em julgado da decisão; (ii) destituído de fundamentação razoável ou apresentado sem as imprescindíveis razões do inconformismo; ou (iii) sido interposto sob fundamento contrário a texto expresso de lei ou a princípio sedimentado da doutrina e da jurisprudência.

Verificada a ocorrência de litigância de má-fé de uma das partes⁴ do processo, caberá ao juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento da parte contrária, condená-la “*a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou*”, conforme determina o art. 18 da Lei Processual Civil.

Muito embora a verificação da litigância de má-fé dependa de ato subjetivo do magistrado, é certo que a doutrina e a jurisprudência já se alinharam no sentido de estabelecer alguns parâmetros para sua configuração. Nesse diapasão, resta-nos saber se a verificação de incidência do inciso VII do art. 17 do Código de Processo Civil enseja ou não exame de mérito do recurso extraordinário.

Entendemos que sim. Ao verificar se um recurso extraordinário é manifestadamente infundado (e, por conseguinte, protelatório), o Tribunal *a quo* responsável pelo juízo primeiro de admissibilidade sem dúvidas adentra no exame de mérito do apelo. E o motivo é simples: não há como verificar se as razões ou a fundamentação do recurso são razoáveis, ou mesmo se esta é contrária a texto expresso de lei ou a princípio sedimentado da doutrina e da jurisprudência, sem adentrar no mérito do recurso. Na realidade, esse é o mérito do apelo extraordinário!

Outra questão que merece atenção no caso de aplicação de multa em sede de juízo primeiro de admissibilidade diz respeito à patente ofensa ao princípio da ampla defesa previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Segundo Nelson Nery Júnior, “*vislumbrada a prática de ato caracterizador de litigância de má-fé, deverá o juiz dar oportunidade ao litigante inocente para que se manifeste a respeito, ao mesmo tempo em que deverá ser ouvido o improbus litigator para que se defenda (CF, 5º, LV)*”⁵.

Na realidade, entendemos que a imposição da multa ao litigante de má-fé não se trata de mera faculdade do magistrado, mas, sim, um dever de ofício caso, no exame do mérito do apelo, seja verificada a situação mencionada pela lei. Contudo, antes de aplicar a multa, deve o órgão jurisdicional conceder à parte, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, oportunidade de manifestação, o que não é possível em sede de juízo primeiro de admissibilidade.

Por fim, há de se lembrar, como o faz Pontes de Miranda, que a existência dos arts. 16 – 18 do Código de Processo Civil não afasta a propositura de ação de indenização contra quem, voluntariamente, por ato ou omissão, negligência ou imprudência, viola direito de outrem, ou lhe cause prejuízo⁶. É o que determina o art. 927 do Código Civil de 2002.

III. Do juízo de admissibilidade

A teor das letras *a*, *b* e *c* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem competência para “*julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição*”.

Nesse sentido nos lembra José Carlos Barbosa Moreira que o recurso extraordinário deve ser interposto no prazo de 15 dias, que começa a fluir da publicação do acórdão recorrido, sendo aplicável, à espécie, as demais regras gerais sobre contagem, prorrogação, suspensão e interrupção dos prazos⁷.

Interposto o recurso, o § 2º do art. 542 do Código de Processo Civil prevê que seja recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo. No entanto, a lei processual autoriza a atribuição de efeito suspensivo em caso de ameaça de lesão grave ou de difícil reparação.

A respeito da sistemática adotada pela legislação processual brasileira quanto ao juízo de admissibilidade dos recursos, Luiz Orioni Neto observa que, ao contrário do que prevêem as legislações alemã e italiana, “*os recursos são interpostos, em regra, perante o próprio órgão de que emanou a decisão impugnada. Só numa segunda etapa é que se encaminha ao órgão ad quem o pedido de novo julgamento*”⁸. Assim, conforme se verifica pela discussão travada no Supremo Tribunal Federal, tal sistemática faz surgir o problema da discriminação das competências sob o ponto de vista funcional.

Ainda segundo Luiz Orioni Neto, nos ordenamentos em que a interposição se endereça, diretamente, ao juízo de grau superior, “*o mecanismo torna-se, por*

este prisma, bem mais simples: é ali que se exercerá toda a atividade cognitiva, em quaisquer aspectos por que tenha o recurso de ser examinado. Ali se não de enfrentar e resolver todas as questões pertinentes a um e a outro dos dois grandes planos em que se distribui a matéria: o do controle da admissibilidade e o da apreciação do mérito”⁹.

No entanto, podemos afirmar que, no Direito brasileiro, a competência para o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário é bipartida. Protocolada a petição de recurso que deve ser dirigida ao presidente do Tribunal *a quo*, intima-se o recorrido, abrindo-lhe vista dos autos, pelo prazo de 15 dias, “*para apresentar contra-razões*” (*caput* do art. 542 do CPC). Findo o prazo, oferecida ou não impugnação, são os autos conclusos ao presidente (ou vice-presidente) do Tribunal *a quo*, para que seja exercido o primeiro juízo de admissibilidade, a fim de se admitir ou não o processamento do recurso.

A admissão do recurso em sede de primeiro juízo de admissibilidade está exclusivamente ligada (i) à obediência dos requisitos de admissibilidade previstos em lei: cabimento, legitimação para recorrer, interesse, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e (ii) à ocorrência dos pressupostos constitucionais de cabimento do recurso extraordinário previstos no art. 102 da Constituição Federal. A nosso ver, são essas as matérias que o presidente (ou vice-presidente) do Tribunal *a quo* está autorizado a examinar, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.

A respeito dos limites do juízo primeiro de admissibilidade, José Carlos Barbosa Moreira, com a precisão de sempre, assevera que “*não compete ao presidente (ou vice-presidente) examinar o mérito do recurso extraordinário, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal*”¹⁰.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, que bem diferencia a análise de admissibilidade e mérito do recurso, “*quando o órgão ad quem, apreciando preliminar, declara admissível o recurso, é como se removesse a última possível barreira à concretização do novo julgamento pleiteado. A decorrência capital e imediata é a passagem ao exame do mérito do recurso: o procedimento recursal vai atingir a sua consumação normal e plena*”¹¹. *Contrario sensu*, o juízo negativo de admissibilidade tem por efeito o encerramento do procedimento recursal sem que o mérito do recurso seja apreciado.

Em outras palavras, cabe investigar, em um primeiro momento, se o recurso interposto atende às exigências impostas pelo próprio processo. Somente depois deste exame é que o magistrado estará apto a apreciar a procedência ou improcedência das alegações formuladas pelas partes, deferindo ou indeferindo seus pedidos.

Ainda no primeiro momento de admissibilidade, vale notar, conforme ensina Ovídio A. Baptista da Silva, que a admissibilidade do recurso pelo órgão jurisdicional inferior não passa de um simples juízo de encaminhamento, portanto provisório, que não vincula o Tribunal Superior¹². Cabe a este e não àquele emitir a última palavra quanto à admissibilidade do recurso e, em seguida, julgar seu mérito.

Para Bernardo Pimentel Souza¹³, “*é preciso ter em mente que, no juízo de mérito, o órgão julgador examina se o recurso é fundado, ou não, com o seu conseqüente provimento ou desprovimento, respectivamente*”. Na espécie, verifica-se que não há como o presidente do Tribunal *a quo* considerar o recurso extraordinário “protelatório” (aplicando multa por litigância de má-fé) sem que se avance profundamente no exame do mérito da questão.

Permitir ao presidente (ou vice-presidente) responsável pelo primeiro juízo de admissibilidade emitir juízo de valor com relação ao recurso ser protelatório ou não, equivale a conferir ao Tribunal *a quo* o direito de desprover liminarmente o recurso.

Portanto, entendemos, *data maxima venia*, que ao Tribunal *a quo* é reservada, tão-somente, a análise da obediência dos requisitos de admissibilidade do recurso previstos em lei, bem como a ocorrência dos pressupostos constitucionais de cabimento do extraordinário, cabendo a este Tribunal Superior, apenas, manifestar-se no sentido de dar ou não seguimento ao recurso.

Matéria alheia às duas questões atribuídas ao exame do Superior Tribunal é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a quem caberá analisar e julgar o recurso, dando-lhe provimento ou não.

IV. Conclusão

Ante todo o exposto, parece-nos acertada a decisão final a que chegou a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que, ao contrário da Primeira Turma daquele Tribunal Constitucional decidiu, à unanimidade de votos, excluir a multa por litigância de má-fé, aplicada pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça, em sede de juízo primeiro de admissibilidade.

Segundo voto do eminente Relator, Ministro Joaquim Barbosa, “*a imposição de multa invade a competência constitucional atribuída ao STF, porquanto a referida sanção deve ser aplicada por aquele que detém o juízo definitivo de admissibilidade do recurso. Asseverou-se, ainda, que o exame de admissibilidade efetuado pelos tribunais inferiores tem natureza provisória e deve limitar-se à análise dos pressupostos genéricos e específicos de recorribilidade do extraordinário*”.

Portanto, não poderia ter sido outra a decisão final daquela Segunda Turma da Corte Constitucional, na medida em que:

a) em sede de juízo primeiro de admissibilidade, compete ao Tribunal *a quo*, apenas, a análise (i) da obediência dos requisitos de admissibilidade do recurso previstos em lei; e (ii) da ocorrência dos pressupostos constitucionais de cabimento do extraordinário;

b) não há como se analisar se o apelo extraordinário é ou não manifestadamente infundado sem que se adentre no exame de mérito do recurso;

c) a Constituição Federal, em seu art. 102, prevê que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de mérito de recurso extraordinário;

d) cabe ao órgão responsável pelo primeiro juízo de admissibilidade, considerando a ocorrência dos pressupostos do recurso extraordinário, autorizar ou não seu seguimento. Na prática, permitir que o Tribunal *a quo* declare ser protelatório recurso ainda em fase primeira de admissibilidade é o mesmo que permitir àquele Tribunal se manifestar quanto ao improvimento do apelo;

e) sob pena de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, não seria dado ao recorrente a oportunidade de se manifestar previamente quanto à aplicação da multa.

Notas

¹ AI 414.648 – ED-AgR/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa – Informativo STF 417.

² STF; AI 420.450 – AgR-ED; Relator Ministro Joaquim Barbosa; Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Melo; 1ª Turma; julgamento 24/11/04; DJ de 1º/07/05.

³ Júnior, Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT. 2006, p. 184.

⁴ Neste caso, considera-se parte o litigante (autor ou réu) ou o interveniente. O Ministério Público não responde por dano processual, salvo quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções, assim como o juiz.

⁵ Júnior, Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT. 2006, p. 187.

⁶ Miranda, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo I*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 352.

⁷ Barbosa Moreira, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 162.

⁸ Mazzei, Rodrigo Reis (coord.). *Dos recursos – temas obrigatórios e atuais – V. 2*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 540.

⁹ Mazzei, Rodrigo Reis (coord.). *Dos recursos – temas obrigatórios e atuais – V. 2*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 540.

¹⁰ Barbosa Moreira, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 164.

¹¹ Dinamarco, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 144.

¹² Da Silva, Ovídio A. Baptista. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 316.

¹³ Souza, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2ª ed. Belo Horizonte: Maza, 2001, p. 51.

Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis (coordenador). *Dos recursos – temas obrigatórios e atuais – V. 2*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo I*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2ª ed. Belo Horizonte: Maza, 2001.

Acórdãos Inteiros Teores

Corte Especial

Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 2005.01.00.022014-3/TO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente
Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias
Requerente: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. José Adonis Callou de Araújo Sá
Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara/TO
Autor: Conselho Regional de Medicina do Estado do Tocantins
Agravante: Conselho Regional de Medicina do Estado do Tocantins
Agravada: Respeitável decisão de fls. 52/53
Publicação: DJ 2 de 12/05/06

Ementa

Exercício da Medicina por médicos estrangeiros sem diplomas revalidados no País e sem registro em Conselho Regional de Medicina. Ofensa à ordem judiciária (constitucional e infraconstitucional) e à ordem administrativa.

I. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (q.v. art. 5º, *caput*, da Constituição).

II. Arranha a ordem constitucional, por ofensa ao princípio da isonomia, o exercício da profissão de médico por estrangeiro em condições que não são asseguradas aos brasileiros.

III. A legislação brasileira (art. 48, § 2º, da Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e art. 17 da Lei 3.268/57 – cuida dos conselhos e do exercício da Medicina no País) exige dos médicos graduados em outros países a revalidação dos diplomas em universidades públicas brasileiras e a inscrição no órgão de fiscalização competente (Conselho Regional de Medicina), como condição *sine qua non*, para o exercício regular da profissão no País.

IV. Agravo do Conselho Regional de Medicina do Tocantins provido, para vedar o exercício da Medicina à margem da Constituição e da lei.

Acórdão

Decide o Tribunal dar provimento ao agravo regimental, por maioria.

Corte Especial do TRF-1ª Região – 17/11/05.

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima: —

1. O Conselho Regional de Medicina do Estado do Tocantins interpõe agravo regimental contra decisão desta Presidência, que suspendeu tutela antecipada concedida nos autos da Ação Civil Pública 2004.43.00.001126-1 para proibir a contratação e o exercício de atividade dos profissionais estrangeiros que não possuem diploma revalidado ou registro no Conselho Regional de Medicina.

2. Alega que o exercício da Medicina, sem a revalidação do diploma e conseqüente registro no órgão que fiscaliza a profissão, configura ilegalidade.

3. Afirma que o Estado do Tocantins realizou concurso público para o preenchimento das vagas decorrentes da decisão impugnada e está prestes a convocar os classificados para assumir os cargos.

4. Requer, assim, reconsideração da decisão ou, na hipótese de manutenção da decisão impugnada, que a questão seja submetida à apreciação da Corte Especial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima: —

1. Insurge-se o Conselho Regional de Medicina do Estado do Tocantins contra decisão que suspendeu os efeitos de tutela antecipada em ação civil pública para proibir aos médicos estrangeiros o exercício da Medicina sem a revalidação dos diplomas e registro no órgão de classe.

2. A decisão impugnada tem o seguinte teor:

6. O Conselho Regional de Medicina no Estado do Tocantins ajuizou ação civil pública com o objetivo de suspender o exercício das atividades dos médicos cubanos que trabalham naquele Estado, por força do acordo de cooperação acima aludido para ceder profissionais da área de Medicina. Como o registro no aludido conselho só ocorre após convalidação dos diplomas na Universidade Federal brasileira, esses médicos, segundo a entidade de classe, estariam exercendo ilegalmente a profissão.

7. Sabe-se que não cabe na via estreita da suspensão de segurança examinar, em profundidade, questões formais e de mérito, uma vez que o pedido sempre fica limitado a aspectos de natureza política, ou seja, existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

8. Tenha-se presente, no caso, que, estando em vias de conclusão o ajuste do acordo de cooperação entre o governo brasileiro e o cubano, o imediato cumprimento da decisão judicial causará grave lesão à saúde pública no Estado do Tocantins.

9. Se, por um lado, preocupa o exercício da Medicina por profissionais ainda não credenciados pelo órgão fiscalizador, por outro, tem relevância constitucional a continuidade da prestação do serviço de saúde pública naquele Estado e já tão deficiente no País.

10. Em face do exposto, defiro o pedido de suspensão da tutela concedida nos autos da Ação Civil Pública 2004.43.00.001126-1.

Comunique-se com urgência. Intimem-se. Publique-se.

3. Alega que o exercício profissional sem a correspondente revalidação do diploma consiste em ilegalidade.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Carlos Fernando Mathias, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Carlos Moreira Alves (convocado em substituição ao Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves), Carlos Olavo, Maria Isabel Gallotti Rodrigues (convocada em substituição à Des. Federal Assusete Magalhães), Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente e Maria do Carmo Cardoso. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e José Amilcar Machado (convocado em substituição ao Des. Federal Tourinho Neto). Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral, I'talo Fioravanti Sabo Mendes, João Batista Moreira, Selene Maria de Almeida e Fagundes de Deus.

4. Para melhor esclarecer a questão, vale transcrever alguns trechos do ofício de fls. 8 e 9, remetido pelo Ministério da Saúde ao Ministério Público Federal, no qual consta que: *“O estado de Tocantins possui 139 Municípios e uma população de 1.250.855 pessoas. A estratégia Saúde da Família está implantada em 129 Municípios, 92,8% do total. O número de equipes de Saúde da Família em atuação no Estado é de 286, acompanhando um total de 835.699 pessoas, o que representa 66,8% da população do Estado”*. E mais, *“A decisão judicial de suspender a atuação de médicos cubanos nesse Estado, a partir de uma ação do Conselho Regional de Medicina, tem como consequência imediata a suspensão das ações citadas anteriormente para uma população de cerca de 272.550 pessoas (27,6% da população acompanhada) a partir da desativação de cerca de 79 equipes em 71 Municípios. A repercussão dessa decisão sobre a saúde da população é imensurável, não existindo alternativa imediata para substituição destes profissionais. Isso implicará a suspensão das atividades de atenção ao pré-natal de gestantes, atendimento de hipertensos e diabéticos, controle de doenças infecciosas e todas as ações de atenção à saúde de quase 300.000 pessoas”*

5. Ora, dos números mostrados percebe-se que significativa parcela dos habitantes do Estado do Tocantins, principalmente da população do interior, ficará sem atendimento médico, o que acarretará grave prejuízo à saúde pública, que é o bem jurídico a ser protegido nesse caso.

6. Consta, ainda, a fls. 48 dos autos, cópia do *fac símile* 1/05 remetido pelo Departamento das Américas do Norte, Central e Caribe do Ministério das Relações Exteriores ao Subprocurador-Geral da República Eugênio José Guilherme de Aragão, responsável pelo Centro de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria-Geral da República, nos seguintes termos:

esclareço que o governo brasileiro, através (*sic*) desta pasta, está prestes a concluir Ajuste Complementar ao Acordo de Cooperação Cultural e Educacional entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba, que permitirá em breve a regularização dos profissionais de saúde formados em Cuba, para exercerem a Medicina no Brasil. As negociações estão adiantadas, com a concordância, no Brasil, dos Ministérios da Saúde e da Educação e, em Cuba, das autoridades competentes daquele País. Assim, acredito que estamos na iminência de um desfecho satisfatório para o problema de convalidação de títulos acadêmicos e de registro em órgão de classe.

7. Assim, a suspensão da tutela antecipada baseou-se na lesão à saúde que adviria da suspensão do exercício profissional dos médicos cubanos. Todavia, não desobrigou os médicos estrangeiros da homologação do título acadêmico e do registro nos órgão de classe para o exercício da atividade no país, como exige a lei.

8. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Voto Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Senhor Presidente, com todo o respeito que tenho por Vossa Excelência, grande magistrado que é, sou obrigado a fazer algumas considerações, porque o Judiciário tem que trabalhar, sobretudo, em cima da realidade e não de fantasias, e a fantasia é a de que a saúde estaria melhor protegida com esta solução que arranha a legislação brasileira, que fere a Constituição, que quebra a isonomia. Nenhum médico pode exercer a profissão, no Brasil, se não tiver a conclusão do seu curso com diploma devidamente registrado, ou se não tiver seu diploma revalidado, se o curso houver sido realizado no exterior e, ainda, se não estiver registrado em Conselho Regional de Medicina. E, como é que se vai aceitar procurar-se solução com roupagem messiânica, quer dizer, médicos em situação ilegal viriam salvar, diante de um quadro apocalíptico, a brasileiros. E se não houvesse esses salvadores, a saúde do povo estaria perdida. Isto é um absurdo, fere a ordem jurídica, a ordem constitucional. Todos são iguais perante a lei, em igualdade de condições, não se pode admitir uma exceção sequer. Aí há grave exceção, e discriminando médicos brasileiros.

Isto sem falar em algumas falácias, a começar pela qualidade da medicina em questão, ao que se ouve.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — É sobre uma afirmação que Vossa Excelência fez de que aqui se trata de fantasia, não é bem uma fantasia.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Excelência, com o devido respeito, na solução encontrada reside a própria fantasia.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Já houve sentença julgando procedente. Se foi julgado procedente, está prejudicado.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — A informação de Vossa Excelência só vem reforçar o meu entendimento.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Vossa Excelência aludiu à questão da existência de fantasia, mas aqui não é questão de fantasia. Foram demonstrados com dados concretos que grande parte da população do Tocantins, e não cabe em uma suspensão de segurança discutir sobre a veracidade desses dados....

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Cabe, Excelência,

porque o que está aí é o bem saúde, não é porque há dados de que faltam médicos, que vamos entrar na ilegalidade. Então, vamos entregar aos pajés, porque na pajelança haveria também vantagens. É mais do que fantasia, *data venia*, é um sofisma. O Judiciário tem o dever de colocar um pé no freio nestas benesses, e dolorosamente, por trás disso, pode haver componentes outros, para além da ciência e da proteção à saúde.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Foram demonstrados com dados concretos, e na suspensão de segurança não cabe dilação probatória para saber se os dados são verdadeiros ou não, de que grande parte da população do Tocantins ficaria sem assistência médica durante algum período de tempo, atendimentos de emergência etc. A decisão, sem nenhum conteúdo ideológico....

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor Presidente, desculpe interromper, estou vendo que há uma divergência quanto a um voto de mérito, e me parece que há esta questão preliminar.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Estou dando provimento ao agravo, por ofensa à ordem jurídica.

Dou provimento, e não seria demasiado registrar que o Poder Judiciário não pode ser leniente com esse arranhão na Constituição Brasileira, e arranhão ainda na legislação brasileira infraconstitucional. E, pasmem, se, por hipótese, um médico formado pela Universidade de Berlim, ou um médico formado pela Universidade de Hamburgo, ou, ainda, um médico formado pela Jonh Hopkins University, que é a principal universidade norte-americana em matéria de Medicina, eles não exerceriam no Brasil a Medicina se não tivessem a revalidação do seu diploma e a inscrição no CRM.

Portanto, peço vênua a Vossa Excelência e nego provimento ao agravo, para manter na íntegra o *decisum a quo*.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Senhor Presidente, também, pelas mesmas razões, não considero prejudicado o agravo. No meu sentir, o argumento de que a população de Tocantins ficaria desprovida de médicos se não fosse admitido o trabalho desses médicos do exterior, para mim é insustentável. Não sei se seria a comparação adequada, mas indagaria: a ineficácia da polícia na mesma localidade admitiria contratação de uma polícia alienígena? Não vejo nenhuma base, nenhuma sustentação para esse argumento. O Estado tem que prover as necessidades do povo; que o Estado encontre a solução. Já dizia Juscelino Kubitschek de Oliveira: “Administrar é ter imaginação”. Que o Estado brasileiro

tenha o mínimo de imaginação para encontrar essa solução, mas com os médicos brasileiros.

Empresto o meu integral apoio aos dizeres do eminente Desembargador Carlos Fernando Mathias, pedindo vênias a Vossa Excelência, dou provimento ao agravo.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, também entendo que não está prejudicado o agravo, tanto pela disposição legal que foi lida pelo eminente Desembargador Federal Mário César Ribeiro, como também pela circunstância já aventada pelo Desembargador Federal Souza Prudente, de que se considerar prejudicado o agravo nessas hipóteses, o juiz de primeiro grau estará revogando a decisão deste Tribunal, como, aliás, já aconteceu no âmbito da 6ª Turma. Concedido efeito suspensivo a um agravo de instrumento pela Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, da 6ª Turma, poucos dias depois, o juiz sentenciou e cassou expressamente o efeito, a decisão deste Tribunal. Então, entendo que não está prejudicado o agravo.

Quanto ao mérito do recurso, entendo que deve ser mantida a decisão que suspendeu a antecipação da tutela, até porque essa decisão do juiz de primeiro grau é inteiramente satisfativa e não deveria ter sido concedida em antecipação de tutela.

Também com relação à necessidade dos médicos, foi dito aqui que é fácil ao Estado prover esses cargos com médicos brasileiros, oferecendo bons salários. Creio que não seja tão fácil assim, porque os Estados estão carentes de recursos financeiros para isso. Lembro-me que li no noticiário, na época desta decisão liminar, que o Estado de Tocantins oferecia salários de até cerca de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para médicos no interior, e não encontrou interessados. Observe-se que R\$ 8.000,00 (oito mil reais) no Brasil não é um salário irrisório, como foi mencionado aqui.

Com essas considerações, acompanho Vossa Excelência, negando provimento ao agravo.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, preliminarmente, entendo que a decisão liminar do juízo monocrático, uma vez cassados ou

suspensos os seus efeitos por decisão da Presidência deste egrégio Tribunal, nos autos da suspensão de segurança (ainda que não me afeiçoe à figura excepcional e ditatorial da suspensão de segurança no âmbito da ação civil pública), mesmo que já sentenciado o feito, julgando procedente a ação, não resta prejudicada a decisão desta douta Presidência, que suspendeu os efeitos da decisão liminar, tendo em vista que a apelação possivelmente a ser interposta contra essa sentença singular, uma vez já suspensos os efeitos da medida liminar por ato deste Tribunal, será aquela apelação recebida em ambos os efeitos, nos termos do art. 520, primeira parte, do CPC. Se a decisão do juízo singular fosse mantida por este egrégio Tribunal, a apelação que viesse a ser interposta contra aquela sentença, nos termos do art. 520, inciso VII, do mesmo CPC, seria recebida só no efeito devolutivo, a permitir a eficácia imediata desta sentença.

Ocorre, como bem já relatou o eminente Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, a colenda 6ª Turma deste Tribunal já se deparou com situações similares, tanto na relatoria da Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues quanto na minha relatoria, em que, no meu caso específico, tendo dado efeito suspensivo a liminar proferida por juízo singular, este mesmo juízo viera a proferir sentença de mérito em sentido contrário à decisão desta Corte e expressamente cassou a decisão do Relator na sentença. Isto é inversão, invasão de competência funcional da Corte revisora e não há que se permitir que situações como essa ocorram, sob pena de total tumulto da ordem jurídica do País.

Senhor Presidente, no que se refere ao mérito da decisão agravada desta douta Presidência, que suspendeu os efeitos da decisão liminar do juízo monocrático, a pedido do douto Ministério Público Federal, mesmo considerando, sob determinado ângulo, que a divergência tenha razões bastante respeitáveis para se insurgir contra a decisão agravada, verifico que, no caso destes autos, o que temos fundamentalmente é uma questão ambiental de respeito à vida. Entendo que, talvez, seria mesmo uma quimera imaginar que o Estado brasileiro está devidamente aparelhado para atender às questões emergentes de saúde pública e de proteção à vida das pessoas. Não, não está. E muito menos ainda está preparado e aparelhado para a defesa do meio ambiente. O Estado brasileiro funcionalmente é quase falido em matéria de mecanismo de proteção do meio ambiente. Temos excelentes normas legais, mas não temos aparelhamento funcional do Estado para fiscalizar a aplicação e a eficácia plena dessas normas legais.

Portanto, Senhor Presidente, há pessoas que estão entranhadas na Floresta Amazônica, no Pantanal Mato-Grossense ou nas regiões áridas do Nordeste brasileiro, sem ter condições de atendimento médico, sem ter sequer direito a um posto médico digno que possa, assim, permitir os cuidados que merecem essas pessoas, temos mais é que admitir que a Medicina estrangeira e seus profissionais possam

exercer, sim, a Medicina no Brasil, sem maiores exigências meramente burocráticas e formais a ponto de atender aqueles que merecem viver e que não podem aguardar do Estado essa proteção sempre tardia.

Senhor Presidente, entendo a preocupação dos nobres colegas que se posicionaram em sentido contrário, mas me lembro de quando vivi os meus longos quinze anos dentro de um seminário redentorista e ali, vocacionados para as missões nas regiões mais inóspitas deste País, sentia quantos colegas meus recusavam, de alguma forma, o enfrentamento da pobreza e da miséria. E fôra isso o que me desencantou a me tornar sacerdote segundo a ordem de Melquisedeque e resolvi me tornar sacerdote segundo a ordem constitucional. Portanto, Senhor Presidente, isto ocorre no seio da igreja, isto ocorre no seio do Judiciário, em que os Juizados Especiais Federais nos desafiam a deixar o berço de ouro e a vestir a toga da pobreza, e a sentir aquela brisa não muito agradável que percorre e decorre do suor do pobre. Mas temos que assumir esta vocação missionária. E é por isso, Senhor Presidente, que padres estrangeiros, missionários estrangeiros não se apresentam aqui no Brasil com aquela indumentária rigorosa dos gringos de *Wall Street*, mas se apresentam, sim, vestidos com aquilo de que dispõem na sua vocação missionária e não temem se entranhar nas florestas para atender àqueles que precisam de vida, que precisam de orientação espiritual para prosseguir a sua existência.

Portanto, peço vênua à divergência e confirmo o voto de Sua Excelência que prestigia a vida e o interesse difuso à saúde pública.

Aditamento ao Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Senhor Presidente, gostaria de fazer um adendo ao meu voto em face do que disse o eminente Desembargador Federal Souza Prudente, sempre eloqüente e inteligente nas suas colocações. No meu sentir, a divergência, que não é contra nada do que prega o eminente Desembargador Federal Souza Prudente, absolutamente, o que a divergência, nesta assentada de decisão, entende é que um médico despreparado, sem registro, sem atender àquelas exigências da lei, não pode exercer a Medicina, proibição também imposta aos brasileiros. Como Sua Excelência entende, eu entendo que possa haver um médico despreparado, muito embora eu acredite mais na Medicina de família do que propriamente no médico incompetente e despreparado. O que não aceito é a idéia de um médico estrangeiro, sem registro, poder exercer a Medicina no Brasil.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Senhor Presidente, preliminarmente, penso estar claro que o presente agravo regimental não está prejudicado, porque a sentença expressamente ressaltou que confirmava a decisão liminar suspensa por Vossa Excelência, liminar esta cuja confirmação está sendo apreciada nesta sessão.

Assim, à luz do princípio que inspirou a Súmula 626 do STF, conheço do agravo regimental. E, apreciando a questão nele deduzida, com a devida vênia do voto de Vossa Excelência, em consonância com reiterados votos na 6ª Turma, entendo que não há como se deferir exercício de profissão a nenhuma pessoa, especialmente à profissão de médico, sem a necessária revalidação do diploma em universidade federal e o registro no Conselho Regional de Medicina.

Com estes motivos, *data venia* do voto de Vossa Excelência, adiro à divergência, dando provimento ao agravo regimental.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, estou aqui ouvindo atentamente todas as ponderações. Têm-nos chegado, inclusive a mim, penso que também ao Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias e ao Desembargador Federal Catão Alves, porque é matéria afeta à 4ª Seção, questões bastante *sui generis*: casos em que o Conselho Regional de Medicina (de Tocantins, especialmente), já tendo deferido o registro do médico (o médico já fez a convalidação do exercício profissional), resolve, dois, três anos após, fazer avaliação do médico só para saber se ele fala português; e, diante disso, ele anula a inscrição do médico, sem direito de defesa, sem nada. Neste caso, inclusive (Sua Excelência, Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias deve saber), tenho concedido, sim, manutenção do médico devidamente registrado, porque ele foi registrado. E o Conselho Regional de Medicina de Tocantins é o único que está se insurgindo. Acredito que, neste caso, não são médicos que não têm o registro, não, são médicos que foram suspensos.

Então, tenho verificado, Senhor Presidente, que, muitas das vezes, o conselho se exaspera, ele se intitula o baluarte do direito à vida. Como diz o Desembargador Federal Souza Prudente, o conselho não trouxe aos autos a inabilitação profissional desses médicos, no sentido de que tenham negligenciado, enfim, de que tenha havido, realmente, erros médicos por parte dos médicos chamados aí de cubanos. Mas não são só cubanos, há várias nacionalidades.

Senhor Presidente, em toda essa situação em que se encontra o Brasil, este estado falimentar brasileiro, sabemos que esse socorro médico não virá em menos de 10 anos. O conselho tem que pesquisar e verificar, nos casos em que médicos negligenciam, se eles estão registrados ou não, porque, na maioria das vezes, eles estão registrados, foram inscritos e, depois, o conselho resolveu anular a inscrição.

Com estas considerações, Senhor Presidente, peço vênia à divergência, mas acompanho Vossa Excelência.

Primeira Seção

Mandado de Segurança 2003.01.00.036803-7/BA

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

Impetrante: Manoel dos Santos Filho

Advogados: Dr. Carlos Eduardo Behrmann Ratis Martins e outro

Impetrado: Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado da Bahia

Publicação: DJ 2 de 10/05/06

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor do Poder Judiciário. Incorporação pelo exercício de cargos ou funções comissionadas. Tempo residual. Impossibilidade. Art. 5º da Lei 9.624/98. Não-implementação do requisito temporal exigido. Segurança denegada.

I. A incorporação da gratificação de quintos, prevista no art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90 (redação original), é devida ao servidor público que, antes de 10/11/97 – data da MP 1.595-14/97, convertida na Lei 9.527/97 – possuía tempo residual de exercício de função comissionada, e que implementou o requisito temporal de 12 (doze) meses até 08/04/98, data da edição da Lei 9.624/98.

II. Não tendo o impetrante implementado o interstício de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias necessários para a incorporação de nova parcela de quinto/décimo até 08/04/98, não faz jus à incorporação pleiteada.

III. Precedentes desta Primeira Seção.

IV. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, denegar a segurança.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 25/04/06.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Manoel dos Santos Filho, servidor público federal, impetrou, perante a Seção Judiciária da Bahia, mandado de segurança contra ato da Juíza Federal Diretora do Foro da Seção Judiciária da Bahia, objetivando garantir o direito à incorporação à sua remuneração de uma parcela de quinto, decorrente do exercício de função comissionada, com fundamento no art. 3º da Lei 9.624/98, a partir da data da impetração.

O impetrante sustenta que possui um quinto incorporado e deveria ter incorporado o segundo quinto em 30 de maio de 1998, uma vez que atendeu aos requisitos determinados pelo art. 5º da Lei 9.624/98.

Prestadas as informações, a liminar foi deferida.

Após a manifestação do Ministério Público Federal, foi proferida sentença (fls. 209/213), concedendo a segurança, nos termos do pedido.

Vindo os autos a esta Corte, por força do duplo grau obrigatório, a Primeira Turma deu provimento à remessa oficial, em face da incompetência absoluta para o processo e julgamento do feito do Juízo Federal de Primeira Instância.

Redistribuídos, os autos me vieram conclusos, tendo indeferido a liminar (fls. 174).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Manoel dos Santos Filho impetra mandado de segurança contra ato da Juíza Federal Diretora do Foro da Seção Judiciária da Bahia, objetivando garantir o direito à incorporação à sua remuneração de uma parcela de quinto, decorrente do exercício de função comissionada, com fundamento no art. 3º da Lei 9.624/98, a partir de 30 de maio de 1998.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Neuza Alves, Aloísio Palmeira Lima e Carlos Moreira Alves.

Data venia, a matéria deduzida em juízo é bastante conhecida da 1ª Seção desta Corte, não comportando maiores discussões.

A jurisprudência acerca da matéria pacificou-se no sentido de que faz jus à incorporação da gratificação de quintos, prevista no art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90 (redação original), o servidor público que, antes de 10/11/97, data da MP 1.595-14/97, convertida na Lei 9.527/97 – que extinguiu a aludida incorporação e transformou as parcelas incorporadas em vantagem pessoal nominalmente identificadas – possuía tempo residual de exercício de função comissionada, e que implementou o requisito temporal de 12 (doze) meses até 08/04/98, data da edição da Lei 9.624/98.

Vejam-se, a propósito, os seguintes arestos desta Corte, que se aplicam ao caso vertente, *in verbis*:

Administrativo. Mandado de segurança. Vantagem pelo exercício de função gratificada ou comissionada. Incorporação. Lei 9.624/98.

1. Nas relações jurídicas envolvendo prestações continuadas, assim de sucessivo trato, na inexistência de ato administrativo específico, positivo e único, pronunciando-se sobre o direito reclamado, a possível lesão a direito líquido e certo se renova periodicamente, renovando-se, com ela, o prazo de cento e vinte e dias para o exercício da ação mandamental. Questão prejudicial rejeitada.

2. Orientação jurisprudencial da Primeira Seção desta Corte Regional no sentido de que a Lei 9.624, de 1998, viera possibilitar, para fins de incorporação de valores decorrentes do exercício de funções ou cargos de confiança, o cômputo do tempo residual “existente até 11 de novembro de 1997, de modo que ele fosse somado aos dias ou meses compreendidos no período seguinte, a partir de 12 de novembro de 1997 e até 8 de abril de 1998, completando o período de 12 (doze) meses”.

3. Segurança parcialmente concedida. (MS 2000.01.00.048680-4/BA, Rel. Des. Federal. Carlos Moreira Alves, unânime, DJ de 18/09/01).

Administrativo. Quintos. Décimos. Lei 9.624, de 1998, art. 5º.

1. A Lei 9.624, de 1998, transformou em décimos, a partir de primeiro de janeiro de 1995 até 10 de novembro, os quintos já incorporados no limite máximo de dez décimos – um quinto igual a dois décimos.

2. O servidor, que completou o interstício de 12 meses entre 19 de janeiro de 1995 e 28 de fevereiro de 1995, incorpora quintos; se o interstício se implementar entre 1º de março de 1995 e 26 de outubro de 1995, a incorporação é em décimos; e se o interstício se completar a partir de 27 de outubro de 1995 e até 10 de novembro de 1997, incorpora décimo (cf. art. 3º e parágrafo único da Lei 9.624, de 1998).

3. Não há projeção dos efeitos do art. 5º da Lei 9.624, de 1998, até novembro de 1998.

4. Na hipótese, a incorporação é de décimo e não de quinto. Possibilidade de contagem até 8 de abril de 1998, para completar resíduo temporal decorrente do início da contagem do interstício subsequente, ou seja, desde que fosse suficiente para completar os doze meses até a data da vigência da Lei 9.624/98. (TRF-1ª Região, 1ª Seção, MS 1999.01.00.111001-2/BA, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, unânime, DJ de 11/12/02).

Administrativo. Servidor público. Incorporação de parcelas em razão de exercício de função comissionada. “Quintos/décimos”. Interpretação da Lei 9.624/98. Entendimento consolidado desta 1ª Seção. Precedentes jurisprudenciais. Preliminar de decadência afastada. Segurança denegada.

1. Não há que se falar em decadência quando a hipótese em julgamento cuida de relação jurídica de trato sucessivo, com prestações continuadas, renovando-se o prazo decadencial a partir do vencimento de cada parcela (MS 2000.01.00.048680-4/BA; Relator Des. Federal Carlos Moreira Alves; Primeira Seção; DJ de 18/09/01, p. 62).

2. A 1ª Seção deste Tribunal tem adotado o entendimento de que o art. 5º da Lei 9.624/98 assegura “uma última parcela de ‘décimo’ àqueles servidores que, após implementar o interstício de 12 meses antes de 10 de novembro de 1997, tinham um resíduo temporal decorrente do início da contagem do interstício subsequente, que fosse suficiente para completar outros doze meses até 8 de abril de 1998, data da vigência e eficácia da Lei 9.624/98”.

3. Precedentes (MS 2000.01.00.048814-3/DF; Relator Des. Federal Luciano Tolentino Amaral; Primeira Seção; DJ de 09/10/00, p. 3; MS 2000.01.00.048680-4/BA; Relator Des. Federal Carlos Moreira Alves; Primeira Seção; DJ de 18/09/01, p. 62).

4. Insuficiente para fins de incorporação de nova parcela o tempo de exercício de função comissionada ostentado pela impetrante, já considerado o lapso temporal até 8 de abril de 1998.

5. Preliminar de decadência rejeitada. Segurança denegada. (MS 2000.01.00.059889-0/BA, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ de 08/04/02).

Conforme se verifica pela certidão de fls. 18, o impetrante não implementou o interstício de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, mas apenas 313 (trezentos e treze) dias, razão pela qual não faz jus à incorporação da vantagem vindicada.

Ante o exposto, denego a segurança. Custas pelo impetrante. Honorários incabíveis (Súmulas 512/STF e 105/STJ).

É como voto.

Segunda Seção

Inquérito

2001.01.00.044805-4/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Autor: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. José Cardoso Lopes
Indiciado: Valdir da Campo
Indiciado: Weder Carlos da Rocha
Indiciado: Vicente José Correa Neto
Indiciado: Pedro Mariano de Oliveira Neto
Indiciado: Sílvio de Lira Aguiar
Indiciado: Valternir da Campo
Advogada dativa: Dra. Maria Susana Minaré Braúna
Indiciado: João de Castro Barreto
Advogado: Dr. João da Costa Mendonça
Publicação: DJ 2 de 23/05/06

Ementa

Penal e Processual Penal. Denúncia. Crimes plurissubjetivos. Ausência absoluta de indícios. Acusados sem prerrogativa de foro.

I. Tem admitido a jurisprudência, atenuando os rigores do art. 41 do Código de Processo Penal, que, nos crimes de autoria coletiva, possa a denúncia conter a descrição genérica dos fatos, dando pela participação indiciária de todos os acusados, restando para a instrução, mediante contraditório e ampla defesa, a prova da efetiva participação de cada qual. É mister, todavia, que, em tal opção de persecução penal, admitida em caráter excepcional, venha a peça inaugural confortada pelo menos com indícios de participação típica de cada qual, e mesmo de materialidade.

II. Na hipótese, não havendo nenhuma menção aos nomes de seis dos sete denunciados nos depoimentos que constam do inquérito, com relação aos quais o MPF, na peça inaugural, não escreve sequer uma linha a respeito das suas respectivas participações no episódio criminoso que narra, impõe-se a rejeição da denúncia em relação ao acusado com foro pela prerrogativa da função, com remessa dos autos ao juízo competente (primeira instância) quanto aos acusados sem tal prerrogativa: o que tem contra si referências no material informativo e aqueles

aos quais a denúncia nada descreve em termos de autoria ou participação no fato delituoso.

III. Rejeição da denúncia em relação ao acusado com prerrogativa de foro. Remessa dos autos à primeira instância quanto aos demais.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, rejeitar a denúncia em relação ao acusado João de Castro Barreto e, por maioria, declinar da competência e remeter os autos à primeira instância quanto aos denunciados remanescentes.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 1º/02/06.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de ação penal em desfavor de Valdir da Campo, brasileiro, casado, comerciante; João de Castro Barreto, brasileiro, casado, atual Prefeito do Município de Eldorado dos Carajás; Weder Carlos da Rocha; Vicente José Correa Neto; Pedro Mariano de Oliveira Neto; Sílvio de Lira Aguiar, brasileiro, solteiro; e Valternir da Campo, brasileiro, solteiro, imputando-lhes as condutas descritas no art. 69 da Lei 9.605/98 (“Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais: pena – detenção, de um a três anos, e multa”) e no art. 158, § 1º, do Código Penal (“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º. Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.”).

No dia 15 de fevereiro de 2001, narra a denúncia, foi instaurado inquérito para apurar os delitos acima citados, que teriam ocorrido durante a realização de missão dos fiscais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, quando, acompanhados de agentes de Polícia Federal, fiscalizavam o funcionamento de madeireiras na Fazenda Bamerindus, de propriedade da União, oportunidade em que se constatou a existência de extração irregular de madeira, com a apreensão de dois caminhões, carregados de toras, uma moto-serra e um trator-esteira.

Logo após – prossegue a exordial –, chegaram caminhonetes, tratores e caminhões com funcionários e donos de várias serrarias de Eldorado dos Carajás, bem como a diretoria da Associação das Indústrias Madeireiras de Eldorado do Carajás – Assimec, formando uma multidão de aproximadamente trezentas

pessoas que, liderada por Valdir da Campo, bloqueou a estrada, impedindo que os fiscais do Ibama e os agentes de Polícia Federal retornassem à cidade, exigindo a devolução do material apreendido.

Notificado para apresentação de resposta escrita (Lei 8.038/90 – art. 4º), João de Castro Barreto, atual Prefeito do Município de Eldorado de Carajás, sustentou que a denúncia é juridicamente inconsistente, eivada de inverdades, desprovida de sustentação e ofensiva, porquanto não participou do evento criminoso, destacando que houve abuso de autoridade por parte dos fiscais do Ibama e dos policiais federais, uma vez que inexisteu extração irregular de madeira, pois a Assimec observa rigorosamente o disposto na Portaria 108/97, juntando documentos para comprovar sua afirmação.

Aduz, outrossim, que seu indiciamento é genérico e fruto de perseguição policial, em virtude do ajuizamento de *habeas corpus* preventivo, pois não há provas de que estava no local; ou de que seja proprietário dos caminhões ou máquinas apreendidas; ou, ainda, de que tenha praticado quaisquer dos atos descritos na denúncia. (Cf. resposta de fls. 280/292.)

Os demais denunciados, em resposta conjunta, destacaram que a denúncia é inepta, pois deixou de lhes imputar fatos concretos, individualizados e firmados no tempo e espaço, havendo apenas a citação de seus nomes num depoimento, sem a apresentação de provas concretas da participação de qualquer deles, salientando que sequer as testemunhas conseguem afirmar quem estava no local, motivo por que a denúncia deve ser rejeitada. (Cf. peça de fls. 329/331.)

É o relatório. Distribuam-se cópias aos Desembargadores da Seção. (RITRF-1, art. 247.)

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Imputa-se aos denunciados, como relatado, as condutas típicas descritas no art. 69 da Lei 9.605/98 e no art. 158, § 1º, do Código Penal.

A competência desta Corte para o julgamento da ação penal estabeleceu-se erroneamente na afirmação de que Valdir da Campo era o Prefeito de Eldorado de Carajás à época dos fatos. No entanto, a vitória de João de Castro Barreto, nas últimas eleições, conforme informação prestada pelo denunciado (fls. 323) e confirmada em consulta ao sítio do Tribunal Superior Eleitoral (fls. 337), firma a competência para julgamento.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e os Exmos. Srs. Juízes José Carlos do Vale Madeira (convocado), Guilherme Doehler (convocado) e Vânia Cardoso André de Moraes (convocada). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

As respostas apresentadas pelos denunciados infirmam a denúncia, em suma, ao argumento de que ela é inconsistente e genérica, sem imputação de fatos concretos, porque não individualizados no tempo e no espaço, não havendo, por outro lado, provas concretas sobre a participação de cada qual no enredo fático.

Da análise dos autos extrai-se que o inquerito e a denúncia baseiam-se no relatório de missão firmado pela Agente de Polícia Federal Rose de Marli (fls. 164/166), no interrogatório de Valdir da Campo (fls. 119/126) e nos depoimentos dos Fiscais do Ibama, Pedro França Dias (fls. 133/135) e Antônio Noleto da Costa (fls. 137/139), sendo todos unânimes em afirmar o ocorrido e em citar como líderes da manifestação Valdir da Campo, Lourival e Pepe, sendo que, desses, apenas Valdir da Campo foi denunciado.

Quanto aos demais denunciados, não há nos autos nenhuma prova da sua participação, recaindo sobre João de Castro Barreto o fato de participar da diretoria da Assimec – Associação das Indústrias Madeireiras de Eldorado dos Carajás, não provando o Ministério Público, ainda que indiciariamente, que o denunciado tenha praticado alguma conduta ilícita, porquanto, não há nenhuma prova, ainda que indiciária, de que tenha estado no local dos fatos.

Curioso é que a peça inaugural, mesmo denunciando os sete acusados, não escreve sequer uma linha a respeito da participação de João de Castro Barreto, Weder Carlos da Rocha, Vicente José Correa Neto, Pedro Mariano de Oliveira Neto, Sílvio de Lira Aguiar e Valternir da Campo no episódio que qualifica de penalmente típico. Há menção apenas ao acusado Valdir da Campo, em relação ao qual merecem conferidos excertos dos depoimentos acima referidos:

Excerto do depoimento de Pedro França Dias, Fiscal no Ibama, prestado a fls. 133/135:

Que o declarante esclarece que foi designado juntamente com o funcionário do Ibama Antônio Noleto da Costa para ir até a Fazenda Bamerindus, com a missão específica de autuar infratores que estivessem cometendo crimes ambientais dentro da área da Fazenda Bamerindus; (...); que chegando na entrada logo constatou irregularidades; (...); que perguntado se ficou sabendo quem era o responsável pela derrubada da madeira, da essência castanheira, dentro da Fazenda Bamerindus, respondeu que ficou sabendo através de trabalhadores que estavam derrubando a mata que os responsáveis eram os madeireiros Valdir da Campo, Pepê e Lourival; (...); que, por volta das 10 horas, enquanto preenchia os termos de apreensão e autos de infração, chegou ao local um indivíduo numa moto, posteriormente, chegaram vários caminhões trazendo funcionários das madeireiras e proprietários desta, além de populares; que perguntado quantas pessoas chegaram no local, respondeu que aproximadamente 300 (trezentas) pessoas chegaram nos caminhões até o local; que perguntado se havia alguém liderando as pessoas e falando em nome destas, respondeu que quem liderava as pessoas eram os madeireiros

Valdir da Campo, Lourival e Pepê; (...); que o declarante esclarece que os madeireiros Valdir da Campo, Lourival e Pepê, com o apoio da multidão que se encontrava no local, disseram que, se não entregassem o material (caminhões, moto-serras, tratores) ficaria preso, juntamente com o material e a equipe, por tempo indeterminado.

Excerto do depoimento de Antônio Noletto da Costa, também fiscal do Ibama, prestado a fls. 137/139:

(...); que no começo de fevereiro/00, o superintendente do Incra/Marabá solicitou ao Ibama que designasse dois servidores para efetuar fiscalização na área da Fazenda Bamerindus, pois havia notícias de desmatamento e extração de castanheira dentro da área da referida fazenda; (...); que, na entrada da Fazenda Bamerindus, verificou a existência de um caminhão carregado de madeira, da essência florestal amarelão, parado; (...); que foram apreendidas próximo ao local duas moto-serras, com dois indivíduos que estavam dormindo próximo à mata; que perguntado se os referidos indivíduos disseram de quem eram as moto-serras, respondeu que pertenciam ao madeireiro Valdir da Campo; (...); que nesse momento começou, juntamente com o funcionário do Ibama Pedro os termos de apreensão e depósito; que, logo em seguida, chegaram ao local vários caminhões e alguns carros de passeio, trazendo aproximadamente 300 (trezentas) pessoas; que perguntado quem eram essas pessoas, respondeu que provavelmente eram funcionários das madeiras de Eldorado de Carajás e populares; que perguntado se conhecia alguém da multidão, respondeu que reconheceu Valdir da Campo e o madeireiro Pepê; (...); que o declarante esclarece que Valdir da Campo lhe disse que se o material apreendido não fosse devolvido, os funcionários do Ibama, juntamente com os agentes da Polícia Federal e os funcionários do Incra, iriam ficar como reféns dentro da área da Fazenda Bamerindus, por tempo indeterminado; (...) que perguntado quem estava liderando a multidão, respondeu que quem liderava a multidão era o madeireiro Valdir da Campo.

A jurisprudência tem adotado o entendimento de que, nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar os fatos genericamente, sem a discriminação da conduta específica de cada denunciado, o que será esclarecido no curso do processo; no entanto, faz-se mister descrever indícios de autoria e materialidade, o que, no caso em análise, não existe em relação a João de Castro Barreto, Prefeito de Eldorado de Carajás, que, por prerrogativa de função, atrairia a competência desta Corte, tampouco em relação aos acusados Weder Carlos da Rocha, Vicente José Correa Neto, Pedro Mariano de Oliveira Neto, Sílvio de Lira Aguiar e Valternir da Campo.

Diante do exposto – ausência completa de indícios de autoria e materialidade do delito – rejeito a denúncia em relação a João de Castro Barreto, Weder Carlos da Rocha, Vicente José Correa Neto, Pedro Mariano de Oliveira Neto, Sílvio de Lira Aguiar e Valternir da Campo.

Quanto a Valdir da Campo, em relação ao qual as testemunhas fazem referência à sua participação no episódio narrado na denúncia – o que não quer dizer que em termos penalmente típicos –, declino da competência para o processo e julgamento em favor de uma das varas da Seção Judiciária do Estado do Pará .

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, foi importante, no meu entender, a leitura da peça, que revela realmente a inexistência de base empírica para a denúncia dessas pessoas em relação às quais Vossa Excelência acaba de rejeitar a proposta de acusação.

O inquérito deveria ter aprofundado a investigação, esse é o óbvio. Se o Valdir da Campo faz menção à APF Rose como tendo registrado os fatos, e a APF Rose não diz nada a respeito dessas pessoas, falta base. Lamentável é que a Polícia Federal mostrou total incapacidade de perspicácia para investigar um fato desse, que concorre para, realmente, a desmoralização da própria autoridade pública. A polícia não sabe investigar o tumulto provocado por uma multidão no momento em que pessoas estavam no local e que ela própria estava identificando alguns dos indivíduos. Fala na diretoria Assimec, não traz um nome sequer dos diretores e nem o próprio Valdir da Campo é aqui citado expressamente nesse relatório de missão da APF Rose.

Com essas considerações, acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência, inclusive quanto à rejeição da denúncia em relação às pessoas que, não tendo prerrogativa de foro, todavia, é manifesta a falta de justa causa para a denúncia – são as que Vossa Excelência nominou e estendeu a essas pessoas o juízo de rejeição da denúncia, considerando a extensão da competência do Tribunal em razão da prerrogativa da função. Quanto ao denunciado Valdir da Campo, também acompanho o voto de Vossa Excelência no sentido de que sejam remetidos os autos ao Juízo Federal da Seção Judiciária do Pará para como de direito deliberar acerca da denúncia oferecida.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz José Carlos Madeira: — Senhor Presidente, os fatos ostentam feição dramática até, ocorridos em uma região historicamente palco de graves conflitos sociais no País, região de Eldorado dos Carajás, onde, por vários momentos dramáticos da história brasileira recente, aconteceram episódios lamentáveis. Nesse caso específico é de se lamentar que, efetivamente, não tenha

havido uma investigação mais criteriosa no que diz respeito à apuração dos fatos, que se apresentam com densa gravidade, e nesse ponto o Desembargador Federal Hilton Queiroz fez uma análise percuciente do depoimento, trazendo mais clareza aos fatos aqui apresentados.

Embora, efetivamente, em casos em que se apresenta o chamado crime multitudinário, o Supremo Tribunal Federal reiteradas vezes venha procurando mitigar o rigor da exigência da narração dos fatos, aceitando, por assim dizer, os chamados fatos genéricos, no caso ora examinado, não há, na verdade, narração genérica dos fatos, o que há, na verdade, é falta de indícios de autoria, e Vossa Excelência nesse particular fez uma avaliação extremamente criteriosa de que realmente a denúncia se apresenta extremamente vazia. E mais grave ainda é que nomes que poderiam, em tese, ser trazidos para a denúncia não foram sequer cogitados pelo Ministério Público Federal.

Acompanho o Relator.

Voto Vogal Sobre a Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, vou acompanhar Vossa Excelência porque, se o Tribunal, no exercício de sua competência, deixa de receber a denúncia em relação ao denunciado que tem a prerrogativa de função, por uma circunstância objetiva que se comunica a determinados outros denunciados que, não tendo a prerrogativa, estão, todavia, no processo por força da conexão ou continência, o Tribunal, no meu entender, pode prosseguir, por essa circunstância objetiva, também, rejeitando, exercendo competência que aí deriva da conexão das ações.

Agora, em relação àquele denunciado em que estão presentes os indícios de autoria, e não tendo esse denunciado a prerrogativa de função, a decisão, aí, importa totalmente a cisão do julgamento quanto a esse, para que, a respeito da denúncia, se manifeste o juiz competente, que no caso é o de primeiro grau. Quanto aos outros não, porque a própria regra da conexão vai justificar o exercício da competência do Tribunal e há a circunstância objetiva de que em relação aos outros denunciados não havia indícios de autoria que justificasse o recebimento da denúncia.

Voto Vogal Sobre a Questão de Ordem

A Exma. Sra. Juíza Vânia de Moraes: — Senhor Presidente, peço vênias ao

Desembargador Olindo Menezes e ao Desembargador Hilton Queiroz, mas entendendo que, efetivamente, o princípio do juiz natural é um princípio constitucional, que a questão da competência, da medida da jurisdição, deve ser observada. Levo esse raciocínio ao extremo, porque toda vez que tomamos uma posição temos que imaginá-la sendo levada aos seus extremos. Imagino uma situação em que o Tribunal de Justiça, julgando um processo de sua competência com um ente federal, poderia entender que, como ele é competente para apreciar a questão estadual, naquele momento poderia estender para uma questão federal. Entendo que, considerando esses limites da competência, devemos deixar que o juízo natural aprecie a questão.

Voto Vogal Sobre a Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Juiz José Carlos Madeira: — Senhor Presidente, não obstante a singularidade do tema, efetivamente a questão comporta uma meditação mais intensa. Tenho que o raciocínio expressado por Vossa Excelência neste julgamento se mostra, com minhas escusas aos que têm entendimento diferente, mais razoável, porque, em casos assim, é preciso emprestar ao processo uma dimensão pragmática, para que possa o processo alcançar sua plena efetividade.

Tenho que a hipótese aqui é a competência do Tribunal se perpetuar especificamente, e não ser estancada a competência, de sorte que, sendo o Tribunal competente para se pronunciar em relação ao prefeito e havendo manifestamente a comprovação de que os demais acusados não tiveram suas condutas ajustadas àqueles tipos ou que os fatos apresentados na denúncia não foram suficientes para indicar o indício da autoria, ao meu entendimento, mostrar-se-ia contraproducente. E assim contrastando com a dimensão pragmática que deve ser emprestada ao processo, se se afastar aquele que ficaria originariamente sob a competência deste Tribunal, deixando os demais para serem submetidos ao juízo de admissibilidade perante o juízo de primeiro grau. Se o Tribunal pode o mais, também poderia fazer o menos, digamos assim, e, com isso, evitar-se-ia – e esse ponto me parece mais relevante – a possibilidade de decisão conflitante, na medida em que, sob a ótica do juízo de primeiro grau, poder-se-ia cogitar da possibilidade de recebimento da denúncia em face dos demais acusados, quando o Tribunal, em segunda instância, já não vislumbrou esses elementos, ou seja, numa perspectiva pragmática, o recebimento da denúncia poderia ensejar o novo recurso para esse Tribunal, que iria, *bis in idem*, discutir o mesmo tema, ou seja, dizer que em relação àqueles acusados não haveria também a hipótese para a justa causa, para o recebimento da denúncia.

Peço vênias aos que entendem diferentemente e acompanho o pensamento de Vossa Excelência.

Retificação de Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, vou retificar o meu voto. Não convencido, eu venço, mas permaneço não convencido.

Terceira Seção

Conflito de Competência

2005.01.00.068915-5/DF

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Autores:	AME – Assistência ao Menor e Especializada Ltda. e outro
Advogados:	Dr. Cláudio Araújo Pinho e outros
Ré:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Réu:	Estado de Minas Gerais
Procurador:	Dr. Leandro Raphael Alves do Nascimento
Réu:	Município de Belo Horizonte/MG
Suscitante:	Juizado Especial Federal Cível/DF – 25 ^a Vara
Suscitado:	Juízo Federal da 14 ^a Vara/DF
Publicação:	DJ 2 de 18/05/06

Ementa

Processual Civil. Conflito de competência. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica excluída da categoria de microempresa ou empresa de pequeno porte. Competência do Juízo Federal Comum.

I. Só é parte legítima para intentar ação perante o Juizado Especial Federal pessoa jurídica que comprove ser microempresa ou empresa de pequeno porte, assim definidas na Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (art. 6, I, da Lei 10.259/01).

II. As autoras não são microempresas ou empresas de pequeno porte, mas, respectivamente, associação civil com fins lucrativos e sociedade civil sem fins lucrativos. Tanto não se ajustam àquelas espécies de empresas que ajuizaram a ação no Juízo Federal Comum, mesmo tendo atribuído à causa valor inferior a sessenta salários mínimos – R\$ 6.988,38 –, o que poderia determinar a competência do Juizado Especial (art. 3º da Lei 10.259/01).

III. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, julgar procedente o conflito para declarar competente o Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 02/05/06.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 25ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ao fundamento de que: a) “conquanto o valor atribuído à causa seja inferior a 60 salários mínimos, trata-se de demanda em que figuram no pólo passivo duas associações, com e sem fins lucrativos”; b) “exurge cristalina a incompetência dos Juizados Especiais para processar e julgar o feito”, pois as associações não foram especificamente contempladas no art. 6º, I, da Lei 10.259/01, tampouco podem, por analogia, ser equiparadas a microempresas ou empresas de pequeno porte.

Os autos foram distribuídos inicialmente para o Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, observando ser o conteúdo econômico da demanda “aparentemente superior a 60 (sessenta) salários mínimos”, determinou ao proponente que indicasse qual efetivamente era o valor da causa e, após, determinou remessa ao Juizado Especial Federal.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do conflito para declarar competente o juízo suscitado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A ação em que se instaurou o presente conflito foi intentada por AME – Assistência ao Menor e Especializada Ltda. e Febiex – Federação Estadual das Instituições de Reabilitação do Estado de Minas Gerais em face da União, do Estado de Minas Gerais

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Maria de Almeida, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Daniel Paes Ribeiro e os Exmos. Srs. Juízes Vallisney de Souza Oliveira e Moacir Ferreira Ramos (convocados).

e do Município de Belo Horizonte, objetivando que seja determinado repasse de R\$ 6.988,38, acrescidos de juros de 1% e correção monetária desde a data em que deveria ter sido efetuado o pagamento dos serviços prestados, em dezembro de 1998.

O art. 6º da Lei 10.259/01 dispõe:

Art. 6º Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

II – como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

As autoras, na petição inicial, qualificam-se, respectivamente, como “associação civil com fins lucrativos” e “sociedade civil sem fins lucrativos de fins filantrópicos” (fls. 3).

Não tendo as autoras se desincumbido de demonstrar que se enquadravam no conceito de microempresa ou empresa de pequeno porte, aliada ao fato de que ajuizaram a ação no Juízo Federal Comum, mesmo tendo atribuído à causa valor inferior a sessenta salários mínimos – R\$ 6.988,38 –, o que poderia determinar a competência do Juizado Especial (art. 3º da Lei 10.259/01), autoriza presumir que não atendem à disposição do art. 6, I, da lei supracitada.

Em caso semelhante já pronunciou esta Corte:

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Juiz federal e Juizado Especial Federal Cível. Legitimidade. Empresa pública. Competência do juiz suscitado.

1. Independentemente do valor conferido à causa, a incompetência do Juizado Especial Federal Cível para julgar e processar o presente feito advém do fato de compor o pólo ativo da demanda empresa pública, não estando, tal hipótese, prevista no art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01.

2. Conflito conhecido e provido, declarando-se a competência do Juízo suscitado. (TRF-1ª Região. 3ª Seção. CC 2002.01.00.035147-5/BA. Relator: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso. DJ de 27/06/03)

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Vara. Juizado Especial Federal. Legitimidade ativa. Empresa pública. Impossibilidade de trâmite da ação perante os juizados. Ausência de autorização legal. Competência da Vara Federal.

1. A legitimidade ativa nos Juizados Especiais Cíveis Federais é estabelecida no art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01.

2. Não estão inseridas entre os legitimados as empresas públicas, o que conduz à impossibilidade de trâmite de feito proposto pela Caixa Econômica Federal perante o Juizado Especial Cível Federal.

3. Não sendo possível a tramitação do feito perante os Juizados Especiais, cumpre à vara federal processar e julgar o feito.

4. Conflito conhecido e julgado procedente. (TRF-1ª Região. 3ª Seção. CC 2002.01.00.033900-1. Relator: Des. Federal Selene Maria de Almeida. DJ de 14/04/03)

Elucidativo transcrever manifestação do Ministério Público Federal:

(...)

Não havendo impugnação do réu e nem manifestação da contadoria oficial para informar se o valor atribuído à causa é superior a sessenta salários mínimos, a questão cinge-se à legitimidade ativa e passiva para postular perante o Juizado Especial Federal (...).

Acerca da legitimidade passiva, os Estados e os Municípios não podem, a princípio, figurar como partes passivas nos Juizados Especiais. No entanto, se houver litisconsórcio com uma entidade federal, a competência federal prorroga-se para abranger tais entes.

Destarte, não obstante o art. 6º determinar que apenas podem ser réus no Juizado Especial Federal Cível a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, tal artigo deve ser interpretado sistematicamente. Assim, análise sistemática do ordenamento permite compreender que tais entes da federação poderão litigar como parte passiva se houver litisconsórcio com algum ente federal, pois neste caso ocorre a prorrogação de competência do Juizado Especial Federal.

No que tange à legitimidade ativa, como bem observado pelo juízo suscitante “as autoras não trouxeram aos autos qualquer documento que comprove sua classificação como microempresa ou empresa de pequeno porte” (fls. 159). Desse modo, não se afigura possível presumir que possuam legitimidade para postular perante o Juizado Especial, pois sequer alegaram ser microempresa ou empresa de pequeno porte (...).

Em conclusão, a teor dos julgados acima transcritos, compete, então, ao respeitável juízo suscitado processar e julgar o feito tendo em vista que a sociedade, a teor do art. 6º, I, da Lei 10.259/01 qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da definição da Lei 9.317/96, não é parte legítima para intentar ação perante o Juizado Especial Federal.

A não-inclusão das autoras no rol do art. 6º, I, da Lei 10.259/01 inviabiliza a tramitação da ação no Juizado Especial Federal.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para declarar competente o Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.

Declaro válidos os atos porventura praticados no juízo suscitante, conforme art. 122 do Código de Processo Civil.

É o voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2005.01.00.023445-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Autores: Carlos Alberto Castro Honey e outro

Advogados: Dr. Ivo Evangelista de Ávila e outros

Ré: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Publicação: DJ 2 de 18/05/06

Ementa

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Súmula 343 do STF. Matéria de índole infraconstitucional. Interpretação controvertida no âmbito dos Tribunais Regionais Federais. Inadmissibilidade da ação rescisória.

I. “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343 do STF).

II. A incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria, que é questão de índole infraconstitucional, possui interpretação controvertida no âmbito dos Tribunais Regionais Federais.

III. Ação rescisória não admitida. Processo extinto, sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC).

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, não admitir a ação rescisória e declarar extinto o processo, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 03/05/06.

Desembargador Federal *Leomar Amorim*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Carlos Alberto Castro Honey e outro propuseram a presente ação rescisória, com fundamento no inciso V do art.

485 do CPC, visando rescindir o acórdão da Apelação Cível 2001.34.00.019132-2/DF, proferido pela 3ª Turma, que restou assim ementado:

Tributário e Processual Civil. Parcela complementar de aposentadoria (entidade de previdência privada). Imposto de Renda retido na fonte (IRRF). Decadência quinquenal – termo a quo: primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esgotado o prazo para a constituição ou homologação tácita do crédito tributário. Incidência do IRRF sobre essas parcelas.

1. A decadência quinquenal da ação de repetição do Imposto de Renda retido na fonte sobre complementação de aposentadoria paga por entidade de previdência privada começa a fluir no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esgotado o prazo de cinco anos para a constituição ou homologação do crédito tributário, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

2. O valor recebido a título de complementação da aposentadoria, pago por entidade de previdência privada, está sujeito ao Imposto de Renda retido na fonte (IRRF), porque consubstancia aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

3. Apelação dos autores não provida. Apelação da União provida em parte. Remessa oficial provida. Pedido improcedente.

4. Peças liberadas pelo relator em 13/05/03 para publicação do acórdão.

Buscam os autores a rescisão do julgado, no sentido de obterem a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária a autorizar a União a cobrar Imposto de Renda sobre a parte da complementação de aposentadoria que resulta da contribuição que fizeram à entidade de previdência privada, denominada Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ. Requerem, também, a repetição do que foi recolhido a este título.

Para tanto, alegam que ao tempo de efetivo exercício de atividade laborativa, as contribuições feitas à Previ jamais foram deduzidas da base de cálculo do IR, configurando-se como “bitributação”. Defendem que a complementação da aposentadoria é reserva de poupança formada ao longo dos anos de trabalho e que já foi tributada quando constituía parte de seus salários. Dessa forma, afirmam que o acórdão rescindendo, ao considerar acréscimo patrimonial o retorno das complementações de aposentadoria, violou os arts. 43 do CTN e 153, III, da CF/88.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (fls. 943).

Citada, a ré contestou a ação, a alegar, inicialmente, a necessidade de litisconsórcio ativo e a impossibilidade jurídica do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Quanto ao mérito, sustenta ser aplicável à espécie o teor da Súmula 343 do STF e a improcedência dos pedidos. Requer, também, na hipótese de procedência da ação, que seja decretada a prescrição quinquenal (fls. 949/956).

Os autores apresentaram réplica a fls. 963/971.

Razões finais apresentadas pelos autores (fls. 975) e pela ré (fls. 979).

Em manifestação juntada a fls. 982/991, o MPF opina pela improcedência da ação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Como visto no relatório, o pedido de antecipação da tutela foi indeferido a fls. 943. Logo, nada há para examinar quanto à alegação, em contestação, de ser juridicamente impossível o requerimento de antecipação de tutela em ação rescisória.

Afasto, de outro lado, a preliminar de litisconsórcio ativo necessário, vez que, no caso, há autonomia de interesses, sendo possível apreciar o pedido dos autores da rescisória independentemente da participação de todos os que integraram o pólo ativo da ação originária. Assim já decidiram a 1ª Seção deste Tribunal (AR 95.01.14788-6/DF, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, *DJ* de 23/05/03; AR 1999.01.00.032897-4/DF, Rel. Des. Federal José Amilcar Machado e Rel. convocado Juiz Itelmar Raydan Evangelista, *DJ* de 20/08/02) e o STJ (REsp 109023/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* de 17/02/99).

O Verbete Sumular 343 do STF que assim dispõe:

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

No âmbito desta Corte, o entendimento era, e ainda é, no sentido do acórdão recorrido, ou seja, de que a complementação de aposentadoria é um acréscimo patrimonial e, portanto, sujeita ao Imposto de Renda.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer quanto ao trato da matéria nos demais Tribunais Regionais Federais.

No Tribunal Regional Federal da Segunda Região existem julgados, proferidos desde o ano de 2002, que afastam a incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria no que se refere ao valor correspondente à contribuição do segurado ocorrida sob a égide da Lei 7.713/88, conforme se verifica nos seguintes arestos:

Tributário. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Isenção. Leis 7.713/88 e 9.250/95.

I – A Lei 7.713/88 criou hipótese de isenção de Imposto de Renda sobre benefício complementar, recebido de entidade de previdência privada, visto

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias, Luciano Tolentino Amaral, Antônio Ezequiel da Silva e Maria do Carmo Cardoso. Ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Juíza Daniele Maranhão Costa (convocada).

que as contribuições para a previdência complementar compunham a base de cálculo do tributo cobrado, na fonte, sobre os salários.

II – Com o advento da Lei 9.250/95, tornou-se possível a dedução da contribuição para a previdência complementar, na base de cálculo do Imposto de Renda pago, na fonte, sobre o salário, somente ocorrendo a tributação quando do recebimento do benefício ou do resgate.

III – Havendo os recolhimentos para previdência privada ocorrido no regime da Lei 7.713/88, não incide o Imposto de Renda sobre o respectivo benefício ou resgate, sob pena de configurar-se a bitributação.

IV – Recurso provido. (AC 2002.02.01.0082297/RJ, Rel. Des. Federal Valmir Peçanha, Quarta Turma, TRF-2ª Região, DJ de 22/10/02, p. 195)

Processual Civil e Tributário. Isenção. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria paga por previdência privada.

I. O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

II. Sobre o resgate ou recebimento de benefício da previdência privada – observa-se o momento em que foi recolhida a contribuição: se, durante a vigência da Lei 7.713/88, não incide o imposto quando do resgate ou do recebimento do benefício (porque já recolhido na fonte) e se após o advento da Lei 9.250/95, é devida a exigência (porque não recolhido na fonte).

III – Apelação provida. (AMS 2001.51.01.0061966/RJ, Rel. Des. Federal Carreira Alvim, 1ª Turma, TRF-2ª Região, DJ de 17/11/03, p. 123)

Tributário. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Previdência privada.

Ação ordinária objetivando a não-incidência do Imposto de Renda sobre valores recebidos a título de complementação de aposentadoria do autor e a devolução dos valores já pagos.

O art. 6º da Lei 7.713/88 dispõe expressamente que não incide Imposto de Renda sobre os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, quanto ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do segurado, já que as contribuições pagas à previdência complementar eram descontadas do salário, que sofria tributação do Imposto de Renda antes do desconto.

Incidência do referido imposto após o advento da Lei 9.250/95, porque o tributo deixou de ser recolhido na fonte *in casu*, não há como se acolher o pedido em virtude de não constar nos autos documento que comprove a data de aposentadoria da autora, informação essencial ao deslinde da causa. (AC 2002.51.01.0126576/RJ, Rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, 2ª Turma, TRF-2ª Região, DJ de 22/12/04, p. 111)

No mesmo sentido, este julgado do Tribunal da Terceira Região:

Tributário. Embargos à execução fiscal. Imposto de Renda. Comple-

mentação de aposentadoria. Entidade de previdência privada. Isenção. Art. 6º, VII, da Lei 7.713/88.

I – Na vigência da Lei 7.713/88, período de 1º/01/89 a 31/12/95, as contribuições recolhidas às entidades de previdência privada já tiveram incidência do Imposto de Renda, quando de sua dedução do salário do empregado/contribuinte, não podendo, agora, quando do pagamento dos benefícios recebidos da entidade de previdência privada, sofrer o beneficiário nova incidência do Imposto de Renda, sob pena de bitributação. Precedentes do STJ.

II – Apelação e remessa oficial, tida por submetida, improvidas. (AC 2002.03.99.0123140/SP, Rel. Des. Federal Cecília Marcondes, 3ª Turma, TRF-3ª Região, DJ de 30/06/04)

A jurisprudência do TRF da 4ª Região, por sua Primeira Seção, após considerar que a complementação da aposentadoria representaria verdadeiro acréscimo patrimonial e, por isso, sujeita à incidência do Imposto de Renda (EAC 1999.04.01112890-9/RS, DJ de 24/10/01), mudou seu entendimento para fixar que a incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria, no que pertine ao valor correspondente à contribuição do segurado, no período de vigência da Lei 7.713/88, constitui bitributação:

Tributário. Complementação de aposentadoria por entidade privada. Não-incidência do Imposto de Renda.

1. Em caso de fruição de parcelas contribuídas para plano de previdência privada, os empregados não recebem somente as parcelas por eles vertidas, mas investimentos e lucros da entidade e contribuições dos empregadores.

2. A fim de evitar bitributação, do valor total a ser recebido pelos beneficiários, há que ser descontado o *quantum* por eles vertido à época de sua contribuição e que já tenha sofrido tributação, qual seja na vigência da Lei 7.713/88. (EAC 1999.04.01.33820-9/PR, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, 1ª Seção, TRF da 4ª Região, DJ de 21/08/02, p. 5.921).

No mesmo sentido podem colher-se decisões no âmbito do TRF da 5ª Região:

Tributário. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada. Isenção nos termos do art. 6º, VII, da Lei 7.713/88. Lei 9.250/95.

– A partir da edição da Lei 9.250/95, que revogou a regra isentiva prevista art. 6º, VII, da Lei 7.713/88, não há qualquer óbice legal quanto à exigibilidade do Imposto de Renda incidente sobre a complementação de aposentadoria percebida de entidade de previdência privada.

– No momento do recebimento da complementação de aposentadoria não deve haver a incidência do Imposto de Renda, tão-somente, no caso dos descontos das contribuições à entidade privada terem sido efetuados no período de 1º/01/89 a 31/12/95, sob o manto da Lei 7.713/88, quando a tributação incide na origem, sob pena de *bis in idem*.

– *In casu*, restou declarado que as aposentadorias das autoras ocorreram antes da edição da Lei 7.713/88, sendo anteriores todos os recolhimentos das contribuições destinadas à previdência privada, formadoras da futura complementação. À época, o tributo era deduzido no momento da percepção da referida complementação ou resgate em similitude às normas erigidas na Lei 9.250/96, atualmente em vigor.

– Precedentes deste Tribunal, do STJ e do STF.

– Apelação das autoras desprovida. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial providas. (AC 2004.05.00.040404-0/CE, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, 1ª Turma, TRF da 5ª Região, DJ de 14/03/05, p. 649)

Constitucional. Tributário. Funcef. Entidade de previdência privada. Art. 150, VI, c, da CF/88. Imposto de Renda Pessoa Física. Isenção. Parcela dos segurados. Prescrição quinquenal.

– Segundo o disposto no art. 6º, VII, alínea *b*, da Lei 7.713/88. A complementação de proventos de aposentadoria paga por entidade de previdência privada Está isenta do pagamento de Imposto de Renda no que se refere à parcela correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante.

– Até o advento da Lei 9.250/95, que em seu art. 33 revogou a isenção existente, não incidirá o Imposto de Renda na declaração de ajuste anual (pessoa física) sobre os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

– Remessa oficial improvida. (REO 2002.82.00.001611-7/PB, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, 1ª Turma, TRF da 5ª Região, DJ de 30/07/03).

Tributário. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria paga por entidade de previdência privada. Isenção da parcela correspondente ao ônus do beneficiário. Juros. Termo inicial.

– A complementação de aposentadoria paga pela entidade de previdência privada, em percentual correspondente à contribuição da responsabilidade do beneficiário, é isenta do Imposto de Renda. Inteligência do art. 6º, inciso VII, da Lei 7.713/88.

– A Lei 9.250/95 revogou a isenção ao inverter o momento da tributação, mas não se aplica às situações consolidadas sob a égide do diploma legal revogado.

– Os juros de mora na restituição de indébito são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão. Art. 167, parágrafo único, do CTN. (AC 2000.05.00.021001-0/RN, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Terceira Turma, TRF da 5ª Região, DJ de 15/05/03, decisão de 05/11/02).

Como se vê, a incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria, que é questão de índole infraconstitucional, possui interpretação controvertida no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, o que torna inadmissível a interposição de ação rescisória.

Ante ao exposto, julgo inadmissível a ação rescisória e, portanto, declaro extinto o processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Condeno os autores ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 5% (cinco por cento) do valor da causa.

Converto em multa o depósito prévio, observado o disposto no art. 494 do CPC.

É como voto.

Primeira Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2004.38.00.026936-4/MG

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

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelada: Érika Baptista de Oliveira Medina

Advogados: Dra. Luciana Silva Camargo Barros e outros

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara/MG

Publicação: DJ 2 de 29/05/06

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Sentença ultra petita. Preliminar rejeitada. Auditora fiscal do trabalho. Servidora cedida a órgão do Poder Judiciário para o exercício de função comissionada. Gdat. Legitimidade da Lei 10.593/02 e do Decreto 3.390/00 reconhecida na sentença que concedeu parcialmente a segurança. Inexistência do direito à percepção da gratificação durante o período da requisição. Supressão e devolução dos valores pagos indevidamente determinadas pela Administração sem o devido processo legal. Mera comunicação administrativa. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Não-observância. Necessidade de instauração de procedimento administrativo. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas.

I. Preliminar de sentença *ultra petita* afastada, vez que a sentença apelada reconheceu a ilegalidade da conduta do impetrado no que toca à devolução dos valores percebidos pela impetrante e desobrigando-a de seu pagamento, dentro do tema trazido a julgamento na exordial, em que há requerimento expresso de “*paralisação do procedimento instaurado para efetivação dos descontos das quantias percebidas preteritamente, supostamente indevidas*” (fls. 22).

II. Nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, o ato praticado pela Administração que interfere na esfera de direitos patrimoniais alheios, salvo exceções previstas expressamente na lei, deve ser precedido do devido processo administrativo, por meio do qual se instrumentaliza o exercício do pleno contraditório e da ampla defesa, consoante determinação constitucional (art. 5º, LV, CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes”).

III. Não atende ao requisito constitucional, também delineado na Lei 9.784/99, o mero encaminhamento da Nota Informativa 35/04 (fls. 36/41), que determinou os acertos na folha de pagamento do *quantum* recebido indevidamente a título de Gdat pela impetrante, no período da cessão.

IV. Não se pode desconsiderar, contudo, no caso concreto, a existência de comunicação administrativa de que a cessão da servidora implicaria perda do direito à percepção da Gdat (fls. 31) e a aquiescência da mesma em não fazer jus à gratificação (fls. 32), pois se, de um lado, a impetrante não contribuiu para o pagamento equivocado, de outro, tinha ela, antes de efetivada a cessão, ciência de que tais parcelas não lhe seriam pagas pela Administração.

V. Em face das circunstâncias fáticas, não há que se falar – por ora e sem instauração de regular procedimento administrativo – em devolução ou não de valores.

VI. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para assegurar a instauração do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, com vistas a um acerto definitivo.

Acórdão

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Federal Relator.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 26/04/06.

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União de sentença proferida pelo

Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que concedeu parcialmente a segurança para “*desobrigar a impetrante de devolver ao erário a quantia recebida a título de Gdat, no período de junho de 2001 a abril de 2004, totalizando a cifra de R\$ 91.027,19 (noventa e um mil, vinte e sete reais e dezoito centavos)*” (fls. 221). Sem honorários advocatícios (Súmula 105 do STJ).

A União argúi preliminarmente que a sentença é *ultra petita*, “*na medida em que desobrigou a impetrante de devolver ao erário a quantia recebida a título de Gdat, no período de junho de 2001 a abril de 2004, quando, na verdade, aquilo que foi postulado pelo autor na sua inicial se restringia a obter provimento que vedasse qualquer desconto relativo à mencionada parcela*” (fls. 236).

No mérito, sustenta a legitimidade das disposições da Lei 10.593/02 e do Decreto 3.390/00, que vedam expressamente a percepção da Gdat por servidores cedidos a outros órgãos, que estejam afastados do desempenho das atividades inerentes à carreira, sendo que a sua supressão não acarreta direta redução de vencimentos.

E continua:

Não há que se falar em boa-fé, uma vez que a lei não exige que quem recebeu indevidamente o tenha feito de má-fé para que tal fato importe na devolução daquilo havido indevidamente. Nos casos de recebimento indevido, o servidor está obrigado a efetuar a reposição ao erário, em conformidade com o disposto no art. 46 da Lei 8.112/90. O dever de reposição de valores recebidos indevidamente, aliás, é uma regra geral no Direito, que não tolera o enriquecimento sem causa, caracterizando-o como “locupletamento ilícito”. A apelada não pode invocar em seu favor a boa-fé, *data maxima venia*, porque declarou expressamente saber que, nos termos da legislação pertinente, deixaria de perceber a Gdat caso fosse cedida ao Poder Judiciário. Sua boa-fé ficaria manifesta se, constatando a continuidade no pagamento da Gdat após a sua cessão, imediatamente comunicasse o fato ao Setor de Pessoal do Ministério do Trabalho e Emprego, para os devidos esclarecimentos. Tal não o fez, entretanto. Calou-se. Recebeu por anos valores que sabia indevidos. Onde está a boa-fé? Vale registrar que não procede a alegação consignada na sentença recorrida de que não faz qualquer sentido a restituição da referida gratificação, pois a mesma foi paga à apelada em retribuição aos serviços por ela validamente desempenhados. Tal argumento contém inegável falácia. Isto porque a impetrante não recebeu apenas a retribuição pelos serviços validamente desempenhados, mas, ao revés, percebeu *quantia muito acima daquilo* a que faria jus como contraprestação, pois, além da função comissionada percebida na folha do Poder Judiciário, recebia vencimento pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que incluía uma gratificação inerente a uma atividade que ela não mais exercia, portanto, indevida, já que em total desconformidade com a legislação em vigor. *O fato de a Administração continuar pagando, por equívoco, ainda que por ato de sua única e exclusiva responsabilidade, a parcela indevida, não supre a ilegalidade do pagamento, razão pela qual im-*

põe-se a restauração da ordem jurídica, mediante o ressarcimento dos valores recebidos indevidamente ao erário (fls. 241/242).

Aduz ainda a especificidade da Lei 8.112/90 em face da Lei 9.784/99; e a inexistência de prejuízo financeiro.

Requer, ao final, a reforma da sentença para que “*se autorize a União a efetuar o desconto na remuneração da impetrante das parcelas referentes ao pagamento indevidamente realizado da verba remuneratória denominada Gdat no período de junho de 2001 a abril de 2004, uma vez que a mesma está cedida ao Poder Judiciário, não podendo jamais ter cumulado o recebimento desta gratificação específica, com a remuneração de auditora fiscal juntamente com FC do Poder Judiciário*” (fls. 253).

Contra-razões a fls. 256/289.

Parecer do MPF, a fls. 293/298, opinando pelo não-provimento da apelação e pelo provimento da remessa oficial para declarar o direito da impetrante à defesa administrativa.

É o relatório.

Voto*

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

Preliminar

Não merece prosperar a preliminar suscitada pela União de sentença *ultra petita*, vez que a impetrante requereu expressamente na inicial “*a paralisação do procedimento instaurado para efetivação dos descontos das quantias percebidas preteritamente, supostamente indevidas*” (fls. 22), com o reconhecimento da “*ilegalidade dos atos praticados pelas autoridades coatoras*” (fls. 23).

A sentença apelada, examinando a questão, reconheceu a ilegalidade da conduta do impetrado no que toca à devolução dos valores percebidos pela impetrante, desobrigando-a de seu pagamento (fls. 221), dentro, pois, do tema trazido a julgamento na exordial.

Rejeito, dessa forma, a preliminar invocada pela apelante.

Mérito

Trata-se de mandado de segurança pelo qual postula a impetrante seja determinado à autoridade coatora que se abstenha de descontar de sua remuneração

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

os valores pagos a título de Gdat, por ela percebida no período de junho de 2001 a abril de 2004, durante a sua cessão para o exercício de função comissionada no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Argumenta, para obstar os atos praticados pela Administração – supressão da gratificação e devolução dos valores recebidos – que, além da redução ilegal de sua remuneração, não fora observado o princípio do contraditório, com a necessária ampla defesa, a teor da Lei 9.784/99. Ademais, caso indevida a gratificação, não se poderia pretender a restituição de qualquer valor, uma vez que recebido de boa-fé.

A sentença concedeu *em parte* a segurança, considerando três aspectos distintos. Em primeiro lugar, verificou que não havia sido outorgado à impetrante o direito de se manifestar sobre a devolução da quantia indevidamente recebida, violando a garantia do devido processo legal.

No que toca ao segundo tema da impetração, o MM. juízo *a quo* asseverou que o servidor para fazer jus a Gdat prevista na Medida Provisória 1.915/99, convertida na Lei 10.593/02, deveria estar no exercício regular do cargo.

Ora, não se encontrando a situação da impetrante (servidora cedida ao Poder Judiciário) no rol das exceções enumeradas no § 5º do art. 15 da Lei 10.593/02, que permitem a continuidade da percepção da gratificação, a sentença monocrática afastou a alegação de violação aos princípios da isonomia e da irredutibilidade de vencimentos.

Por fim, quanto à obrigatoriedade da devolução do quanto pago à impetrante, a título de Gdat, no período de junho de 2001 a abril de 2004, deduziu-se que:

(...) Neste ponto, releva destacar a conduta da impetrante. Quando formalizada a cessão, a impetrante aceitou-a em todos os seus termos, inclusive no tocante à não-recepção da gratificação em tela, durante o período da cessão. (Fls. 32). Ora, se posteriormente a Administração resolveu pagá-la, por ato de sua única e exclusiva responsabilidade, com o qual a impetrante em nada concorreu, a conclusão que se impõe é que o erro derivou-se do agir da Administração. Por isso, a boa-fé da impetrante no episódio é manifesta. Mas não é só. A verba recebida pela impetrante a título da multicitada gratificação possui natureza alimentar. Foi-lhe paga em retribuição aos serviços por ela validamente desempenhados. A gratificação, ao tempo em que recebida pela impetrante, integrou os seus rendimentos e foi legitimamente consumida nas despesas de sua sobrevivência. Exigir-lhe de volta ao erário não faz qualquer sentido. Não há dúvidas de que a Administração pode e deve anular seus atos quando eivados de nulidade. É o que hoje preconiza claramente a Lei 9.784/99 (arts. 53 e ss.). Sucede, todavia, que a anulação somente deve retroagir à origem do ato quando não esbarrar em situações abrangidas pela boa-fé do administrado. Em casos assim, como o presente, sobrepõe-se o princípio da boa-fé com relação aos efeitos pretéritos, em face do princípio maior da segurança jurídica (fls. 218).

Como se vê, não tendo havido recurso da impetrante quanto à não-percepção da Gdat, a matéria objeto de análise por este Tribunal se restringe à observância do devido processo legal e à obrigatoriedade de devolução dos valores recebidos indevidamente pela impetrante.

Tenho por acertada a sentença ao se lastrear na convicção de que não restou observado o devido processo legal, sendo nulo o procedimento realizado pela Administração, visando aos descontos sobre a remuneração da impetrante.

Nos termos do art. 5º, LIV, CF, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, o ato praticado pela Administração que interfere na esfera de direitos patrimoniais alheios, salvo exceções previstas expressamente na lei, deve ser precedido do devido processo administrativo, por meio do qual se instrumentaliza o exercício do pleno contraditório e da ampla defesa, consoante determinação constitucional (art. 5º, LV, CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes”).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, não obstante caiba ao administrador a tutela do bem comum e a defesa do interesse público, a invalidação ou a retificação de atos administrativos viciados encontra limites no regramento constitucional, que impõe a efetiva observância dos postulados do devido processo legal, a fim de resguardar a esfera dos direitos e garantias individuais.

Confira-se:

Ato administrativo. Repercussões. Presunção de legitimidade. Situação constituída. Interesses contrapostos. Anulação. Contraditório.

Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque comum à Administração e ao particular (RE 158.543/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ I de 06/10/95, p. 33.135).

Do voto proferido pelo Relator, colho a seguinte passagem:

A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deveria ter ocorrido em cumprimento irrestrito ao que se entende como devido processo legal (*lato sensu*) a que o inciso LV do art. 5º objetiva preservar. O que não transparece razoável é entender-se que o segundo ato praticado, por também contar com a presunção de legitimidade, estaria a revelar como impróprio o contraditório, dispensada, assim, a

participação, no processo administrativo, dos interessados. O contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar.

Note-se, ainda, que a exigência do devido processo reclama aplicação efetiva, no plano formal e material, cujos requisitos, já reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, estão agora delineados na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Não supre tal exigência a mera comunicação ao servidor, ainda que seja dada oportunidade de apresentar a defesa. O exercício da defesa há de ser facultado previamente ao ato.

De tal sorte, a conduta unilateral da Administração, executada com infringência às garantias constitucionais, é passível de correção pela via judiciária, podendo-se destacar, neste sentido, vários precedentes deste Tribunal, entre os quais os seguintes:

Constitucional e Administrativo. Alegado vício de ato administrativo que repercute no campo dos interesses individuais. Anulação. Possibilidade. Súmula/STF 473. Necessidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Art. 5º, LV, da CF/88.

1. Conquanto possa a Administração anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais (Súmula STF 473), é imperiosa a observância do contraditório quando a formalização do ato haja repercutido no campo de interesse individuais, sobretudo quando, como no caso dos autos, afigure-se questão de fundo alimentar, implementada por vários anos.

2. Sentença integralmente confirmada.

3. Apelação e remessa improvidas (AMS 1999.01.00.022721-2/DF; Relator Des. Federal Amílcar Machado; DJ 2 de 28/08/00, p. 28).

Mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

1. Não pode a Administração anular ato de forma a repercutir no campo dos interesses individuais, sem a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

2. Apelação e remessa oficial improvidas.

3. Sentença mantida (AMS 1999.01.00.028883-3/DF, Rel. Des. Federal Catão Alves, DJ 2 de 03/04/00, p. 133).

Constitucional. Administrativo. Retificação e redução de vencimentos. Reconhecimento de ilegalidade do ato concessivo das vantagens retiradas. Devolução das parcelas recebidas com base no ato administrativo anulado/revogado mediante desconto em folha sem oportunidade de contraditório. Ampla defesa. Ausência do devido processo legal no seu aspecto formal.

I. Anulado ato administrativo que incorpora vantagens aos vencimentos de servidor público, por reconhecida a sua ilegalidade, não pode ser exigida a

reposição dos valores anteriormente recebidos, sem a instauração de regular procedimento administrativo com oportunidade de contraditório e ampla defesa do servidor, sob pena de se desrespeitar o princípio do devido processo legal, no seu aspecto formal.

II. Presunção de legitimidade do ato administrativo impede que se efetue a restituição de valores pagos consoante suas normas, sem prévia defesa do particular, em cujo patrimônio ingressaram tais valores. CF, art. 5º, LIV. (AMS 1998.01.00.025394-4/AM; Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, *DJ* 2 de 07/06/99, p. 51).

Tal a perspectiva, não atende à exigência do devido processo legal o mero encaminhamento da Nota Informativa 35/04 (fls. 36/41), que determinou os acertos na folha de pagamento do *quantum* recebido indevidamente a título de Gdat pela impetrante, no período já mencionado, consignando os valores apurados unilateralmente pela Administração.

Contudo, não se pode desconsiderar a existência da comunicação de que a cessão da servidora implicaria perda do direito à percepção da Gdat (fls. 31) e a aquiescência da mesma em não fazer jus à gratificação (fls. 32). Ora, se de um lado, a impetrante não contribuiu para o pagamento equivocado, de outro, percebe-se que tinha ela, antes da efetiva cessão, *ciência* de que tais parcelas não lhe seriam pagas (fls. 32).

Neste contexto, de todo razoável que se instaure o regular procedimento administrativo, com oportunidade para o contraditório e ampla defesa, no resguardo do interesse do impetrante e também da própria Administração. Daí não ser oportuno, antes de tal providência, falar-se em devolução de valores.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar invocada e dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para assegurar a instauração do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, com vistas a um acerto definitivo.

É o voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2000.01.00.002850-8/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian

Apelante: Maria José de Paiva Fanuchi

Advogados: Dr. João Batista Lambert e outro

Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradora: Dra. Justina Coutinho Modesto

Publicação: DJ 2 de 11/05/06

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria invalidez. Neoplasia. Mastectomia radical bilateral. Linfedema. Laudo pericial. Demais provas. Literatura médica. CPC, arts. 131 e 436. Benefício concedido.

I. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (CPC, art. 131).

II. “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (CPC, art. 436).

III. O magistrado não se vincula ao laudo pericial, devendo utilizar-se dos elementos dos autos para formar seu livre convencimento. Inteligência do art. 436 do CPC.

IV. Apresentados os motivos de seu convencimento, pode o juiz apreciar livremente a prova, considerando os elementos existentes nos autos, sem estar adstrito apenas à prova pericial, sobretudo quando não foi esta desprezada.

V. Laudo pericial que, apesar de concluir pela ausência de invalidez, afirma haver permanente perda anatômica ou redução da capacidade de trabalho e que a autora apresenta seqüelas definitivas que dificultam o exercício da atividade laborativa.

VI. Atestado médico certificando a mastectomia e posterior surgimento de linfedema.

VII. Laudo de exame patológico comprovando mastectomia radical e esvaziamento ganglionar das axilas.

VIII. Literatura médica acostada ao voto em que se demonstra a ocorrência de linfedema decorridos vários anos após a mastectomia radical, suas conseqüências e reduções de capacidade laboral, inclusive morbidez, tanto psicossomática como psico-emocional.

IX. Invalidez causada pelo linfedema conseqüente à mastectomia radical torna irrelevante o fato de a autora ter-se mantido no emprego da época da cirurgia por mais cerca de 3 a 4 anos.

X. Inexistência de metástase ou progressão da neoplasia é irrelevante para caracterização ou não da invalidez (item IX retro).

XI. Termo inicial do benefício fixado na data da formalização do pedido

administrativo de auxílio-doença.

XII. Correção monetária pelos índices oficiais (Lei 6.899/81 e Manual de Cálculos do Conselho de Justiça Federal), a partir de cada mês de referência.

XIII. Juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados os relativos ao período anterior da citação a partir da data desta e os demais a partir de cada mês de vencimento.

XIV. Honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, representado este pela soma das parcelas vencidas até a data em que iniciado o julgamento, incluídos correção monetária e juros, por proferida condenação somente nesta 2ª instância (adaptação da Súmula 111/STJ).

XV. Isenção de custas remanescentes pelo réu, Lei Estadual de Minas Gerais 12.427/96, art. 10, e Lei Federal 9.289/96, art. 4º, I.

XVI. Inexistência de custas a repor para a autora, por processado o feito sob o benefício da assistência judiciária gratuita.

XVII. Apelação da autora parcialmente provida. Ação julgada procedente em parte. Benefício de auxílio-doença, depois aposentadoria por invalidez concedido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação da autora e julgar procedente, em parte, a ação.

2ª Turma do TRF-1ª Região – 05/04/06.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Trata-se de apelação interposta pela autora contra sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de Cambuí/MG, que julgou improcedente o pedido de aposentadoria por invalidez e condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspensa, todavia, a execução da verba de sucumbência, por litigar a autora sob o pálio da justiça gratuita. A sentença fulcrou-se na conclusão do laudo pericial de inexistência de invalidez.

2. Aduz a apelante que restou comprovado ser ela portadora de neoplasia bilateral, de ambas as mamas, pois era portadora de tumores primários e sincrônicos e que, em novembro de 1992, foi submetida à mastectomia radical modificada

bilateral e apresentou, em consequência do tratamento cirúrgico, linfedema pós-mastectomia bilateral, não mais podendo desenvolver atividade laborativa como sempre exerceu, estando, portanto, inválida para suas funções profissionais.

3. Alega que, apesar de ter retornado ao mercado de trabalho, não pode se manter laborando, em razão da cirurgia a que foi submetida, o que lhe causou constantes problemas de saúde, até ser demitida em 1996, e que desde então não mais conseguiu trabalho, pois não logra aprovação em todos os exames médicos admissionais, por ser portadora de neoplasia maligna.

4. Assevera que o perito judicial consignou que a cirurgia tem como seqüela comum as dores em membros superiores, principalmente em caso de esforço.

5. Sustenta, por fim, que, como em toda sua atividade laboral prestou serviços como psicóloga empresarial e que, sendo o CA uma doença não totalmente curável, podendo manifestar-se a qualquer tempo, as empresas em seu exame médico admissional notarão a seqüela da mastectomia, reprovando-a.

6. Com as contra-razões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — A respeitável sentença apelada assim se fundamenta:

(...)

A discussão dos autos gira em torno de ser a autora totalmente inválida para exercer atividade profissional e, nesse tocante, é bom observar que ela exercia a função de analista de Recursos Humanos pleno, como se observa da cópia de sua carteira de trabalho, a fls. 37, até 30/04/96.

De outro lado, quando a autora ingressou com recurso administrativo contra a decisão que lhe negou o benefício, apontou as razões pelas quais entendia que aquela decisão deveria ser modificada, como se lê de suas argumentações a fls. 21/22.

Ali, ela relata os problemas pelos quais passou e as razões de seu pedido de aposentadoria por invalidez, muito embora, na esfera administrativa, tal pedido tenha sido de auxílio-doença.

De qualquer forma, observo que a dificuldade laborativa da autora, salvo melhor juízo, pode ser compreendida como a de muitas pessoas desempregadas, ou seja, não se consegue emprego facilmente, desde a época do pedido administrativo da autora até, e mais ainda, nos dias atuais.

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Neuza Alves.

É porque a autora recebeu auxílio-doença no período compreendido entre 11/11/92 até 06/01/93 (fls. 53), mas trabalhou até 30/04/96, ou seja, permaneceu mais três anos trabalhando após ter sofrido intervenção cirúrgica, o que, só por si, já demonstraria que, mesmo com a ocorrência de tal fato, ela permanecia capacitada para o trabalho.

Restaria saber se após sair do emprego, estaria incapacitada para o exercício profissional.

A perícia médica levada a efeito mostra que a autora tem capacidade para o trabalho.

A resposta do perito ao 2º quesito formulado pelo juízo esclarece que a autora pode exercer trabalho, mesmo em outra atividade, ao contrário do que foi transcrito a fls. 105 pela autora, talvez por equívoco, mas, de qualquer forma, não se trata de incapacidade total e permanente e que a impossibilita de exercer atividades profissionais.

Constatou-se, assim, pela perícia, que a autora não está incapacitada para o trabalho e se assim é, não tem mesmo direito à aposentadoria por invalidez.

A parte da Previdência que colabora um pouco com situações adversas para aqueles que não conseguem emprego, é a concessão do seguro-desemprego, mas isso foi concedido à autora até 31/10/96 (fls. 53).

Como no início mencionado, a prova dos autos deveria se resumir em saber se a autora tem ou não condições para exercer atividade profissional e a perícia médica responde que ela tem condições.

O art. 42 da Lei 8.213/91 estabelece que a aposentadoria por invalidez será concedida a quem “... for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência...” e, como se viu, esse não é caso da autora.

É certo que a manifestação da dra. promotora de justiça a fls. 101 não pode ser considerada como prova de que a autora está exercendo a profissão de psicóloga mas a própria autora, quando recorreu da decisão administrativa, deixou de evidenciar que o problema era o enfrentado por inúmeras pessoas que pretendem se estabelecer em alguma atividade profissional, qual seja, “...só acontece a longo prazo, pois a simples instalação de um consultório não garante grande número de pacientes...” (fls. 21).

Também é certo, como argumentou a autora naquela oportunidade, que não poderia “...começar a atender visando apenas à parte financeira, pois não consigo falar e nem lidar muito bem com a minha mutilação...” (fls. 21).

Entretanto, isso prova também que a possibilidade de atividade laborativa por parte da autora existia, muito embora dependesse de uma reabilitação, eventualmente física, mas acima de tudo psicológica, até porque é sabido o sofrimento interior das mulheres que passam por tal problema.

Mesmo assim, é de se ponderar que, conseguindo ultrapassar os obstáculos interiores, sociais, psíquicos, estéticos que afligem as mulheres

acometidas de tal mal, perfeitamente possível se torna a atividade profissional e, não raro, com muito mais desprendimento, com muito mais compreensão a respeito dos problemas seus e de terceiros, com muito mais competência, do que aqueles que não passaram pelos percalços a que se submeteu a autora.

Em analisando, assim, as provas dos autos, não vejo como conceder à autora aposentadoria por invalidez, porque, definitivamente, ela não é inválida para produzir, para trabalhar, para oferecer mais ainda, sua capacidade de contribuir.

(....)

2. O laudo pericial, por sua vez, fls. 90/91, singelo, telegráfico, responde aos quesitos apenas com “sim” e “não”, sem fundamentar a resposta, iniciando-se com curta explanação, nos seguintes termos:

A autora foi submetida à mastectomia bilateral, radical, com esvaziamento ganglionar extenso nas axilas.

Tal cirurgia tem como seqüela comum as dores em membros superiores, principalmente nos esforços. Esta é a queixa no caso em tela.

3. O restante do laudo, respostas “sim” e “não”, para se tornar compreensível deve ser confrontado pelos respectivos quesitos, oficiais, do MM. juízo, fls. 89, e do INSS, fls. 87, senão vejamos:

3.1. Quesitos oficiais.

3.1.1. O(a) autor(a) sofre de lesão ou perturbação funcional?

Resposta: Sim.

3.1.2. Essa lesão ou perturbação funcional determina incapacidade total e permanente para o trabalho?

Resposta: Não.

3.1.3. Essa lesão ou perturbação funcional impede o exercício da atividade, mas permite o de outra?

Resposta: Sim.

3.1.4. Essa lesão ou perturbação funcional determina, permanentemente, perdas anatômicas ou redução da capacidade de trabalho?

Resposta: Sim.

3.1.5. Essas perdas anatômicas ou redução de capacidade laborativa impedem, por si só, o desempenho da atividade que exerce, porém não o de outras de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional?

Resposta: Não.

3.2. Quesitos do INSS.

3.2.1. Qual a natureza da doença da autora? Que elementos objetivos de exame clínico comprovam o diagnóstico?

Resposta: Câncer de mama, bilateral. Ausência de ambas as mamas retiradas cirurgicamente.

3.2.2. A autora está acometida de doença que a incapacita para o exercício da atividade que vinha exercendo?

Resposta: Não.

3.2.3. Em caso positivo: Apesar dessa incapacidade, está apta para o exercício de outra atividade?

Resposta: ---

3.2.4. Apresenta a autora seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional que dificultem o exercício da atividade laborativa?

Resposta: Sim.

4. Diante da pobreza de dados e total ausência de fundamentação do laudo pericial, cabe, no presente caso, aplicar o art. 436 do CPC, passando a examinar os demais dados contidos nos autos, a teor do precedente do colendo STJ, *in* RTJE 117/05, referido como nota 16 ao art. 436, *in* CPC, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 37^a ed., Saraiva, fls. 483, a saber:

Na livre apreciação da prova, o julgador não se acha adstrito aos laudos periciais, podendo, para o seu juízo, valer-se de outros elementos de prova existente nos autos....

5. Analisando, em primeiro lugar, o próprio laudo, vemos que o louvado perito confirma a existência da mastectomia bilateral radical e esvaziamento ganglionar extenso nas axilas, item 2 retro, o que configura lesão ou perturbação funcional, subitem 3.1.1 e impede o exercício da atividade da autora, subitem 3.1.3, apesar de permitir o de outra atividade, sem olvidar que tal lesão determina permanente redução da capacidade de trabalho, subitem 3.1.4, além de grave perda anatômica, e que efetivamente tais condições causam perdas e/ou redução da capacidade funcional, cuja ocorrência, por sua vez, dificulta o exercício da atividade laboral, subitem 3.2.4.

6. Vê-se que o próprio laudo sinaliza, apesar das conclusões da sentença, na possibilidade da efetiva existência da invalidez, apesar de não afirmar categórica e conclusivamente tal fato. Dessa forma, conforme exposto no item 4 supra, com fulcro no art. 436 do CPC, merece que o juízo complementasse essas informações do perito, partido-se, obviamente, do laudo, com outros dados contidos em peças que se encontram nos autos, como atestados médicos e laudos de exames patológicos, comparando-se todo esse conjunto probatório, com a competente literatura médica

para se chegar a uma conclusão concreta, definitiva e realística sobre a situação psicossomática da autora e suas condições psico-emocionais, tudo resultante da mastectomia radical e suas conseqüências no tempo.

7. Alerto que esse enfoque é perfeitamente viável, harmoniza-se com a lei processual e encontra apoio no colendo STJ, conforme precedentes que cito, em especial o item 7.2 infra:

7.1. AgRg no Agravo de Instrumento 587.628-RS, julgado em 19/05/05, 5ª Turma, Relator eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, com a seguinte ementa:

Processual Civil. Servidor público. Adicional de insalubridade. Embargos de declaração. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Perícia judicial. Afastamento. Regularidade. Art. 436 do CPC. Apreciação das condições de insalubridade. Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não ocorre omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara sobre a questão posta nos autos, de forma que os fundamentos utilizados foram suficientes para embasar a decisão.

2. O magistrado não se vincula ao laudo pericial, devendo utilizar-se dos elementos dos autos para formar seu livre convencimento. Inteligência do art. 436 do CPC.

3. A apreciação da regularidade, ou não, do fornecimento de material de proteção a servidor público e, portanto, da existência das condições de insalubridade, implicaria o reexame de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedente.

4. Agravo regimental improvido.

7.1.1. Cabe destacar no voto do ilustrado Relator:

A decisão agravada foi assim concebida (fls. 102 e 103):

(...)

“No que concerne ao mérito, em aplicação do princípio do livre convencimento motivado, não há irregularidade na decisão que, suficiente fundamentada, afasta as conclusões do perito oficial, acatando outra que tenha realizado análise mais precisa e completa. Nesse sentido: REsp 510.222/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 23/8/04, p. 264.

In casu, a decisão recorrida entendeu que, “quanto à imprestabilidade ou inutilidade do material (de proteção individual fornecido aos agravantes), como alegado, não há prova suficiente para atestá-las” (fls. 45), razão pela qual o direito à gratificação “cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa à sua concessão” (fls. 50).

E continua (fls.50):

“...tanto os agentes químicos como biológicos existentes não se enquadram no anexo 14 da NR 15, Portaria 3.214/78, porquanto o manuseio de sabão, detergente e outros, utilizados em limpeza de banheiros, não podem ser tidos como insalubres, já que seus componentes, manuseados com água, são obstaculizados por outros que compõem o mesmo produto, descaracterizando seus efeitos tóxicos”.

Destarte, ainda que vencido fosse tal obstáculo, a apreciação da questão *sub judice* necessariamente demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: EDcl no AgRg no Ag 501.118/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, 29/11/04, p. 370.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

A decisão agravada merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

(...)

(...) Ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que considerar pertinente à controvérsia, não estando obrigado a se conformar com o pleito das partes ou com o laudo pericial, mas devendo utilizar-se de seu livre convencimento, a partir dos elementos dos autos (arts. 131 e 436 do CPC). Nesse sentido: AgRg no Ag 397.142/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, *DJ* de 29/04/02, p. 311, e REsp 331.400/ES, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, *DJ* de 25/10/04, p. 335.

(...)

7.2. Recurso Especial 331.400-ES (2001/0081396-8), 3ª Turma, Relator eminente Ministro Pádua Ribeiro, julgamento em 24/08/04, e respectivos embargos de declaração julgados em 17 de março de 2005.

7.2.1. Venerando acórdão do REsp assim ementado:

Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgia. Perda de visão. Prova. Perícia. Livre convencimento motivado do juiz.

I – Apresentados os motivos de seu convencimento, pode o juiz apreciar livremente a prova, considerando os elementos existentes nos autos, sem estar adstrito apenas à prova pericial, sobretudo quando não foi esta desprezada.

II – A assertiva do acórdão recorrido de que foi adotado tratamento inadequado nos procedimentos para a cirurgia da autora, que culminou com a perda da visão, envolve matéria probatória, cujo reexame é incabível na via do recurso especial (Súmula 7 – STJ).

III – Recurso especial não conhecido.

7.2.2. Destaco o voto do eminente Ministro Relator:

(...) E esclareceu, nos seguintes termos, quanto à alegação de não se ter levado em consideração as perícias realizadas, com preferência à literatura médica:

“Quanto à opinião do recorrente não me cumpre apreciação, pois já manifestei a minha quando do julgamento. Em verdade, a literatura médica fora utilizada em complemento de análise da prova pericial médica produzida que não fora desconsiderada, e sim interpretada.” (fls. 286)

Correta está a afirmação do ilustre relator que não excluiu a perícia técnica, como se pode ver do seguinte trecho do voto condutor do acórdão:

“(....)

Foi questionado ao perito da necessidade de se proceder a um exame pré-operatório tipo ecografia ao que ele respondeu que ‘a ecografia pode detectar patologia que pode levar a um descolamento de retina e que a finalidade desse exame é também constatar o descolamento da retina’ (fls. 110, 111). No caso do ultra-som B está indicado no pré-operatório na obra citada, (p. 291, Maria de Lourdes) encontramos: ‘Ultra-sonografia B está indicada nos casos de catarata madura para afastar possibilidade de descolamento de retina, hemorragia’Verifica-se dos autos que o apelado apenas procedeu a tratamento e exames de rotina.”

(...)

É de se ter em conta o que dispõe o art. 131 do CPC, *in verbis*:

“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Como já decidiu esta Corte, “....A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual.” (REsp 7870/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, julgado em 03/12/91).

Além disso, o art. 436 do mesmo estatuto legal, tido como violado, estabelece que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

No acórdão atacado foram indicadas as razões de convencimento do Relator com base em outros elementos constantes dos autos.

Por outro lado, também não procede a alegação de que o acórdão afastou-se das provas existentes para reformar a sentença com base em literatura médica “cuja existência sequer está comprovada” (fls. 305).

(...)

7.2.3. O venerando acórdão nos embargos de declaração, por sua vez, afirma:

Processual Civil. Embargos de declaração. Prova pericial. Outros elementos comprobatórios. Livre convencimento.

I – Apresentados os motivos de seu convencimento, pode o juiz apreciar livremente a prova, considerando os elementos existentes nos autos, sem estar adstrito apenas à prova pericial, sobretudo quando não foi esta desprezada.

II – Embargos de declaração rejeitados.

7.2.4. Seu voto condutor leciona:

O acórdão ora embargado foi claro ao afirmar que a prova pericial não foi excluída. Nessa parte, assim está redigido o voto condutor do acórdão , *verbis*:

(...)

As razões do convencimento dos ilustres julgadores está adstrita a elementos vários constantes dos autos. A assertiva do embargante de que o acórdão recorrido deixou de acatar o laudo pericial para aceitar literatura médica sem comprovação de sua existência, também foi examinada no acórdão ora embargado, que citou trecho do acórdão recorrido, nos seguintes termos:

(...)

Reconheceu-se que o ora embargante obrou com culpa na modalidade negligência omissiva, deixando de agir com os cuidados que o caso requeria, pelo que não há qualquer mácula no aresto recorrido.

(...)

7.3. Ainda, REsp 673.741/PB, 2ª Turma, julgado em 03/02/05, Relator eminente Ministro João Otávio Noronha, cujo venerando acórdão assim está ementado:

Tributário. Imposto de Renda. Isenção. Neoplasia maligna. Início do benefício. Laudo médico oficial. Desnecessidade.

1. Conforme estabelecido no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, são isentos do Imposto de Renda os benefícios de aposentaria percebidos por portadores de neoplasia maligna.

2. Nos termos do art. 30 da Lei 9.250/95, a isenção tributária somente poderá ser concedida mediante a comprovação da moléstia por laudo pericial emitido por serviço médico oficial.

3. A norma do art. 30 da Lei 9.250/95 não vincula o juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, é livre na apreciação das provas acostadas aos autos pelas partes litigantes.

4. Recurso especial parcialmente provido.

7.3.1. Cabe destacar do venerando voto condutor:

(...)

Por outro lado, a norma contida no art. 30 da Lei 9.250/95 condiciona o reconhecimento da isenção do Imposto de Renda à comprovação oficial das doenças relacionadas no inciso XIV do art. 6º da Lei 7.713/88.

Contudo, a determinação do art. 30 da Lei 9.250/95 tem como destinatária a Fazenda Pública, impondo-lhe a concessão da isenção tributária nas circunstâncias nela previstas; e, de outra forma, não poderia se conduzir a

Administração porque, em se tratando de isenção tributária, não há discricionariedade.

Todavia, em sede de ação judicial, em que prevalecem os princípios do contraditório e da ampla defesa, pode a parte utilizar-se de todos os meios de provas em direito admitidos na perseguição do reconhecimento de seu direito, de forma que não está o magistrado adstrito aos termos do mencionado dispositivo legal, uma vez que é livre na apreciação das provas. Por conseguinte, não está adstrito ao laudo médico oficial, podendo valer-se de outras provas produzidas no curso da ação cognitiva.

O Código de Processo Civil, nos termos dos arts. 131 e 436, consagrou o princípio da persuasão racional em matéria de interpretação de prova. E, não foi por outro motivo que, no acórdão recorrido, considerou-se comprovada a doença do autor desde dezembro de 2000, com amparo nos laudos médicos constantes das fls. 12/16.

Fica, portanto, sob esse aspecto, mantido o acórdão recorrido.

(...)

8. Vejamos as demais provas dos autos que complementam e esclarecem o laudo pericial (item 6 retro).

8.1. O atestado médico a fls. 14, datado de março de 1997, certifica que a autora

...é portadora de neoplasia maligna bilateral das mamas, e em novembro de 1992 foi submetida a mastectomia modificada bilateral.

(...)

8.2. Esclarece mais, coincidindo com as afirmações do perito, que:

(...)

Apresentou, em consequência do tratamento cirúrgico, linfedema pós-mastectomia bilateral, o que dificulta e limita atividades físicas, apesar de estar assintomática oncológica, desde então.

8.3. Os laudos patológicos datados de novembro de 1992, fls. 12 e 13, por sua vez, atestam:

8.3.1. Fls. 12:

O material recebido para exame consta de produto de mastectomia radical à esquerda modificada a Patey pesando 1000g e medindo 25,0 x 15,0 x 8,0 cm. A mama se encontra parcialmente revestida por retalho elíptico de pele que mede 12,5 x 10,0 cm e exibe cicatriz cirúrgica recente medindo 3,5 cm de comprimento, situada em região periareolar. O mamilo é protuso e mede 3,5 cm. Sob a cicatriz observa-se cavidade cirúrgica de 3,5 cm de diâmetro em cujas bordas há tecido brancacento, denso, de consistência firme, com áreas avermelhadas de aspecto hemorrágico. Esta cavidade ocupa união dos quadrantes internos. No quadrante inferior externo observa-se área esbranquiçada,

endurecida, circundando cavidade cirúrgica que mede 2,0 cm no maior eixo. Foram dissecados os linfonodos axilares medindo, o maior, 2,8 cm no maior eixo. Este linfonodo pertence ao grupo axilar inferior e exhibe superfície de corte acastanhada.

Fragmentos representativos são submetidos a exame histológico.

A) união dos quadrantes internos: 2b 8f; B) QIE: 1b 3f; C) QSE: 1b 3f; D) mamilo + cicatriz: 1b 3f; E) grupo superior: 1b 2f; F) grupo médio: 1b 6f; G) grupo inferior: vários b 33f.

8.3.2. Fls. 13:

O material recebido para exame consta de produto de mastectomia radical à direita modificada a Patey pesando 700g e medindo 20,0 x 18,0 cm. A mama se encontra parcialmente revestida por retalho de pele ovalado que mede 18,0 x 16,0 cm e exhibe cicatriz cirúrgica semilunar medindo 3,0 cm de comprimento, situada em região periareolar. O mamilo é retraído. Sob a cicatriz observa-se oco cirúrgico de 2,5 cm de diâmetro, contendo coágulo sanguíneo, rodeado por tecido branco-amarelado opaco.

Foram dissecados os linfonodos axilares medindo, o maior, 2,0 cm no maior eixo. Este linfonodo pertence ao grupo axilar inferior e exhibe superfície de corte amarelada.

Fragmentos representativos são submetidos a exame histológico. A) mama: 1b 4f; B) mamilo: 1b 1f; C) grupo superior: 1b 6f; D) grupo médio: 1b 4f; E) grupo inferior: 4b 26f.

8.4. Comprova-se, assim, além da mastectomia bilateral radical, a afirmativa de que a autora foi submetida a “esvaziamento ganglionar extenso das axilas” do laudo pericial, fls. 90, o que além da seqüela de dores nos membros superiores, justifica o linfedema secundário pós-mastectomia, atestado a fls. 14, conforme se demonstra pela literatura médica que anexo ao voto, *verbis*:

8.4.1. “Neoplasia de Mama e Reabilitação Fisioterapêutica no Pós-Cirúrgico de Mastectomia”. Monografia de Renner Borges Campos e Wilsiane Gonçalves Vieira, sob orientação do Prof. Sidney R. Resende, co-orientadores Dr. Antônio Eduardo R. Carvalho e Dra. Renata S. Bittencourt, Universidade Católica de Goiás, Depto. de Enfermagem e Fisioterapia, Goiânia, 2003:

(...)

Mastectomia radical à Halsted, hoje conhecida como mastectomia radical clássica, esta técnica baseia-se na retirada total da mama com adequadas margens de segurança de pele e tecido subcutânea adjacente, em monobloco com a remoção dos músculos peitoral maior e menor e o tecido adiposo da região axilar, onde estão contidos os linfonodos da cadeia axilar. Esta técnica se alicerçava no conhecimento da importância da disseminação linfática do câncer de mama e tornou-se progressivamente conhecida e praticada em todo o mundo. Até hoje representa um procedimento correto e é realizada em larga escala em centros que atendem pacientes com tumores localmente avançados,

segundo Barros & Pinotti, 2000, *apud* Mastrella ⁽¹⁰⁾.

Mastectomia radical modificada, inicialmente preconizada por Patey, em 1948, esta técnica preserva o músculo peitoral maior, o que proporciona melhores resultados estéticos em termo de silhueta da parede torácica. Posteriormente, foi modificada por Madden e Auchincloss, que não retiravam também o músculo peitoral menor diante da possibilidade de um completo esvaziamento axilar, segundo Silva & Vianna, 2000, *apud* Mastrella ⁽¹⁰⁾.

(...)

As complicações mais freqüentemente observadas após as mastectomias são: lesão nervosa, infecção, necrose cutânea, seroma, hemorragia, disfunção articular do ombro, linfedema e encarceramento nervoso ^(11, 13, 14).

Dentre as complicações das cirurgias mamárias, o linfedema do membro superior é a mais comum, podendo acometer as pacientes quando ocorre a linfadnectomia axilar (retirada dos nódulos linfáticos axilares) da região do membro superior homolateral a cirurgia.

(...)

A assistência à mastectomizada deve deixar de ser restrita apenas à remissão da doença à movimentação do braço e ombro, redução do linfedema, mas incorporamos outros, como ajustamento à sua nova imagem corporal, à sua nova condição de saúde, satisfação no relacionamento marital, enfim sua redefinição de ser mulher. Assim, a recuperação física e os procedimentos que tratam e removem o câncer têm importância nessa assistência, mas a resposta individual da mulher à doença e tratamento, bem como os serviços de apoio que facilitam o processo de desenvolvimento de sua reabilitação são supervalorizados ⁽¹³⁾.

(...)

Essas mulheres estão passando por um grande conflito psico-emocional, no qual fazem uma reflexão de sua vida, de seus conceitos, valores e posturas diante de si mesma e diante da sociedade. Sua identidade, o seu “eu” está difuso pois está deixando de ser a mulher, a mãe, a esposa, a profissional e passando a ser estigmatizada como a doente, a cancerosa, a mastectomizada, a mutilada. Mas esta visão pode ser dissolvida quando trabalhamos e motivamos a mulher na busca e resgate de sua personalidade e auto-estima, mostrando como características sua capacidade, suas qualidades, feminidade, sexualidade, seus sonhos, potenciais e realizações.

(...)

Inúmeras condutas fisioterapêuticas podem ser utilizadas no tratamento da paciente submetida à cirurgia de câncer de mama, mas antes de entrarmos com um programa efetivo de reabilitação temos que conhecer algumas complicações e como estas influenciam no processo de reabilitação, precisando ser avaliadas com muito cuidado.

Os indícios de complicações são reportados em até 63,6% e incluem lesão nervosa (0,7% a 4,1%), infecção (5,6% a 14,2%), necrose cutânea (3%

a 61%), seroma (até 35%), hemorragia (1,3% a 4,3%), disfunção articular do ombro, linfedema (6,7% a 62,5%) e encarceramento nervoso ⁽¹¹⁾.

(...)

O linfedema do braço é a principal seqüela morbidade dos procedimentos operatórios para o câncer de mama.

Edema importante de braço, depois da mastectomia radial tem uma incidência que varia de 34% em uma série documentada por vários autores. *Budd et al, apud Mamede*, citam autores como Britton e Nelson que registraram até 62,5% de casos de edema pós-mastectomia ⁽¹³⁴⁾.

(...)

O linfedema pode ocorrer no período pós-operatório imediato ou a qualquer momento de 1 a 15 anos depois. A etiologia do linfedema pós-mastectomia é controversa, porém resulta provavelmente de uma combinação de fatores, tais como: tipo de cirurgia e a técnica cirúrgica utilizados, linfadectomia axilar, infecção como erisipela ou linfangite, imobilização do membro superior, e radioterapia, que pode causar fibrose subcutânea, comprimindo vasos e capilares linfáticos. Porém, o linfedema pode aparecer sem que haja nenhum desses fatores envolvidos; nesses casos supõe-se que a paciente já tivesse algum grau de hipoplasia linfática, a qual não havia se manifestado antes e a cirurgia pode ter sido o fator desencadeante ⁽¹¹⁾.

(...)

8.4.1.1. Referências bibliográficas:

1. FARIA, S.L.; LEME, L.H.S.; FILHO, J.A.O. *Câncer da mama. Diagnóstico e tratamento*. Medsi Editora Médica e Científica Ltda., 1994.
2. CAMARGO, M.C.; MARX, A.G. *Reabilitação física no câncer de mama*. 1ª ed. Roca, 2000.
3. Via internet, acessado em 18/09/03. www.institutodamama.terra.com.br.
4. RAMOS, F.J.F.; NETO J.V. Prevenir é o melhor caminho. *Revista Boa Vida com saúde*, 2002; 11: p. 32/33.
5. BRUNO, A.A.; MASIERO, D. Padronização de conduta na reabilitação pós-câncer de mama. *J. bras méd* 2000 78(5) p. 86/92.
6. ROBBINS, S.L. *Patologia estrutural e funcional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996; p. 1.227.
7. BARBOSA, A.M.G. *Câncer, Direito e cidadania: informações que podem mudar sua vida*. 2ª ed. Recife: Bagaço, 2002.
8. CHIARAPA, T.R. *Fatores que comprometem a reabilitação física de mulheres mastectomizadas: visão do fisioterapeuta*. Campo Grande: MS. 2000.
9. CAMARGO, M.C. *Câncer de mama*. Via internet, acessado em 05/

03/03. fisiomama.hpg.ig.com.br.

10. MASTRELLA, A.S.; LEÃO, R.P.S. *Estudo randomizado comparado a abordagem fisioterapêutica imediata com a não-intervenção no pós-operatório da linfadenectomia axilar como parte do tratamento do câncer de mama*. Julho, 2002.

11. BARACHO, E. *Fisioterapia aplicada à Obstetrícia*. Aspectos de Ginecologia e Neonatologia. 3ª ed. Medsi, 2002.

12. ALARCÃO, R. Uma arma poderosa. *Revista Boa Vida com saúde*, 2002, 11: p. 34-5.

13. MAMEDE, M.V. *Reabilitação de mastectomizadas: Um novo enfoque assistencial*. Universidade de São Paulo. Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/Livre Docente 1991.

14. COSTA, M.M.; LIMA, C.F.F.; SILVA, C.S.C.; BERGMANN, A. *Complicações da cirurgia de mama*. Colégio Brasileiro de Cirurgiões. Via internet acessado em 15/10/03. www.unifesp.br/dgineco/reabilitação.htm.

15. ALBUQUERQUE, S. *Sistema linfático*. Via internet acessado em 18/09/03, www.sameaalbuquerque.hpg.ig.com.br.

16. LEDUC, A.; LEDUC, O. *Drenagem linfática*. Teoria e prática. 2ª ed. Manole, 2000.

17. *Linfedema*. Via internet acessado 21/10/03, www.saleh.com.br.

18. *Linfoterapia na Oncologia*. Via internet acessado em 28/10/03, fisioterapia.locaweb.com.br.

19. RUFFO, F.J.; RIBEIRO, L.F.J. *Linfedema em pacientes submetidos à mastectomia radical modificada*. Ver. Bras. Ginecol. Obstet. 2001 23(4) p. 205/208.

20. JUNQUEIRA JÚNIOR, G.; QUADROS, C.E. Protocolo para prevenção do linfedema pós-mastectomia: Uma proposta. Ver. *HCPA & Fac. Méd. Univ. Fed. Rio Grande do Sul*. 1988, 8 (2, supl) p. 9/12.

21. SASAKI, T.; LAMARI, N.M. Reabilitação funcional precoce pós-mastectomia. *HB Cient*. 1997; 4 (2): p. 121/7.

22. FERREIRA, M.L.S.M.; FRANCO, C.B. Construindo o significado da mastectomia: experiência de mulher no pós-operatório. *Revista Ciências Médicas*, 2002; 11 (1): p. 47/54.

8.4.2. O artigo *Análise dos pacientes portadores de linfedema em serviço público*, autores: Dra. Andréa Paula Kafelijan-Haddad, Doutora, Professora-assistente e Chefe do Serviço de Linfologia, Disciplina de Angiologia e Cirurgia Vascular, Fac. Medicina do ABC, FMABC, Sto. André, SP, Dr. Ohannes Kafelijan, Professor titular, Disciplina de Angiologia e Cirurgia Vascular, FMABC e acadêmicos, *J. Vasc. Br.* 2005, v. 4, número 1:

O linfedema é uma doença crônica caracterizada pelo acúmulo de

líquido intersticial de alta concentração protéica, decorrente de insuficiência da drenagem linfática por anormalidades congênicas ou adquiridas do sistema linfático¹⁻⁷. Geralmente, acomete as extremidades, em especial os membros inferiores^{2-5,7-9}.

(...)

O linfedema pode ser classificado em primário e secundário, segundo a classificação de Kinmonth^{1-3,5,7,9-11}. O primário ocorre por alterações congênicas, como: agenesia, hipoplasia ou hiperplasia dos vasos linfáticos, e pode ser subdividido em congênito, precoce e tardio^{3,5,7,9}. No linfedema secundário, há alterações adquiridas do sistema linfático devido a traumas, infecções, cirurgias, radioterapia, insuficiência venosa crônica, dentre outras^{1-3,10}.

(...)

8.4.2.1. Referências:

1. Roesler R., Araújo LRR, Rippel R. *et. al.* Doença de Meige (linfedema precoce) – relato de caso e revisão da literatura. *Rev. Soc. Bras. Cir. Plást.* 1999; 14: 69/78.
2. Guedes HJ, Andrade MFC. *Diagnóstico e tratamento do linfedema periférico.* *Cir. Vasc. Angiol.* 1996; 12:6265.
3. Guedes Neto HJ. Linfedemas – Classificação, Etiologia, Quadro Clínico e Tratamento não Cirúrgico. *In:* Brito CJ. *Cirurgia Vascul.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Revinte; 2002. p. 1228-35.
4. Kinmonth JB, Wolfe JN. *Fibrosis in the lymph nodes in primary lymphedema.* *Ann. R. Coll. Surg. Engl.* 1980; 62:344-54.
5. Cordeiro AK, Baracat FF. *Linfolgia.* São Paulo: Byk – Prociencx; 1983.
6. Ruocco V., Schwartz RA, Ruocco E. Lymphedema: an immunologically vulnerable site for development of neoplasms. *J. Am. Acad. Dermatol.* 2002; 47:124-7.
7. Thomaz JB, Herdey ADC. *Fundamentos da Cirurgia Vascul.* e *Angiologia.* 1ª ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK; 1997. P. 581-597.
8. Kinmonth JB, Wolfe JN. *Fibrosis in the lymph nodes in primary lymphedema.* *Ann R Coll Surg Engl* 1980; 62:344-54.
9. Isselbacher KJ, Braunwald E, Wilson JD, Martin JB, Fauci AS, Kasper DL. *Medicina Interna Harrison.* 12ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 1992.
10. Bernas MJ, Witte CL, Witte MH. The diagnosis and treatment of peripheral lymphedema: draft revision of the 1995 Consensus Document of the International Society of Lymphology Executive Committee for discussion at the September 3-7, 2001, XVIII International Congress of Lymphology in Genova, Italy. *Lymphology* 2001; 34:84-91.
11. Kinmonth JB, Taylor GW, Tracy GD, Marsh JD, Primary lymphoe-

dema. *Br J Surg* 1957; 45:1-10.

12. Cambria RA, Gloviczki P, Naessens JM, Wahner HW. Noninvasive evaluation of the lymphatic system with lymphocintigraphy: a prospective, semiquantitative analysis in 386 extremities. *J Vasc Surg* 1993; 18:773-82.

13. Collins OS, Villavicencio JL, Gómez ER, et al. Abnormalities of lymphatic drainage in lower extremities: a lymphocintigraphic study. *J. Vasc Surg* 1989; 9:145-52.

14. Cestari SCP, Petri V, Castiglioni MLV, Lederman H. Linfedema dos membros inferiores: estudo linfocintilográfico. *Rev. Assoc. Med. Bras.* 1994; 40:93-100.

15. Andrade MFC. *Linfedema*: epidemiologia, classificação e fisiopatologia. In: Maffei FHA, Lastoria S, Yoshida WB, Rollo HA, editores. Doenças vasculares periféricas. 3ª ed. São Paulo: Medsi; 2002. p.1641-6.

16. Kafejian-Haddad AP, Galego SJ, Correa JÁ, et al. Linfedema – Análise inicial dos pacientes acompanhados no ambulatório de Linfologia da disciplina de Angiologia e Cirurgia Vasculard da Faculdade de Medicina do ABC. *Arquivos Médicos do ABC* 2003; 28(1):41-9.

17. Smith RD, Spittell JÁ, Schirger A. Secondary lymphedema of the leg: its characteristics and diagnostic implications. *Jama* 1963; 185:80-2.

18. Herd-Smith A., Russo A., Muraca MG, Turco MR, Cardona G. Prognostic factors for lymphedema after primary treatment of breast carcinoma. *Cancer* 2001; 92:1783-7.

19. Lobb AW, Harkins HN. Postmastectomy swelling of the arm with note on effect of segmental resection of axillary vein of radical mastectomy. *West J Surg Obstet Gynecol* 1949; 57:550-7.

20. Kissin MW, Querci della Rovere G., Easton D., Westbury G. Risk of lymphoedema following the treatment of breast cancer. *Br J Surg* 1986; 73:580-4.

21. Milroy WF. Chronic hereditary edema: Milroy's disease. *Jama* 1928; 91-1172.

8.4.3. Linfedema, Prof. Mauro Figueiredo Carvalho de Andrade, doutor em Clínica Cirúrgica pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, responsável pela Unidade de Linfedema da Disciplina de Cirurgia Vasculard do Hospital das Clínicas da Fac. de Medicina da Universidade de São Paulo, in Pitta G. B. B., Castro A. A., Burihan E., editores. *Angiologia e cirurgia vascular*: guia ilustrado. Maceió: Uncisal/Ecmal & Lava, 2003:

Linfedema ou edema linfático são sinônimos de aumento de volume de segmentos corpóreos causado por distúrbios do sistema linfático. Pelo fato deste sistema possuir várias funções importantes além do controle dos fluidos teciduais, o edema linfático possui características que o diferem de edemas que acompanham doenças de outros órgãos e sistemas. Por este motivo,

deve-se considerar o linfedema como sendo apenas um dos sinais clínicos que acompanham a insuficiência linfática, síndrome complexa que tem etiologia variada e manifestações clínicas diversas e que, na sua forma crônica, causa profundas alterações do membro acometido, com graves repercussões funcionais, estéticas e psicossociais para o paciente.

(...)

Há grande discussão quanto à incidência de linfedemas secundários, particularmente do linfedema pós-mastectomia. Nos últimos anos, vem ocorrendo um aumento da incidência do câncer de mama. Nos anos 80, havia 112.000 novos casos a cada ano, números que cresceram para 180.000 no início da década de 90. Com o diagnóstico mais precoce e a sobrevida mais longa destas pacientes, pode-se prever que haverá um número crescente de pacientes com linfedema de membro superior.

Dados estatísticos recentes² demonstram que cerca de 25% das mulheres submetidas ao tratamento do câncer de mama desenvolverão linfedema secundário do membro superior, após um período variável de tempo e com gravidade também variável (figura 3).

(...)

Nos linfedemas secundários, a disfunção anatômica ocorre em tecido linfático previamente normal, sendo o linfedema pós-cirúrgico ou pós-radio-terápico seu exemplo mais comum. De especial importância é o linfedema secundário por obstrução tumoral, nestes casos ocorre, freqüentemente, o que chamamos de linfedema rizomélico, cujo aumento de volume predomina nas porções mais proximais do membro. É imperativa a pesquisa da causa primária previamente ao tratamento do linfedema (figuras 10 e 11).

(...)

Considerações Finais

Mesmo com os avanços na compreensão da doença e com a padronização da abordagem fisioterápica do linfedema, o tratamento continua sendo difícil e dependente de uma abordagem multidisciplinar.

8.4.3.1. Referências:

1. Ramachandran CP. Control of Lymphatic Filariasis and Onchocerciasis. *World Health Organization*, Geneva, 1993.
2. Schunemann H., Willich N. Lymphodeme nach mammarkarzinom. Eine studie uber 5868 falle. *Deutsch Med Wschr* 1997;116:26-32.
3. Földi E, Földi M. *Physiothérapie Complexe Décongestive*. Frison-Roche, Paris, 1993.
4. Liu NF, Zhang LR. Changes of tissue fluid hyaluronan (Hyaluronic acid) in peripheral lymphedema. *Lymphology* 1998;31(4):173-9.
5. Casley-Smith JR, Casley-Smith JR. *Modern treatment for lymphoedema*. University of Adelaide Press. Adelaide, 1994.

6. Stemmer R. *Ein klinisches zeichen zur früh- und differential-diagnose des lymphödems*. *Vasa* 1976;5(3):261-2.

7. Brennan MJ, Miller LT. Overview of treatment options and review of the current role and use of compression garments, intermittent pumps and exercise in the management of lymphedema. *Cancer* 1998;83 (12 Suppl American):2821-7.

8. Guedes Neto HJ, Andrade MFC. O diagnóstico e tratamento do linfedema periférico. *Cir Va sc Angiol* 1996;12:62-6.

9. Andrade MFC, Andrade MAC, Puech-Leão P. Conservative treatment of limb lymphedema in outpatients. Results according to clinical features. *Lymphology* 1998;31(Suppl):265-7.

10. Földi E. The treatment of lymphedema. *Cancer* 1998;83:2833-4.

11. Földi E, Földi M, Clodius L. The lymphedema chaos: a lancet. *Ann Plast Surg* 1989;22(6):505-15.

12. Piller NB, Morgan RG, Casley-Smith JR. A doubleblind, cross-over trial of O-(betahydroxyethyl)-rutosides (benzopyrones) in the treatment of lymphoedema of the arms and legs. *Br J Plast Surg* 1988;41(1):20-7.

13. Casley-Smith JR, Morgan RG, Piller NB. Treatment of lymphedema of the arms and legs with 5,6-benzo-(alpha)-pyrone. *N Engl J Med* 1993;329(16):1158-63.

14. Burgos A., Alcaide A., Alcoba A., *et al.* Comparative study of the clinical efficacy of two different coumarin dosages in the management of arm lymphedema after treatment for breast cancer. *Lymphology* 1999;32(1): 3-10.

15. Loprinzi CL, Kugler JW, Sloan JA, *et al.* Lack of effect of coumarin in women with lymphedema after treatment for breast cancer. *N Engl J Med* 1999;340(5):346-50.

16. Andrade MFC, Nishinari K, Puech-Leão P. Intertrigo em pacientes com linfedema de membro inferior. Correlação clínico-laboratorial. *Rev. Hosp. Clín. Fac. Med. S. Paulo* 1998;53:3-5.

9. O óbice apontado pelo réu e que impressiona o MM. Juiz de Direito é o fato, aliás comprovado, de que após a mastectomia radical, em 1992, a autora trabalhara até 1996, CTPS, fls. 37, na ABC – Abril Listas Telefônicas S/A, onde já se encontrava desde 1988.

10. Por outro lado, os laudos da perícia administrativa, fls. 24 e 30/31, concluem pela inexistência da invalidez por ausência de metástase ou progressão da neoplasia.

11. Ocorre que o linfedema, como visto no estudo médico supra e comprovado pelo atestado a fls. 14, é posterior à cirurgia de 1992. Somente em março de 1997 é que o médico confirma sobre seu surgimento, o que não destoa da realidade

científica, que informa surgir tal complicação grave em razão de mastectomia radical com esvaziamento ganglionar das axilas, laudos patológicos, fls. 12/13, e perícia judicial, fls. 90, pode surgir de 1 a 15 anos depois da retirada, 8.4.1, ou como notícia a Associação Brasileira do Câncer, no seu sítio na internet “Espaço da Mama”, nos seguintes termos:

Se as glândulas linfáticas no seu braço foram removidas na cirurgia ou você recebeu radioterapia na axila, há um risco de desenvolvimento de linfedema (inchaço do braço ou mão). Ele costuma ser moderado e de desenvolvimento gradual, de meses ou anos depois do tratamento. Às vezes o inchaço do braço pode ocorrer depois da cirurgia. Isso geralmente volta ao normal em poucas semanas.

(...)

12. Alerto que no presente caso não estamos diante do quadro de surgimento imediato de linfedema após a cirurgia com retorno à normalidade, porém em face de linfedema definitivamente instalado, que surge anos após a cirurgia extrativa, conforme laudo pericial, exames patológicos e atestado médico.

13. Também o pleito não se prende à progressão de neoplasia, porém às dificuldades e impossibilidade de trabalho conseqüências do linfedema, fatos apontados no próprio laudo pericial de fls. 90, subitens 3.1.1, 3.1.3, 3.1.4 e 3.2.4.

14. Exercendo a autora atividade de psicologia do trabalho, entrevista/seleção de candidatos a emprego, não se pode afirmar que possa exercer sua atividade no ramo da psicologia clínica como pretendia o parecer da ilustrada promotora de Justiça na instância *a quo*, campo diverso, exigindo habilitação outra perante os órgãos de fiscalização do exercício da profissão.

15. Por outro lado, nos subitens 8.4.1 a 8.4.3, verifica-se o alcance dessas perturbações psicossomáticas e psico-emocionais advindas da mastectomia radical, verdadeira mutilação, quando surgem as complicações, dificuldades e limitações físicas, em virtude de posterior linfedema que se instala, como seqüela, anos depois da cirurgia, com o agravante, neste caso concreto, de se tratar de linfedema em ambos os braços.

16. Vê-se, assim, que mastectomia radical bilateral aliada a posterior linfedema e dores (atestado médico, fls. 14, laudos de exame de anatomia patológica, fls. 12/13, e laudo pericial judicial, fls. 90/91, – conjunto probatório dos autos) levaram a autora, cerca de 4 (quatro) anos após a cirurgia, a um estágio de invalidez que, obviamente, a impede de exercer suas atividades remuneratórias.

17. Sem sombra de dúvida, o auxílio-doença e aposentadoria por invalidez têm como escopo, exatamente, substituir o salário do segurado que, pelo estado mórbido em que se encontra, não poderá trabalhar, ou seja, “não mais consegue

trabalho”, obviamente não por crise de emprego no mercado de trabalho, como pretende fazer crer o réu ao criticar a inicial, porém por impossibilidade de pleno desempenho satisfatório de suas atividades profissionais como exige qualquer empregador.

18. Como o laudo pericial não fixa a data inicial do surgimento das dificuldades e limitações físicas nem indica quando o linfedema atingiu o estágio avançado que impossibilitou o trabalho, para estabelecer o termo inicial, poderia utilizar a data do pedido administrativo, inicialmente auxílio-doença, número 31/068656782-0, datado de 11/11/96.

19. Ratificando tudo o que foi explanado, lê-se *in Reabilitação física no câncer de mama*, Márcia Collini Camargo, fiosioteapeuta, chefe de Serviço de Fisioterapia do IBCC (Instituto Brasileiro de Controle do Câncer) e Ângela Gonçalves Marx, idem, Roca, 1ª ed., 2000, p. 81/82:

Edema e linfedema pós-cirurgia de câncer de mama

Logo após a cirurgia, é absolutamente normal o aparecimento de edema na mama ou mesmo no quadrante torácico anterior e no membro superior homolateral, devido ao trauma da manipulação cirúrgica e a imobilidade antálgica da paciente. No entanto, esse edema deve rapidamente regredir com o posicionamento do membro superior nos primeiros 2 dias e com o início imediato de exercícios orientados para a paciente.

Já o linfedema pós-cirurgia de mama não é uma situação normal nem esperada e deve ser evitado ao máximo, pois é uma patologia crônica que tem tratamento, mas precisa de constante manutenção. Pode aparecer em qualquer época após a cirurgia, desde o pós-operatório imediato (não confundir com o edema) até alguns anos depois. No entanto, o linfedema instalado rapidamente, ou surgido ainda antes da cirurgia, normalmente indica a presença de metástases que invadem ou bloqueiam o sistema linfático. Felizmente, este tipo de linfedema não é o mais comum.

O linfedema pós-cirurgia de câncer de mama é obviamente um linfedema secundário, tendo como fatores predisponentes a linfadenectomia axilar – que altera a drenagem linfática da mama, dos quadrantes torácicos e do membro superior – e a radioterapia que, gerando uma fibrose subcutânea pode comprimir vasos e capilares linfáticos. Entretanto, apesar destes fatores predisponentes, nem todas as pacientes apresentam o linfedema e, quando este surge, geralmente o fator desencadeante é um ou mais ataques de erisipela ou linfangite após algum tipo de lesão de pele ou trauma em membro superior. Esta lesão de pele ou trauma no membro superior ocorre mais usualmente cerca de 1 ano após a cirurgia, porque nesta fase, a paciente está mais tranqüila por já ter passado por todas as etapas de tratamento pós-operatório, praticamente já esqueceu de seu problema e, infelizmente, esqueceu-se também dos cuidados necessários com a pele, que foram orientados no pós-operatório imediato.

No entanto, o linfedema pode surgir sem que haja um processo inflamatório prévio, nem fibrose pós-radioterapia significativa nem grande lesão cirúrgica. Nesses casos, supõe-se que a paciente já tivesse algum grau de hipoplasia ou displasia linfática que não havia se manifestado e a lesão cirúrgica pode ter sido o fator desencadeante do linfedema.

(...)

Bibliografia

BLAND, K. e COPELAND III, E. – *La mama*. Buenos Aires, Ed. Med. Panamericana, 1993.

CHIKLY, B – Who discovered the Lymphatic system. *Lymphology*, 30: 186-193, 1997.

CORDEIRO, A. K. e BARACAT, F. F. – *Linfologia*. Fund. Ed. Byk – Prociencx, 1983.

FERRANDEZ, J. C. e SERIN, D. – Lymphoedème du sein. Remarques et propositions thérapeutiques. *Ann. Kinésithér*, 22:72-78, 1995.

FÖLDI, M. e CASLEY SMITH, J. R. – *Lymphangiology*. New York. F. K. Schattauer Verlag. 1983.

FÖLDI, M. e KUBIK, S. – *Lehrbuch der Lymphologie*. Stuttgart. Gustav Fischer Verlag, 1991.

FRANCO, J.M. – Mastologia – *Formação do especialista*. São Paulo, Atheneu, 1997.

JACQUEMAY, D. – *Le Drainage – Vitalité*. Paris, Editions Dangles, 1997.

MARX, A. e CAMARGO, M. – *Fisioterapia no edema linfático*. São Paulo, Panamed Editorial, 1986.

NIETO, S. – Histological clinical – Densimetric classification of extremity lymphedema. Its value in the therapeutic orientation. *Lymphology*, 27 (Suppl):568-572, 1994.

RIBEIRO, A. P. e GARRIDO, M. – *Linfangites e erisipelas*. Fundo Editorial Byk Prociencx, 1985.

ROHEN, J.; YOKOCHI, C. – *Anatomia humana*. São Paulo, Ed. Manole. 19989.

ROUVIÈRE, H. – *Anatomie des Lymphatiques de L'home*. Paris, Masson, 1981.

TESTUT, L. – *Tratado de anatomia topográfica*. Barcelona, Salvat, 1977.

VERONESI, U.; LUINI, A.; ANDREOLI, C. – *A conservação da mama*. São Paulo, Ícone Editora, 1992.

(...)

Pelo exposto, dou provimento parcial à apelação e julgo procedente em parte a ação. Condeno o réu, INSS, a conceder à autora, Maria José de Paiva Fanuchi, auxílio-doença, a partir de 31 de dezembro de 1996, data do indeferimento do seu pedido administrativo, termo inicial que fixo conforme pedido na petição inicial, esclarecendo-se que no seu pleito perante o INSS, NB68656720, fls. 17, requereu auxílio-doença, apesar do item 18 retro, transformando o benefício em aposentadoria invalidez a partir da data da citação, uma vez que concluo pela impossibilidade definitiva do trabalho pelo conjunto probatório exibido desde a inicial, complementado pelo laudo pericial, pagando-se as parcelas de benefício vencidas, devidamente atualizadas desde cada mês de referência pelos índices oficiais de correção monetária (Lei 6.899/81 e Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal), acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados os relativos ao período anterior à citação, abril de 1998, fls. 81/81v, a partir desta data e os referentes aos meses subseqüentes a partir da respectiva data de vencimento. O réu pagará honorários advocatícios correspondentes a 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, fixado este pela soma das parcelas vencidas até a data da assentada em que iniciado este julgamento, quando imposta a condenação, acrescidos de juros e correção monetária, numa adaptação do verbete da Súmula 111 do colendo STJ.

Inexistindo custas adiantadas pela autora a repor, fls. 57 a 59, deixo de condenar o réu nelas, por isento, Lei Estadual de Minas Gerais 12.427/96, art. 10, e Lei Federal 9.289/96, art. 4º, I, *in fine*.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Senhor Presidente, estou de acordo com o voto. Lamento profundamente que o laudo pericial tenha sido tão evasivo e que o juiz não tenha coibido a tempo e modo a falta de explicitação. E acrescento que também lamento profundamente a postura assumida pelo julgador de 1ª instância. Espero que daqui pra frente, cada vez mais, não haja necessidade de que o julgador se transforme em mulher para entender os problemas de mulher, nem se transmute em negro para entender os problemas causados por uma atitude racista. Acho que não é exacerbação de sensibilidade quando a gente procura ir ao fundo da prova produzida, extraindo dela toda a revelação do que está contido na documentação, na dor e no sofrimento de quem, depois de ter se submetido a uma cirurgia desse porte, voltou a trabalhar, isso não foi valorizado, ao contrário, foi tomado como se fosse uma possibilidade de voltar plenamente à sua capacidade de trabalho. No momento em que ela se sentiu impotente para continuar traba-

lhando, pediu auxílio-doença e aposentadoria conseqüente, não conseguiu, teve que se valer da esfera judicial para fazer valer o seu direito.

Terceira Turma

Apelação Cível

2003.33.00.012330-8/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Apelante: Chesf – Companhia Hidroelétrica do São Francisco
Advogados: Dr. Nilson Roberto da Silva Gimenes e outros
Apelado: Emiliano Gregório do Nascimento
Publicação: DJ 2 de 05/05/06

Ementa

Administrativo. Servidão de eletroduto. Imóvel não matriculado. Registro do ônus real. Impossibilidade.

I. A matrícula é o assento identificador do imóvel, seguindo-se-lhe o registro, com a finalidade de operar a aquisição e a transmissão do direito real, ou a constituição de ônus reais. “Nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado.” (Lei 6.015/73 – art. 236).

II. Não é possível, juridicamente, fazer o registro de uma servidão – no caso, de eletroduto – sem que o imóvel serviente esteja matriculado, ou sem que a parte interessada indique ao juiz prolator da sentença o número da matrícula do imóvel, ao lado da qual é feito o registro das servidões (art. 167, I, 6 – *idem*). Não existe registro autônomo – independente da matrícula do imóvel – de servidão, como direito real na coisa alheia.

III. Improvimento da apelação.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 18/04/06.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Trata-se de ação de constituição de servidão administrativa proposta pela Chesf – Companhia Hidroelétrica do São Francisco, com assistência da Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica, contra Emiliano Gregório do Nascimento, tendo por objeto a faixa de terreno de 471m² da “Fazenda Sapucaia”, de que ele é possuidor,¹ situada no Município de Acajutiba/BA, para passagem da linha de transmissão de energia elétrica Jardim–Camaçari, tendo sido ofertado, a título de indenização, o valor de R\$ 3,25.

Processado o feito, com imissão na posse em 04/01/05 (cf. fls. 73/74) e a realização da prova pericial de fls. 76/85 – que sugeriu, a título de indenização, o montante de R\$ 32,49 –, sobreveio a sentença (fls. 95/100), que, acolhendo em parte o pedido, impôs à autora o pagamento de R\$ 9,74, anotando o julgador, por outro lado, “ser impossível a prolação de sentença judicial que constitua a servidão nos termos pretendidos pela Chesf, quando somente o possuidor do imóvel serviente foi chamado a participar da relação processual”² (fls. 96), ao tempo em que facultou à autora, em razão da não-comprovação da propriedade, exigir do réu, tão-somente, “que não embarace o uso da área” (fls. 97).

Determinou, outrossim, o pagamento de juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor simples da indenização e corrigidos monetariamente, e de juros de mora de 6% ao ano, a contar do trânsito em julgado da sentença.

Inconformada, a Chesf interpõe a apelação de fls. 102/112, em que sustenta ser a sentença contraditória quando, após reconhecer-lhe a possibilidade de constituição da servidão sobre o imóvel, nega o direito de registrá-la; que o fato de ser o réu mero possuidor do imóvel não representa óbice à inscrição da sentença no Registro de Imóveis, por isso que é dispensável – assim como ocorre na desapropriação – a comprovação da titularidade do bem; e que é perfeitamente viável, em razão mesmo da supremacia do interesse público, o registro de servidão administrativa sobre a posse de bem imóvel.

Regularmente processado o recurso, ascendem os autos a esta Corte Regional, pelo que o submeto ao exame e julgamento da Turma.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. *Nota introdutória* – Esta ação é um exemplo de irracionalidade, com a devida vênia. Para começar, a

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Luiz Gonzaga Barbosa Moreira. Ausente, jusitificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto.

empresa mobilizou o seu serviço jurídico e o aparelho judiciário com uma ação para oferecer a ridícula quantia de R\$ 3,25 como oferta – quantia que não paga nem o papel da petição inicial! –, quando, agindo com mais senso de realidade, poderia fazer uma oferta melhor e compor-se com o demandado, evitando perda de tempo e de dinheiro.

Sim, porque, como consta dos autos, para que fosse elaborado o laudo, que avaliou o imóvel em R\$ 32,49 (fls. 77), e que levou a uma indenização final de R\$ 9,74 (fls. 99), teve que pagar a quantia de R\$ 500,00 (fls. 61 e 65), infinitamente superior ao valor da demanda. Ou seja, uma empresa pública, com a devida vênia, não tem a menor noção do que seja a relação custo-benefício!

2. *O perfil do julgado* – A apelação (ainda bem!) não discute o valor da indenização, que, dentro da singularidade do caso, está correta. Em ações como a presente, não se deve perder de vista o foco principal da demanda, de que a servidão administrativa de eletroduto não é desapropriação, embora com ela tenha alguma semelhança, por derivar de uma pretensão cogente do Poder Público.

Ela, por conseguinte, não retira o domínio do patrimônio do suplicado, impondo apenas uma limitação no uso do bem imóvel, mais ou menos intensa em cada caso, já que grandes torres metálicas são postas na área de transmissão, o que não impede, todavia, a normal utilização do bem dentro da sua finalidade.

Assim como ocorre na servidão civil, a servidão administrativa somente gera direito à indenização quando comprovado o prejuízo sofrido pelo proprietário do bem. Entre as restrições impostas pelo uso público, no caso de passagem de rede de energia elétrica, está a proibição de construir na área de servidão (ou em suas proximidades), bem como de nela fazer plantações de elevado porte, assistindo ao concessionário, em contrapartida, o direito de praticar todos os atos tendentes à construção, conservação, manutenção e inspeção das linhas de transmissão.

A indenização, portanto, não corresponde ao preço de mercado do imóvel atingido – pois não se trata de desapropriação –, senão a um percentual sobre ele, variável em cada caso, a depender da intensidade das limitações impostas ao uso do bem pelos seus donos, percentual que os precedentes fixam entre 20 e 30% do preço de mercado do imóvel, e que, em alguns casos, pode-se elevar um pouco mais, desde que devidamente justificado.³

Na espécie, a sentença, por reputar excessivo o valor sugerido no laudo pericial de fls. 76/85 – já que não foram de grande monta as restrições impostas ao imóvel serviente –, fixou a indenização em 30% (trinta por cento) do valor venal da propriedade, percentual que corresponde a R\$9,74, com os acréscimos legais de praxe.

3. *Registro da servidão* – O objeto do recurso diz respeito somente à possibilidade de registro da servidão, que a sentença negou por incidir o gravame apenas

sobre a área de posse do imóvel, pois o demandado não detém o domínio.

Diz a recorrente que a sentença é contraditória quando, após reconhecer-lhe a possibilidade de constituição da servidão sobre o imóvel, nega o direito de registrá-la; que o fato de ser o réu mero possuidor do imóvel não representa óbice à inscrição da sentença no Registro de Imóveis, por isso que é dispensável – assim como ocorre na desapropriação – a comprovação da titularidade do bem; e que é perfeitamente viável, em razão mesmo da supremacia do interesse público, o registro de servidão administrativa sobre a posse de bem imóvel.

As premissas do recurso são corretas, mas não a conclusão. Se a empresa não forneceu ao juiz a matrícula do imóvel, dizendo mesmo que não existe nenhum imóvel registrado no Cartório de Imóveis de Acajutiba/BA em nome do requerido (fls. 14), não teria o julgador como ordenar o registro da servidão, por absoluta impossibilidade lógica e jurídica de fazê-lo. Recorde-se que a suplicada foi acionada como possuidora do imóvel.

O registro da servidão não pode ser feito de maneira autônoma, fora da matrícula do imóvel. A matrícula é o assento identificador do imóvel, como consta da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015, de 31/12/73 – arts. 227/235), sendo o registro o lançamento que se lhe segue, com a finalidade de operar a aquisição e a transmissão do direito real (transcrição) ou a constituição de ônus reais (inscrição), sem falar na averbação, que, precedida das legtras AV (art. 232), destina-se a dar publicidade a atos que modifiquem a situação jurídica do imóvel, não enquadráveis nas categorias anteriores.

Registra-se, sem dúvida, a constituição de servidão, como prevê a Lei 6.015/73 (art. 167, I, 6), quando ela é constituída em face de um imóvel matriculado, pois, repita-se, tal registro de ônus real não pode ser autônomo, como parece pretender a recorrente, cujo patrono seguramente não leu, no ponto, a Lei dos Registros Públicos, que proíbe qualquer registro sem a que se referir esteja matriculado (art. 236).

Diante de tal impasse – uma servidão apenas sobre a posse do imóvel –, o julgador fez o que pôde, ao determinar que o demandado não embarace o uso da área em questão. Disse a sentença, nesse quadro, que “o mero possuidor do imóvel pode acordar a constituição de servidão sobre a posse que tem e não sobre a propriedade não comprovada com justo título. Pode assegurar, mediante avença com a Administração, a indenização pelas benfeitorias que porventura tiver realizado na área atingida pela servidão, mas não nos termos pretendidos pela Chesf, eis que a servidão haveria de ser averbada ao pé do registro de propriedade existente em cartório e não servir de base para a efetivação de um registro original” (fls. 96).

Corretíssimo! Os fundamentos da apelação estão equivocados e citam precedentes inaplicáveis ao caso. Dizer, por exemplo, que a desapropriação independe

da comprovação da titularidade dominial do imóvel, por cuidar-se de uma forma originária de aquisição da propriedade, não vale para o caso, pois não se está a cuidar de desapropriação, e sim de uma servidão, direito real na coisa (imóvel) alheia, cujo registro, como ônus real, impescinde da indicação do número da matrícula do imóvel. É manifesta a impossibilidade material da pretensão da apelante.

4. *Conclusão* – Em face do exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença em reexame.

É o voto.

Notas

¹ Segundo a inicial, o réu “não detém escritura pública de domínio”. É o que atesta a certidão de fls. 14, expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis de Acajutiba/BA.

² O réu, embora citado, não ofereceu contestação.

³ Cf. AC 94.01.30555-2/MG, Rel. Juiz Fernando Gonçalves – *DJ* de 23/09/96; AC 91.01.13663-1/BA, Rel. Juiz Tourinho Neto – *DJ* de 28/10/91; AC 2000.01.00.10107-0/MG – *DJ* de 22/05/03; e AC 90.01.04713-0/MG, Rel. Juiz Nelson Gomes da Silva – *DJ* de 21/10/91.

Quarta Turma

Apelação Criminal

2000.39.00.009998-1/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca – convocada

Apelante: Justiça Pública

Procurador: Dr. José Augusto Torres Potiguar

Apelante: Walter Ferreira Ribeiro

Advogada: Dra. Raimunda das Graças Matos Martins

Apelante: Estelita Cardoso Quaresma

Advogada: Dra. Cíntia Walker Beltrão da Silva

Apelada: Myrle Nelma Lima da Costa

Advogada: Dra. Rafiza Damous

Apelada: Justiça Pública

Procuradora: Dra. Jaqueline Ana Buffon

Publicação: *DJ* 2 de 19/05/06

EMENTA

Penal. Processual Penal. Benefício previdenciário. Fraude. Desclassificação de peculato para estelionato contra a Previdência Social. Materialidade e autoria comprovadas. Elementos objetivos e subjetivos do tipo penal presentes. Dosimetria da pena. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Redução da pena.

I. A conduta consubstanciada *in casu* na concessão/obtenção fraudulenta de aposentadoria por tempo de serviço configura o delito de estelionato em detrimento da Previdência Social, previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal.

II. Restaram comprovadas nos autos tanto a materialidade quanto a autoria do delito de estelionato perpetrado contra a Previdência Social, nos termos do previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, além dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal.

III. Responsabilidade penal dos réus, ora apelantes, verificada.

IV. Dosimetria da pena reformada para reduzir a pena privativa de liberdade atribuída aos réus e reconhecer aos mesmos o direito de terem suas penas privativas de liberdade substituídas por penas restritivas de direito.

V. Apelação de Estelita Cardoso Quaresma improvida.

VI. Apelação de Walter Ferreira Ribeiro e do Ministério Público Federal parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da ré Estelita Cardoso Quaresma e, por maioria, dar provimento parcial às apelações do réu Walter Ferreira Ribeiro e do Ministério Público Federal.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 04/04/06.

Juíza *Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca*, Relatora convocada.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes: — Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (fls. 307 e 324/328) e pelos réus Walter Ferreira Ribeiro (fls. 311/313) e Estelita Cardoso Quaresma (fls. 339/343) contra veneranda sentença de fls. 294/305, que, respectivamente, absolveu a ré Myrle Nelma Lima da Costa e condenou os demais acusados pela prática do delito previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal, impondo-lhes as penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a serem cumpridas em regime semi-aberto,

e multa de 50 (cinquenta) dias-multa, tendo substituído “(...) a pena privativa de liberdade da ré Estelita Cardoso Quaresma pela pena de prestação de serviços à comunidade, perante escolas e hospitais públicos, durante o prazo da pena privativa de liberdade ora substituída” (fls. 305).

O Ministério Público Federal, em suas razões de apelação, sustentou, em síntese, que:

1) (...) é patente que a ré Myrle Nelma Lima da Costa concedeu a aposentadoria a Estelita Cardoso Quaresma com infringência de seus deveres funcionais, uma vez que a mesma não procedeu à necessária conferência de dados trazidos pelo interessado e digitados pelo habilitador, concorrendo, portanto, para obtenção de vantagem pecuniária por pessoa que não preenchia os requisitos para tanto (fls. 326);

2) Mediante fortes indícios de autoria, aliados ao laudo de exame grafotécnico (fls. 178/180), que constatou ser da acusada a autoria da rubrica constante no Resumo de Benefício em Concessão, bem como à constatação de sua senha, de uso estritamente pessoal, na inclusão de informações de tempo de serviço do benefício (fls. 51), são suficientes para ensejar a legítima condenação da denunciada (fls. 327/328);

O apelante, Walter Ferreira Ribeiro, por sua vez, em suas razões recursais, argumentou, em suma:

1) (...) aguarda o apelante o provimento do presente recurso, acolhendo-se os argumentos argüidos em alegações finais, com absolvição do apelante (...) (fls. 313);

2) (...) *Aplicação da isenção de multa*, por se encontrar desempregado (fls. 313);

3) (...) ainda, *se reduza a pena, com a prestação de serviços à comunidade, deixando livre o final de semana para que o apenado possa estar perto de sua família (esposa, filhos e mãe idosa) filhos menores adolescentes* (fls. 313).

Por fim, a apelante Estelita Cardoso Quaresma, nas suas razões de apelação, argumentou, em resumo, que:

1) (...) durante a instrução criminal não ficou evidenciado quem fez as alterações na documentação que serviu de base para a concessão da aposentadoria fraudulenta. Portanto, de maneira nenhuma a apelante poderia ter sido condenada por um crime que realmente não cometeu, visto que não foi a mesma quem procedeu a adulteração dos documentos. Ainda mais, cabe aos funcionários dos INSS verificar a conformidade dos documentos apresentados pelos beneficiários (fls. 340);

2) (...) verifica-se a inexistência de qualquer prova que leve à condenação da apelante. O laudo grafotécnico afirmou que não partiu do punho da apelante a assinatura no requerimento do benefício (fls. 340);

3) O juiz não pode condenar baseado em meras suposições que a apelante agiu com dolo, se não há prova que demonstre isso inequivocadamente (...) (fls. 341).

As contra-razões foram apresentadas pelo Ministério Público Federal, a fls. 329/335 e 348/353.

O Ministério Público Federal, no exercício da função de *custos legis*, proferiu parecer (fls. 360/363), manifestando-se pelo improvimento dos recursos dos acusados e pelo provimento da apelação do Ministério Público Federal.

Autos do processo encaminhado à Secretaria, para fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal, em 22/02/06.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca: — Conforme já asseverado, os réus, ora apelantes, inconformados com a condenação pela apontada prática da conduta delituosa prevista no art. 312, § 1º, do Código Penal, postularam a reforma da veneranda sentença apelada e o Ministério Público insurgiu-se contra a absolvição da acusada Myrle Nelma Lima da Costa.

Inicialmente, verifica-se que a descrição da conduta feita na denúncia, ou seja, concessão fraudulenta de aposentadoria por tempo de serviço, caracteriza o delito de estelionato contra a Previdência Social, tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal, e não de peculato-furto como entendeu o MM. juiz federal *a quo*.

Esse posicionamento encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal Regional Federal. É o que se pode observar dos julgados a seguir transcritos:

Penal e Processual Penal. Inconveniência da unificação das penas. Juízo de execução. Peculato. Desclassificação para estelionato previdenciário. Infração ao art. 171, caput e § 3º, do Código Penal brasileiro. Materialidade e autoria comprovadas. Agravantes. Apelação da ré parcialmente provida.

I. Apesar da possibilidade da adoção de um único julgamento, com única reprimenda, no caso em tela, não se afigura aconselhável a reunião entre os feitos, considerando a inexistência de conexão probatória, bem como a desnecessidade e inconveniência de julgamento único. Não fora isso, eventual reconhecimento da continuidade delitiva poderá ser analisada, se for o caso, em sede de execução penal. Precedente do STJ.

II. In casu, não há que se falar no delito de peculato-furto, caracterizado pela subtração, mas sim em crime de estelionato qualificado (art. 171,

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e Hilton Queiroz.

§ 3º, do CPB), já que o fato narrado na denúncia – concessão irregular de aposentadoria por tempo de serviço –, com emprego de meio fraudulento, leva, em tese, à configuração deste último.

(....)

Apelação parcialmente provida. (Grifo nosso). (ACr2001.39.00.011615-9/PA, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, julgado em 25/04/05, publicado no DJ de 13/05/05, p. 26)

Processual Penal. Art. 171, § 3º, do Código Penal. Cisão. Delito continuado. Estelionato contra o Instituto Nacional do Seguro Social. Peculato. Nova definição. Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal.

1. Caracteriza-se estelionato contra a Previdência Social, e não peculato, a concessão irregular de benefício previdenciário (precedentes do TRF/1ª Região).

(....)

4. Apelações providas em parte. Alteração de ofício da definição jurídica dada ao fato descrito na inicial e acolhida pelo MM. juiz sentenciante. (ACr 2000.39.00.004860-3/PA, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, julgado em 31/05/05, publicado no DJ de 17/06/05, p. 31)

Com efeito, no peculato-furto há subtração da coisa, ou seja, o agente vale-se da facilidade do cargo para subtraí-la ou concorrer para que seja subtraída, já no estelionato há um induzimento em erro para obtenção de uma vantagem ilícita em decorrência da utilização de “artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento”.

É o que ocorre no caso de concessões indevidas de aposentadorias por tempo de serviço, sendo que o meio fraudulento empregado pelos agentes é a inserção de anotações falsas nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social dos beneficiários.

É bom observar, ainda, que a desclassificação que se opera na espécie não viola a Súmula 453 do egrégio Supremo Tribunal Federal, pois todas as circunstâncias relativas ao delito de estelionato contra a Previdência Social estão descritas na denúncia.

Também não há que se falar em eventual *reformatio in pejus*, tendo em vista que a pena atribuída ao delito de estelionato é mais branda do que a prevista para o delito de peculato-furto.

Impende-se, pois, promover no presente feito a *emendatio libelli* prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, nos termos em que autorizado pelo art. 617 do mesmo código, o que se faz para desclassificar a conduta de peculato-furto prevista no art. 312, § 1º, para estelionato contra a Previdência Social previsto no art. 171, § 3º, ambos do Código Penal.

**Da apelação do
Ministério Público Federal**

Presentes os requisitos legais, conheço da apelação interposta pelo Ministério Público Federal.

Insurge-se, em síntese, o Ministério Público Federal contra a parte da sentença que absolveu a acusada Myrle Nelma Lima da Costa da imputação que lhe foi feita na denúncia.

Tenho merecer, *data venia*, reparos, nesse tópico, a veneranda sentença apelada.

Com efeito, as provas dos autos demonstram ter a ré, consciente da ilicitude de sua conduta, habilitado e concedido, ilegalmente, benefício previdenciário a Estelita Cardoso Quaresma.

De fato, o laudo pericial (fls. 178/180) aponta ser autêntica a assinatura da ré Myrle Nelma Lima da Costa aposta no documento resumo de benefício em concessão (fls. 19), o que confirma sua participação na conduta criminosa.

Outrossim, a própria ré, em seu depoimento prestado perante a autoridade administrativa, afirmou:

Que quanto à rotina da concessão do benefício, os processos habilitados eram guardados aleatoriamente em gavetas de arquivos existentes na sala da concessão de onde eram retirados para serem concedidos e formatados, que não ocorria devolução de processos para habilitação, mesmo em caso de falta de documentos, rasuras em RSC ou outras dúvidas; que com relação aos processos em que atuava como habilitadora e concessora, cumpria estas tarefas pelo fato de existir no posto poucos servidores e um grande fluxo de segurados para atendimento e que a rotina de trabalho utilizada era a mesma de quando só habilitava ou só concedia. Dada a palavra à declarante, esta informou que habilitava benefícios à vista dos documentos dos segurados, que em muitos casos habilitou e concedeu o mesmo benefício, que não sabe porque o tempo de serviço extratado por ela em alguns processos de benefícios está maior do que o que consta nas carteiras de trabalho dos beneficiários, que reconhece que foi negligente quando não solicitou realização de pesquisas no casos de rasuras nas datas de admissão e/ou demissão dos contratos de trabalho, nos caso em que as datas de emissão das carteiras de trabalho eram posteriores às datas de admissão dos primeiros contratos, nos casos em que havia, nas carteiras de trabalho, contratos mais antigos anotados após os mais recentes etc., que também reconhece ter sido negligente em ter habilitado diversos benefícios a pedido de colegas, inclusive do Walter, sem a presença do segurado. Que quando só concedeu benefícios, o fez com base na contagem de tempo de serviço efetuada pelo habilitador e pela documentação juntada aos processos (fls. 61/62).

No caso, *data venia*, entendo que possuía a ré, ao tempo da prática do delito, condições para averiguar as afirmações contidas nos documentos submetidos à sua avaliação para fins de habilitação de benefício previdenciário, bastando simples pesquisa no CNIS. O documento de fls. 51 realmente demonstra que atuou em conjunto com o co-réu Walter na fase de informações do tempo de serviço, pois nele há matrícula de um e outro nesse momento. E mais, no documento de fls. 21, consta a matrícula da apelada Myrle como emissora e conferente (matrícula 2111861).

A quantidade de aposentadorias fraudulentas envolvendo a apelada Myrle e o co-réu Walter é fator decisivo para concluir que agiam em conluio, havendo inclusive o comentário público, conforme a co-ré Estelita, de que o posto de Cabanagem – onde atuavam –, estava aposentando mulheres a partir de quarenta e dois anos de idade (fls. 253).

Provadas, pois, a materialidade e a autoria do delito tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal, assim como os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal em questão.

Assim, é de se reformar a veneranda sentença apelada, para condenar a ré, Myrle Nelma Lima da Costa, pela prática do delito de estelionato contra a Previdência Social nos termos em que descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Diante disso, dou provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal.

Passo à dosimetria da pena a ser aplicada à ré Myrle Nelma Lima da Costa.

A culpabilidade da ré foi significativa, tendo em vista que possuía plena consciência da ilicitude do fato praticado, ou seja, conceder benefício previdenciário irregularmente. É imputável, pois lhe era esperada conduta diversa no exercício de suas funções de concessora. Quanto aos antecedentes, não há nos autos notícias de antecedentes que desabonem a ré, apesar de figurar como ré em inúmeras ações penais por fatos análogos, bem como não há elementos que possam macular sua conduta social. Sua personalidade mostrou-se voltada para a prática de crimes contra o patrimônio da Previdência Social. As circunstâncias também são desfavoráveis em razão de sua função no INSS. Os motivos do crime nada revelam de excepcional. As conseqüências do delito foi o prejuízo causado aos cofres da Previdência Social.

Feitas essas considerações, fixo-lhe a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e multa de 21 (vinte e um) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, passo a 3ª fase do cálculo

da pena, para aumentá-la em 1/3 (um terço) em razão da causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal. Aplica-se a causa de aumento de pena também à pena de multa.

Assim, ante a ausência de causa de diminuição da pena, torno-a definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e multa de 28 (vinte e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o aberto (art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal).

Concedo à ré o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos termos do art. 44, § 2º, parte final, do CPB, a ser definida no juízo de execução penal.

Custas pela ré, lançando-se-lhe o nome no rol dos culpados, com o trânsito em julgado do acórdão.

**Da apelação dos acusados
Walter Ferreira Ribeiro e
Estelita Cardoso Quaresma**

Registre-se, inicialmente, que o apelante Walter Ferreira Ribeiro, reportando-se às alegações finais, aponta a ocorrência de nulidades a viciar o presente processo.

A esse respeito, tenho que não merece reforma a veneranda sentença apelada, que, bem analisou essas questões:

1. Preliminar de nulidade do processo por vício na perícia grafotécnica, argüida pela defesa do réu Walter Ferreira Ribeiro

A defesa confunde nulidade da prova com a nulidade do processo. Não obstante, nos autos não há falar nem sequer em nulidade da prova, pois os documentos questionados foram, sim, objeto de perícia, conforme se verifica a fls. 179. Rejeito, pois, a preliminar.

2. Preliminar de nulidade do procedimento administrativo por não se encontrarem autenticadas as cópias acostadas aos autos, argüida pela defesa do réu Walter Ferreira Ribeiro

Na verdade, a defesa não está a pleitear a nulidade do processo administrativo do INSS (o que seria impossível na seara penal), mas, sim, a validade do mesmo enquanto prova, uma vez que as cópias juntadas aos autos do processo criminal não são autenticadas. *Data venia*, não vejo como acolher esta preliminar, pois a MP 2.176-79, de 23/08/01, em seu art. 24, dispensa as pessoas jurídicas de direito público de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresentem em juízo. Rejeito, pois, a preliminar.

3. Preliminar de nulidade da sindicância instaurada, argüida pela

defesa do réu Walter Ferreira Ribeiro

A esfera penal é imprópria para debater-se eventuais vícios formais na constituição de Comissão de Sindicância para apurar irregularidades praticadas no âmbito administrativo. As instâncias são independentes, e os remédios adequados para combater possíveis injustiças devem ser utilizados nos momentos oportunos e dentro das respectivas searas. Rejeito, por isso, a preliminar.

4. Preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, argüida pela defesa do réu Walter Ferreira Ribeiro

Não vejo como acolher esta preliminar. A perícia grafotécnica questionada foi realizada na fase inquisitorial, onde não há contraditório. Desse modo, inexistente razão para se falar em nulidade pela não-apresentação de quesitos. Rejeito a preliminar (fls. 296/297).

Assim, deve ser mantida a veneranda sentença *a quo* nessa parte por seus próprios fundamentos.

Quanto ao mérito, verifico, *data venia* de eventual posicionamento em contrário, que a materialidade e a autoria do delito de estelionato praticado em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (art. 171, § 3º, do Código Penal) restaram comprovadas, haja vista a documentação de fls. 14/44 e 123/126, o relatório de fls. 127/131, o laudo pericial de fls. 178/180, as declarações prestadas pela ré Myrle Nelma Lima da Costa perante a Administração Pública (fls. 57/62) e o interrogatório do co-réu Walter Ferreira Ribeiro em juízo (fls. 256).

Presentes, ainda, na conduta dos réus, ora apelantes, os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal em questão.

Segundo se apurou, as comprovadas irregularidades havidas no recebimento do benefício em questão foram perpetradas com a anuência da ré Estelita Cardoso Quaresma, beneficiária da aposentadoria irregular, e com a participação decisiva do réu Walter Ferreira Ribeiro.

A esse respeito, confira-se os excertos a seguir transcritos extraídos dos depoimentos de Estelita Cardoso Quaresma perante a Administração Pública, a autoridade policial e em juízo:

(...) Que compareceu ao posto de benefícios da Cabanagem entre os meses de maio e junho do ano de mil novecentos e noventa e cinco, para obter informação sobre se poderia se aposentar, pois trabalhara por mais de quinze (15) anos na Cooperativa de Indústria e Produtos de Cana de açúcar de Abaetetuba e Igarapé-Miri e já tinha mais de quinze (15) anos como professora do Estado, tendo sido informada pelo servidor que lhe atendeu de que teria direito a se aposentar, após ter examinado a carteira profissional e cópias xerográficas da portaria de nomeação e contra-cheques da declarante; que não sabe informar qual o nome do servidor que lhe atendeu, apenas

lembra-se que o mesmo tem cerca de quarenta anos de idade, é moreno claro, de estatura média e cabelos grisalhos; que orientado pelo servidor descrito, a retornar àquele posto de benefícios, para assinar uns documentos, o que foi feito pela declarante, após decorridos vinte dias, ocasião em que assinou o requerimento de benefícios que ora lhe é apresentado e que reconhece como sendo de sua autoria a assinatura ali aposta; que após cerca de quarenta e cinco dias, por volta do mês de outubro, retornou ao posto, tendo recebido daquele servidor uma carta do INSS, onde lhe foi comunicado que estava aposentada e que o primeiro pagamento estava à disposição da declarante no Bamerindus de Ananindeua, onde compareceu e recebeu a quantia de pouco mais de R\$ 900,00 (novecentos reais), dos quais não deu a ninguém qualquer quantia, nem a título de gorjeta; que não recebeu nenhuma carta para retirada do saldo do Pasep; que não trabalhou em tempo nenhum na empresa Xerfan & Cia, que conhece apenas de nome, como não trabalhou também nas empresas: Themaq Engenharia Ltda. e Pro Solos Projetos de Cálculos e Fundações Ltda., em período nenhum, nem tampouco tem conhecimento da existência destas empresas (...) (fls. 45/46);

(...) Que ratifica em parte teor de suas declarações prestadas junta à auditoria do INSS, no dia 07/05/97, de fls. 43/44, dos presentes autos, que ora foram lidas para a interrogada, esclarecendo que na verdade não reconhece como sua a assinatura aposta no documento de fls. 8, e da mesma forma não é verdade que tenha apresentado cópias reprográficas da portaria de nomeação e contracheques, haja vista que tem conhecimento que a aposentadoria como professor é independente (...) (fls. 153);

(...) Que jamais a interroganda para as empresas Xerfan, Temaque e Pro Solos; que a interroganda ouviu pessoas comentando que o INSS estava aposentando mulheres a partir de quarenta e dois anos de idade; que a interroganda procurou o posto Cabanagem; que a interroganda não é capaz de reconhecer o funcionário que a atendeu; que a assinatura no requerimento de fls. 13 não é da interroganda; que a interroganda só viu o funcionário uma vez; que a interroganda voltou para buscar a CTPS, mas não a encontrou; que a CTPS da interroganda estava toda em branco; que, em 1982, a interroganda passou a ser professora do Estado do Pará, mas antes disso nunca teve a CTPS assinada; que o funcionário nada cobrou da interroganda; que a interroganda não sabe dizer a razão de o funcionário ter colocado tempo de serviço na CTPS; que a interroganda imaginou que somente a idade bastava para a aposentadoria; que a interroganda recebeu um aviso dos Correios indo ao banco buscar o cartão e começando a receber o benefício (...) (fls. 253/254).

Da análise dos fragmentos extraídos dos depoimentos da co-ré Estelita Cardoso Quaresma acima transcritos e das demais provas dos autos, constata-se, *data venia*, contradições em que incorreu na tentativa de fugir à responsabilização penal pelo recebimento ilícito dos benefícios previdenciários, mormente quando se verifica não ser crível que uma “professora” não tenha, no mínimo, manifestado estranheza com a concessão em seu favor do benefício previdenciário, na forma

em que tal ocorreu.

Restou, portanto, demonstrada a participação da ré acima mencionada na ação delituosa em exame.

Observe-se, ainda, o depoimento do co-réu Walter Ferreira Ribeiro:

(...) Que foi o interrogando quem habilitou o benefício; que não é verdade que pediu para a segurada deixar documentos com o interrogando; que alguém deu para a segurada a relação de salários apresentada no posto, portanto, a segurada sabe quem falsificou o benefício, pois a própria segurada dissera que sua CTPS estava em branco (...) (fls. 256).

Vê-se, portanto, que não merecem acolhida os argumentos sustentados pela ora apelante, Estelita Cardoso Quaresma.

No tocante à responsabilidade penal de Walter Ferreira Ribeiro, verifica-se que também restou comprovada sua efetiva participação na conduta delitiva.

De fato, o laudo grafotécnico (fls. 178/180) atesta que a assinatura no requerimento de benefício (fls. 13) é de Walter Ferreira Ribeiro, assim como também informa ser sua a assinatura e/ou rubrica no documento carta de concessão/memória de cálculo e discriminativo de créditos de atrasados (fls. 22).

Por outro lado, e como já visto anteriormente, apontou o referido laudo pericial (fls. 178/180) ser autêntica a assinatura da ré Myrle Nelma Lima da Costa aposta no documento resumo de benefício em concessão (fls. 19), devendo, todavia, ser apontado que a própria ré, em seu depoimento prestado perante a autoridade administrativa, esclareceu:

(...) que reconhece que foi negligente quando não solicitou realização de pesquisas nos casos de rasuras nas datas de admissão e/ou demissão dos contratos de trabalho, nos casos em que as datas de emissão das carteiras de trabalho eram posteriores às datas de admissão dos primeiros contratos, nos casos em que havia nas carteiras de trabalho contratos mais antigos anotados após os mais recentes etc., que também reconhece ter sido negligente em ter habilitado diversos benefícios a pedido de colegas, inclusive do Walter, sem a presença do segurado. Que quando só concedeu benefícios, o fez com base na contagem de tempo de serviço efetuada pelo habilitador e pela documentação juntada aos processos (fls. 62).

Vislumbra-se, assim, *data venia*, a participação do ora apelante, Walter Ferreira Ribeiro, nos fatos em apreciação, em face do que é de se entender que não merece reparos o ponto de vista esposado pelo MM. juízo federal *a quo*, quando, na sentença, condenou-o, devendo, todavia, ser desclassificado para o tipo descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal, na forma como explicitado anteriormente.

A respeito dessas questões, faz-se necessário assinalar o parecer emitido pelo douto Ministério Público Federal, da lavra do eminente Procurador Regional da

República, Dr. Osnir Belice, em relação às apelações interpostas por Walter Ferreira Ribeiro e Estelita Cardoso Quaresma, nos excertos a seguir transcritos:

Da apelação de Walter Ferreira Ribeiro

Não procedem as alegações do apelante. A autoria e materialidade delitivas restaram devidamente comprovadas pelo laudo de exame grafotécnico (fls. 178/180), bem assim pela confissão do acusado quando do seu interrogatório em juízo (fls. 256). Demais disso, não houve exacerbação da pena, pois a grande quantidade de processos contra o acusado (como noticiado nos autos) evidencia sua personalidade voltada para o crime, mormente na realização de fraudes praticadas contra o INSS, não sendo recomendada qualquer minoração da pena.

Ainda, a alegação de nulidade processual não subsiste. O feito tramitou de forma regular, com respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, correta a sanção imputada ao réu, pois decorrente do conjunto probatório que emerge dos autos (fls. 362).

(...)

Da apelação de Estelita Cardoso Quaresma

Não merecem ser acolhidas as alegações da apelante.

É inconteste nos autos que a acusada percebeu ilicitamente benefício previdenciário, inclusive, propôs posteriormente o ressarcimento do prejuízo (fls. 151/162). Em diversas ocasiões nestes autos a ré entrou em contradição, o que demonstra sua real tentativa de furtar-se à responsabilidade pela participação no ato que sabia ilícito de beneficiar-se fraudulentamente da aposentadoria perante o INSS.

A ré tinha ciência que a assinatura aposta no requerimento de benefício não era sua (fato comprovado pela perícia), e mesmo assim, em declaração perante a auditoria do INSS, assumiu falsamente como se o fosse, vindo a reparar essa e outras informações contraditórias somente perante a Polícia Federal.

Assim, emerge do bojo dos autos que a apelante, efetivamente, concorreu para a prática delituosa em comento. Correta, portanto, sua condenação.

Posto isto, opina a Procuradoria Regional da República pelo conhecimento dos recursos, porque próprios e tempestivos, e no mérito, que sejam *improvidos* os recursos dos acusados, e seja *provida* a apelação do MPF, reformando-se a respeitável decisão de primeiro grau para que, também, seja condenada a acusada Myrle Nelma Lima da Costa (fls. 363).

Demonstrada, pois, a participação dos réus acima mencionados na circunstância fática narrada na denúncia.

No tocante ao pedido do réu acima mencionado para que fosse isento da pena de multa por estar desempregado, mister esclarecer que não se mostra possível a

exclusão da referida pena, uma vez que é parte indissociável da condenação, sendo aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

No entanto, o próprio Código Penal, bem assim a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) preveem diversas possibilidades de pagamento da multa mediante a análise da situação econômica do réu, fato que deverá ser argüido no juízo da execução e dirimido por este.

Dessa forma, não é de se acolher esse pedido do apelante Walter Ferreira Ribeiro.

Não se vislumbra, assim, fundamento jurídico suficiente a ensejar a reforma da veneranda sentença apelada.

No tocante à dosimetria da pena, verifico que os fundamentos utilizados pelo MM. juízo federal *a quo* mostraram-se suficientes para determinar a pena-base a ser fixada a cada um dos réus no montante mínimo legal, tendo em vista que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal são favoráveis aos acusados.

Todavia, como a pena mínima cominada ao delito de estelionato é de 1 (um) ano de reclusão, verifico ser este o montante a ser fixado no presente caso, além da pena de multa de 21 (vinte e um) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Não vislumbro circunstâncias atenuantes ou agravantes. Incide, no entanto, a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, motivo pelo qual a pena de cada um dos réus deve ser elevada para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A despeito da condenação contida na sentença a título de continuidade delitiva, não vislumbro no presente caso cuidar-se de crime continuado, mormente quando a conduta delituosa é uma só, ou seja, o induzimento em erro para o recebimento indevido de aposentadoria.

Essa conduta, contudo, tem sua consumação prolongada no tempo, cuidando-se, assim, de crime permanente.

Por outro lado, não se mostra razoável negar aos ora apelantes a possibilidade de ter a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, nos termos em que autorizado pelo art. 44 do Código Penal, principalmente quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal lhes foram favoráveis e sustentaram a aplicação da pena-base no patamar mínimo legal.

Dessa forma, merece parcial provimento recurso interposto por Walter Ferreira Ribeiro para que lhe seja concedida a substituição da pena privativa de liberdade nos termos acima expostos, benefício que deve ser estendido aos demais co-réus.

Sendo assim, torno definitiva as penas dos réus Walter Ferreira Ribeiro, Estelita Cardoso Quaresma e Myrle Nelma Lima da Costa em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado monetariamente.

Substituo, pois, a pena privativa de liberdade dos réus acima mencionados por 2 (duas) penas restritivas de direitos pelo prazo da pena privativa de liberdade, consistentes na limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade em instituição a ser definida no juízo da execução.

Vê-se, portanto, pelos fundamentos acima expostos, que deve ser reformada a veneranda sentença *a quo* pelos fundamentos acima expostos.

Diante disso, nego provimento à apelação de Estelita Cardoso Quaresma, dou provimento parcial à apelação de Walter Ferreira Ribeiro e do Ministério Público Federal e nos termos acima expostos.

É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Procedi ao exame dos autos sem nada ter a acrescentar ao relatório de fls. 373/374.

A respeitável sentença recorrida absolveu a ré Myrle Nelma Lima da Costa da imputação de ter praticado a conduta tipificada no art. 312, § 1º, do CPB (descaminho qualificado).

Outrossim, condenou os réus Walter Ferreira Ribeiro e Estelita Cardoso Quaresma às penas privativas de liberdade de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto (o primeiro réu), e em regime aberto (a segunda ré), além de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática da conduta descrita no art. 312, § 1º, do CPB (descaminho qualificado), em continuidade delitiva.

Presentes os requisitos do art. 43 e ss. do Código Penal, o MM. juízo *a quo* substituiu a pena corporal da ré Estelita Cardoso Quaresma por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade.

Irresignados com tal decisão, o Ministério Público Federal e os réus Walter Ferreira Ribeiro e Estelita Cardoso Quaresma apelam a esta Corte, nos fundamentos expostos pelo ilustre Relator.

Apelação do MPF

Pleiteia o recorrente a reforma parcial da sentença recorrida, para condenar a

ré Myrle Nelma Lima da Costa nas sanções do art. 312, § 1º, do CPB.

Impende registrar inicialmente a divergência existente nesta Corte quanto à classificação penal do fato imputado aos réus (se peculato ou estelionato), o que me impõe refletir melhor sobre a questão.

Cheguei a julgar alguns processos desta natureza de recebimento fraudulento de benefício previdenciário como crime de peculato (art. 312 do CPB), especialmente pela circunstância pessoal do réu que, na qualidade de servidor do INSS, teria condições de facilitar o recebimento do benefício questionado.

Entretanto, analisando mais detidamente os fatos e partindo do pressuposto de que o evento tem que se integrar ao elemento objetivo da infração, observo que, em casos tais, os habilitadores e concessionários dos benefícios de aposentadoria valem-se de meios arditos e fraudulentos para a consecução dos seus objetivos criminosos, inserindo dados fictícios nas carteiras de trabalho dos pretendidos beneficiários, consubstanciados em tempo de serviço, valores de contribuição e contratos de trabalho inexistentes.

Exsurge, pois, como elemento preponderante e integrante do tipo, a *fraude* ou o *ardil* para a obtenção da vantagem¹, restando secundário, em termos valorativos, o fato de que a conduta foi praticada por funcionário de autarquia previdenciária.

Vale dizer, a vantagem obtida por meios ilícitos, elementar do estelionato, prevalece sobre o aspecto da violação funcional que integra a conduta reprovável do peculato.

Há casos, como o presente, em que, afastado de cogitação o concurso de delitos, a aplicação de um dispositivo exclui a de outro. Visto que ambos os crimes (estelionato e peculato) surgem como cabíveis, à primeira vista, no fundo são inconciliáveis. Dir-se-ia que ocorre aparente conflito, ou aparente concurso; aparente porque o ordenamento jurídico, na sua presumível harmonia, ministrará os necessários critérios para a escolha.

Observa-se, assim, uma zona comum aos dois tipos, mas um deles abrange inteiramente o outro.

É o que acontece na hipótese do estelionato, quando comparado à extorsão, porquanto nesta, o agente consegue a vantagem mediante a *vis corporalis* ou compulsiva, enquanto naquela, a entrega é voluntária.

Outrossim, o estelionato não se confunde com o furto fraudulento. “A fraude pode ser empregada como meio facilitador do furto (...). Mas a diferença reside em que no furto fraudulento, não é pela fraude que o agente se apossa da coisa, *que não lhe é entregue, mas subtraída*. Usa-a para chegar até o bem almejado. Pode, inclusive, valer-se dos documentos falsos ou outros meios comuns ao estelionato. Mas, *a apreensão se dá por ato próprio, e não por ato de terceiro induzido*

em erro” (sublinhado no original)².

Da mesma forma, distingue-se o estelionato da apropriação indébita, porque nesta, o agente já possui a coisa, que vem a passar para o seu domínio, enquanto, naquela, o agente a obtém mediante fraude.

Tal lição se aplica ao peculato, porquanto este crime, “na sua configuração central, não é mais do que a apropriação indébita (embora com certa diferença de disciplina) praticada por funcionário público *ratione officii*. É a apropriação indébita qualificada pelo fato de ser o agente funcionário público”³.

Para a configuração do peculato próprio, imprescindível que a posse do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel seja lícita e legítima, anterior ao dolo de inverter a posse.

Já no peculato-furto, imputado aos réus, não existe a posse da coisa, mas o agente a subtrai, valendo-se das facilidades do cargo que ocupa.

Como bem consignado pelo Dr. João Pedro de Sabóia Bandeira de Mello Filho, acima referenciado, “*subtrair é fazer a apreensão rei de modo sub-reptício. Se o agente não faz o desapossamento sub-reptício, mas entra na posse da coisa mediante um ardil (acrescentar, nos receiptuários, outros produtos além dos indicados para o paciente), não está subtraindo, mas, apenas, obtendo, de outra forma*” (sublinhado no original)⁴.

Reside aí o vértice da questão posta nos autos: ao revés do peculato-furto, no estelionato a posse do bem é viciada em sua origem, porque obtida pelo uso de fraude ou qualquer outro ardil.⁵

Consoante lição do penalista Edgard Magalhães Noronha, “... O meio fraudulento faz parte da ação física ou executiva do estelionato, como também o faz o resultado (vantagem ilícita e prejuízo alheio), quando o crime se completa”⁶.

É o que ocorre na hipótese dos autos: os agentes criminosos, na qualidade de servidores do INSS, não detinham a posse dos proventos de aposentadoria, necessitando induzir em erro a autarquia previdenciária, através da inserção de dados fictícios na carteira de trabalho dos pretensos beneficiários ou nos formulários próprios de requerimento do benefício.

Presentes, pois, todos os elementos do tipo do art. 171 do Código Penal: emprego de meio fraudulento, induzimento da vítima em erro – no caso, a entidade previdenciária –, vantagem patrimonial ilícita e prejuízo alheio.⁷

Caracterizado está, a meu ver, o delito de estelionato, na forma qualificada pela qualidade da vítima (art. 171, § 3º, do CPB), consoante prescreve o enunciado da Súmula 24 do egrégio STJ, nos seguintes termos: “aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica de Previdência Social,

a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal.”

Nessa esteira, dentre a farta jurisprudência acerca da matéria, colaciono os seguintes julgados, *verbis*:

A falsidade utilizada pelo funcionário público para, ardilosamente, levantar depósitos judiciais e embolsar, em proveito próprio, as respectivas importâncias, configura o delito de estelionato e não o peculato ou falsificação documental. (TJSP; AC Rel. Xavier Homrich; RT 510/352 in Alberto Silva Franco, p. 2.859)

Processual Penal. Art. 171, § 3º, do Código Penal. Cisão. Delito continuado. Estelionato contra o Instituto Nacional do Seguro Social. Peculato. Nova definição. Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal.

1. *Caracteriza-se estelionato contra a Previdência Social, e não peculato, a concessão irregular de benefício previdenciário (precedentes do TRF-1ª Região). (Grifei)*

2. Na apuração da continuidade delitiva, a cisão de feitos, oriundos da mesma situação fática complexa, não prejudica a defesa, pois o juízo da execução poderá aplicar a regra do delito continuado, nos termos do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal (enunciado da Súmula 611 – Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.)

3. Não há ofensa ao entendimento firmado no enunciado da Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”, uma vez que todas as circunstâncias elementares do delito de estelionato contra a Previdência Social estão descritas na inicial acusatória. Altera-se, assim, a sentença, de ofício, para dar ao fato descrito na denúncia a sua correta definição jurídica. Réus denunciados e condenados em 1ª instância pelo delito de peculato (art. 312 do Código Penal), quando se trata do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal brasileiro, nesta instância.

4. Apelações providas em parte. Alteração, de ofício da definição jurídica dada ao fato descrito na inicial e acolhida pelo MM. juiz sentenciante. (TRF-1ª Região; ACr 2000.39.00.004860-3/PA, Relator Des. Federal Tourinho Neto, DJ de 17/06/05)

Direito Penal e Processual Penal. Desclassificação do crime de peculato. Estelionato na forma qualificada (art. 171, § 3º). Autoria e materialidade presentes. Diminuição da pena imposta. Concessão de sursis.

– Sentença condenatória nas penas do art. 312, § 1º, na forma continuada (art. 71 do CP), por ter o réu, servidor lotado no Hospital do Câncer, adulterado receituários médicos, datados de novembro a dezembro de 1996, por quinze vezes, para o fim de retirar medicamentos não prescritos da farmácia do hospital.

(...)

– O conjunto probatório dos autos demonstra a autoria e materialidade do crime de estelionato, tendo em vista que a prática do delito efetivou-se mediante entrega voluntária, e não subtração, como requer o crime de peculato, objeto da condenação do apelante em 1º grau de jurisdição.

(...) (TRF-2ª Região; ACr 2000.02.01.052381-5/RJ; 2ª Turma; Relator Juiz Federal Paulo Espírito Santo; DJ de 13/11/01)

Penal e Processual. Peculato. Funcionária da Caixa Econômica Federal. Tipificação. Ausência de posse lícita do bem. Emprego de fraude. Estelionato. Desclassificação da conduta. Pena. Substituição. Possibilidade de cumulação da multa com prestação pecuniária.

1. A materialidade e autoria do delito restaram cabalmente comprovadas.

2. Na hipótese em tela, a funcionária não detinha previamente a posse do bem, razão pela qual adulterou o sistema eletrônico da instituição financeira, autenticando documentos inidôneos. Evidenciada a necessidade da fraude para obter a vantagem e, assim, tornar possível a prática do ilícito, caracteriza-se como estelionato, e não peculato, consoante a jurisprudência desta Corte.

3. (...)

4. (...)

5. (...) (TRF-4ª Região; ACr 2002.70.00.066283-4/PR; 8ª Turma; Relator Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro; DJ de 18/05/05)

Penal. Peculato. Desclassificação para estelionato qualificado. Falso absorvido pelo estelionato. Redimensionamento da pena. Agravante de violação dever. Não-reparação do dano. Continuidade delitiva. Proporcionalidade entre penas de multa e corporal. Prescrição.

1. A conduta narrada na peça acusatória não se enquadra na tipificação do peculato, pois, embora o agente fosse ao tempo do crime funcionário do INSS e tivesse se valido das facilidades que o cargo lhe proporcionava para viabilizar a perpetração do delito, não tinha a posse lícita do bem que se apropriou indevidamente, juntamente com a co-ré, necessitando recorrer ao emprego de fraude (falsificação de documentos) para sua obtenção.

2. Em face do disposto no art. 383 do CPP, que permite ao juiz, em primeira ou segunda instância, dar ao fato delituoso definição jurídica diversa da capitulada na denúncia, há de ser desclassificado o ilícito para o crime de estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do Caderno Penal), uma vez que contém todos os elementos descritos neste tipo.

3. (...)

4. (...)

5. (...)

6. (...)

7. (...)

8. (...) (TRF-4ª Região; ACr 1999.71.00.011233-1/RS; 8ª Turma; Relator Des. Federal Luiz Fernando Wolk Penteado; DJ de 28/01/04)

Penal e Processual Penal. Art. 383/CPP. Desclassificação de peculato para estelionato majorado. Pena-base. Confissão espontânea. Agravante do concurso de pessoas (art. 62, I, CP).

1. É possível operar a *emendatio libelli* (art. 383 do CPP) em segunda instância, desde que os fatos caracterizadores da nova capitulação estejam delineados na denúncia, porquanto é dessa narrativa que se defende o réu, e não da classificação estabelecida pelo membro do Ministério Público.

2. O réu – servidor do INSS – falsificava documentos públicos da autarquia previdenciária (autorizações de pagamento) para que os valores neles inseridos fossem creditados em contas correntes de pessoas próximas, que deveriam, em seguida, os repassar para ele.

3. O réu não tinha a posse pré-existente dos valores desviados em razão do cargo. Ele somente passou a ter a posse dos valores por meio do artifício fraudulento de ter falsificado as autorizações de pagamento.

4. Essa conduta descrita na denúncia caracteriza o delito de estelionato majorado (art. 171, *caput* e 3º, do CP), e não o delito de peculato-desvio.

5. (...)

6. (...)

7. (...)

8. (...) (TRF-4ª Região; ACr 97.04.72706-2/SC; 2ª Turma; Relator Des. Federal Jardim de Camargo; DJ de 07/07/99).

Direito Penal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. CP, art. 107, inciso 4; art. 109, inciso 5, e art. 110, § 1º. Emenda da inicial. CPP, art. 383. Configuração de estelionato e não de peculato.

1. A prescrição da pretensão punitiva pela pena imposta na sentença conta-se da data do recebimento da denúncia até a da publicação da sentença.

2. Pratica estelionato, e não peculato, o funcionário público que se apropria de documento e o falsifica para receber benefício do INSS.

3. É possível a aplicação do art. 383 do CPP em segunda instância, se os fatos estão descritos na denúncia e a alteração resulta em proveito do réu, por ser menor a pena imposta. (TRF-4ª Região; ACr 94.04.56188-6/RS; 1ª Turma; Relator Federal Vladimir Freitas; DJ de 03/04/96)

Assim, entendo que os fatos pelos quais foi denunciada a ré Myrle Nelma Lima da Costa merecem nova definição jurídica, nos termos do art. 383 do CPP, razão por que desclassifico, de ofício, a infração por ela cometida, de peculato

(art. 312 do CPB) para estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do CPB).

Fixada essa questão, observo que está com a razão o Ministério Público Federal.

A materialidade da infração restou demonstrada através dos documentos constantes do procedimento administrativo (fls. 10/44 e 123/126), pelo Relatório da Auditoria Estadual do INSS no Posto do Seguro Social onde ocorreu a fraude (fls. 127/131), bem assim pelo laudo de exame documentoscópico de fls. 178/180.

Logrou-se comprovar amplamente nos autos que a beneficiária e ré Estelita Cardoso Quaresma percebeu proventos de aposentadoria fraudulentamente requerida, através da informação de vínculo empregatício inexistente com as empresas Xerfan & Cia., Themaq Engenharia Ltda. e Pro Solos Projetos de Cálculos e Fundações Ltda.

Conforme averiguado pela Auditoria Estadual do INSS (fls. 127/131), e atestado pela perícia realizada no documento denominado “Resumo de Benefício em Concessão” (fls. 19/20), a aposentadoria fraudulenta foi habilitada e concedida pela acusada Myrle Nelma Lima da Costa.

Demais, o documento denominado “Concessão S.U.B.” (fls. 51) evidencia que a ré Myrle Nelma Lima da Costa lançou, juntamente com o acusado Walter Ferreira Ribeiro, informações relativas a valores e ao tempo de serviço da co-ré Estelita, o que julgo afastar, por completo, qualquer dúvida acerca da participação dolosa da ré na empreitada criminosa.

Registre-se, ainda, que a ré Myrle Nelma Lima da Costa confessou a prática criminosa quando inquirida pela autoridade administrativa (fls. 57/62), nos seguintes termos, *verbis*:

(...) Que, com relação aos processos de aposentadoria por tempo de serviço sob os NB (...) NB 42/56.951.367-7 de Estelita Cardoso Quaresma, (...) Que concedeu todos os benefícios acima citados, que reconhece como sendo de sua autoria a assinatura constante no resumo de concessão de benefício, assim como sendo sua a matrícula constante no formulário processado pela Dataprev, onde consta relação de salário de contribuição, referente aos benefícios acima citados....

Entendo que as provas coligidas aos autos comprovam amplamente que a acusada Myrle Nelma Lima da Costa habilitou e concedeu, de forma livre e consciente, o benefício previdenciário da co-ré Estelita Cardoso Quaresma, usando de fraude em detrimento do INSS, o que causou um prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 11.266,52 (onze mil, duzentos e sessenta e seis reais e cinquenta e dois centavos), atualizado até junho de 1997 (fls. 130).

Assim colocado, acompanho o entendimento da ilustre Relatora convocada,

para emprestar nova definição jurídica aos fatos descritos na denúncia, desclassificando, de ofício, a conduta da ré Myrle Nelma Lima da Costa de peculato-furto (art. 312, CPB) para estelionato qualificado (art. 171, § 3º, CPB).

Outrossim, acolhendo os fundamentos fáticos expostos pelo MPF, dou parcial provimento ao seu recurso, condenando a ré Myrle Nelma Lima da Costa às penas do art. 171, § 3º, do CPB.

Passo à dosimetria da pena.

A culpabilidade da ré foi intensa, uma vez que, na qualidade de servidora do INSS, habilitou e concedeu o benefício previdenciário indevido, alterando dados relativos aos valores e ao tempo de serviço da beneficiária e co-ré Apolônia.

Inexiste nos autos notícia de sentença condenatória com trânsito em julgado, razão por que não há maus antecedentes a serem considerados.

Não há elementos nos autos que maculem a conduta social da ré.

Os motivos e circunstâncias do crime não revelam qualquer excepcionalidade.

A personalidade da ré é voltada para a prática criminosa em detrimento do patrimônio da Previdência Social, porquanto tramitam na Justiça Federal inúmeros inquéritos policiais e ações penais em face da acusada, por fatos análogos aos dos autos.

As conseqüências do crime são gravosas para o patrimônio do INSS, resultando em um prejuízo superior a R\$ 11.000,00 (onze mil reais) para os cofres públicos.

Fixo-lhe a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.

Ausentes quaisquer circunstâncias atenuantes, agravantes ou causas especiais de diminuição de pena, aplico-lhe a causa especial de aumento de pena descrita no § 3º do art. 171 do CPB, majorando as penas em 1/3 (um terço), que se tornam definitivas em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, não havendo quaisquer outras circunstâncias a serem consideradas.

Acompanho o posicionamento da ilustre Relatora, no que toca à substituição da pena corporal por duas restritivas de direito, bem assim no que concerne ao regime de cumprimento da pena.

**Apelação dos réus Walter Ferreira Ribeiro
e Estelita Cardoso Quaresma**

Inicialmente, impende desclassificar, de ofício, a conduta atribuída aos ora

recorrentes de peculato-furto (art. 312 do CPB) para estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do CPB), pelas razões expostas quando da análise do recurso da co-ré Myrle Nelma Lima da Costa.

Não merecem acolhimento as preliminares argüidas pelo réu Walter Ferreira Ribeiro, conforme bem salientou o douto magistrado sentenciante (fls. 296/297).

Assentadas essas questões, observo que a autoria e a materialidade do crime praticado pelos apelantes restaram assentadas pelos documentos produzidos no procedimento administrativo instaurado pelo INSS para apuração das irregularidades relativas à aposentadoria da co-ré Estelita Cardoso Quaresma (fls. 10/44 e 123/126), bem assim pelo laudo de exame documentoscópico (grafotécnico) de fls. 178/180 e pelas declarações do réu (fls. 63/67 e 256) e da co-ré Myrle Nelma Lima da Costa (fls. 57/62).

Com efeito, o laudo pericial acima referido constatou que provinha do punho do réu Walter Ferreira Ribeiro as assinaturas e as rubricas apostas no requerimento de benefícios (fls. 13) e na carta de concessão/memória de cálculo e discriminativo de créditos atrasados (fls. 22).

Ademais, analisando-se o documento de fls. 51 (Concessão S.U.B.), verifica-se que foi o réu Walter Ferreira Ribeiro quem protocolou o benefício de aposentadoria da acusada Estelita Cardoso Quaresma, bem assim quem lançou, juntamente com a co-ré Myrle Nelma Lima da Costa, as informações fictícias relativas ao tempo de serviço e aos valores de contribuição da beneficiária.

Some-se a isso a confissão operada pelo réu, no âmbito administrativo, nos seguintes termos:

.... que infelizmente habilitou muitas dessas aposentadorias que hoje estão consideradas irregulares, que sabia que estava concedendo benefícios com irregularidades, mas que muitas vezes era mandado, que reconhece que sabia que as datas das emissões das carteiras eram posteriores às datas de emissões dos contratos de trabalho, que reconhece que aumentou tempo de serviço nos resumos de documentos para cálculo de tempo de serviço constante dos processos de benefícios que habilitava, que tinha um período nas carteiras, e ele, o declarante, colocava outro, aumentando assim o tempo de serviço dos candidatos a benefícios. (fls. 64).

Outrossim, patente que a aposentadoria fraudulenta foi concedida com a condescendência da beneficiária e ré Estelita Cardoso Quaresma.

Além de contraditórios seus esclarecimentos, é de se estranhar que uma professora, vinculada à Secretaria de Estado do Educação do Pará, ignorasse que não detinha os requisitos suficientes para se aposentar.

Evidenciado, pois, que o réu Walter Ferreira Ribeiro, ciente da ilicitude da

sua conduta, habilitou o benefício fraudulento em questão, bem assim que a co-ré Estelita Cardoso Quaresma anuiu com a empreitada criminosa, motivo por que merecem ser condenados pela prática da conduta descrita no art. 171, § 3º, do CPB (estelionato qualificado).

Passo à dosimetria de suas penas.

Mantendo a análise feita pelo MM. juízo de primeiro grau quanto às circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CPB, relativamente ao réu Walter Ferreira Ribeiro (fls. 300/302), fixo a sua pena-base em 1 (um) ano de reclusão, além de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.

Ante a inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, aplico-lhe a causa especial de aumento de pena prevista no art. 171, § 3º, do CPB, haja vista a prática do crime em detrimento do INSS, majorando-as em 1/3 (um terço), pelo que se tornam definitivas em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e 28 (vinte e oito) dias-multa.

Acompanho a ilustre Relatora no que toca à substituição da pena corporal do acusado Walter Ferreira Ribeiro por duas restritivas de direito, na forma como consignado, devendo estender-se tal benefício à co-ré Estelita Cardoso Quaresma.

Do mesmo modo, entendendo que o MM. juízo analisou de forma escorreita as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB (fls. 304), quanto à ré Estelita Cardoso Quaresma, fixo-lhe a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.

Ausentes quaisquer circunstâncias atenuantes ou agravantes ou, ainda, causas especiais de diminuição de pena, aplico-lhe a causa de aumento descrita no § 3º do CPB, por ter sido o crime cometido em detrimento do INSS, e elevo a sua pena ao patamar de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, que se torna definitiva, ante a ausência de quaisquer outras circunstâncias a serem consideradas.

Mantenho o regime aberto de cumprimento de sua pena e a substituição da mesma, conforme explicitado acima.

Afasto, em relação a todos os réus, a majoração da pena decorrente da continuidade delitiva, porquanto a hipótese dos autos configura crime permanente, de ação contínua e indivisível, e não crime continuado.

Por derradeiro, não merece guarida a pretensão do réu Walter Ferreira Ribeiro no sentido de que seja isento da pena de multa por encontrar-se desempregado, porquanto a pena pecuniária é parte integrante da condenação, juntamente com a pena privativa de liberdade.

Pelo exposto, desclassifico, de ofício, a conduta imputada aos réus de pecu-

lato-furto (art. 312, CPB) para estelionato qualificado (art. 171, § 3º, CPB), condenando-os nas penas deste crime, como acima exposto.

Outrossim, acolhendo os fundamentos fáticos expostos pelo MPF, dou parcial provimento ao seu recurso, para condenar a ré Myrle Nelma Lima da Costa às penas do art. 171, § 3º, do CPB.

Ademais, dou parcial provimento à apelação do réu Walter Ferreira Ribeiro, tão-somente para substituir a pena corporal que lhe foi imposta por duas restritivas de direitos, tal como fixado pela ilustre Relatora.

De outro lado, nego provimento à apelação de Estelita Cardoso Quaresma.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, mantenho a sentença pelos próprios fundamentos. No caso, então, nego provimento ao apelo do Ministério Público e ao apelo dos acusados Walter Ferreira Ribeiro e Estelita Cardoso Quaresma.

Notas

¹ “É de se desclassificar o crime de peculato para estelionato, visto como a ação dos agentes não consistiu na apropriação, desvio ou furto de dinheiro ou bem, de que, aliás, não tinham posse, mas no emprego de meio fraudulento com vista à consecução de proveito ilícito, em prejuízo da autarquia. No peculato próprio, definido no *caput* do art. 312 do CP, a ação do agente consiste no apropriar-se ou no desviar o dinheiro ou bem móvel de que tem a posse em razão do cargo. Na figura do § 1º, ele subtrai o dinheiro ou bem, embora dele não tenha a posse, ou concorre para que seja subtraído, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Não ocorreu, no caso vertente, apropriação, desvio ou furto, mas o emprego de meio fraudulento com vistas à consecução de proveito ilícito, em prejuízo da autarquia; a nota dominante foi o ardil, o logro, a burla, com a qual se pode dar por configurado o delito de estelionato.” (TFR; AC; Relator Torreão Braz; Bol. ADV 979 in Franco, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 2: parte especial/Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 2.859).

² Trecho extraído do parecer elaborado pelo Dr. João Pedro de Sabóia Bandeira de Mello Filho, representante do MPF, nos autos da ACr 2000.02.01.052381-5/RJ; TRF-2ª Região; 2ª Turma; Relator Des. Federal Paulo Espírito Santo, DJ de 13/11/01.

³ Stoco, Rui in Franco, Alberto Silva et al. Obra citada, p. 3.813.

⁴ Trecho extraído do parecer elaborado pelo Dr. João Pedro de Sabóia Bandeira de Mello Filho, representante do MPF, nos autos da ACr 2000.02.01.052381-5/RJ; TRF-2ª Região; 2ª Turma; Relator Des. Federal Paulo Espírito Santo, DJ de 13/11/01.

⁵ *Penal. Peculato. CP, art. 312. Posse lícita do bem apropriado pelo servidor. Ausência. Utilização de fraude ou outro ardil. Desclassificação. Estelionato. CP, art. 171.*

Consoante o regramento do art. 312 do CP, para a caracterização do delito de peculato é imprescindível

que o agente, em razão do cargo público por ele titularizado, tenha a posse lícita do bem apropriado. *A contrario sensu*, afigurando-se a posse viciada em sua origem, ou seja, tendo o servidor a adquirido mediante fraude ou outro ardil, o crime perpetrado será de estelionato, uma vez que neste o dolo antecede a posse da coisa (art. 171 do CP). (TRF-4ª Região; AC 2002.04.01.029132-2/SC; 8ª Turma; Relator Des. Federal Luiz Fernando Wovk Penteado; DJ de 05/05/04).

⁶ Noronha, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2º v., 15ª ed., São Paulo:Saraiva, 1979, p. 398.

⁷ Nelson Hungria assim leciona: “Na estrutura do crime, apresentam-se, portanto, quatro momentos, que se aglutinam em relação de causa a efeito: a) emprego de fraude (isto é, de ‘artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento’); b) provocação ou manutenção (corroboração) de erro; c) locupletação ilícita; d) lesão patrimonial de outrem”.

Quinta Turma

Apelação Cível

2002.38.00.023289-6/MG

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

Apelante: Junta Comercial do Estado de Minas Gerais

Procuradora: Dra. Catarina Barreto Linhares

Apelada: Construtora Liderança Ltda.

Advogado: Dr. José Carlos Cabral Linhares

Interessada: Minas Casa Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Publicação: DJ 2 de 1º/06/06

Ementa

Ação de cessação de uso de nome comercial. Junta comercial do Estado. Ausência de interesse. Competência da Justiça Estadual.

I. No caso, verifica-se que não há contestação a ato praticado pela Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, mas disputa entre duas empresas pelo direito de uso de nome comercial.

II. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que prevalece a “competência da Justiça Federal, nos processos em que figuram como parte a Junta Comercial do Estado, somente nos casos em que se discute a lisura do ato praticado pelo órgão, bem como nos mandados de segurança impetrados contra seu presidente, por aplicação do art. 109, VIII, da Constituição Federal, em razão de sua atuação delegada” (STJ. 3ª Turma. REsp 678405/RJ. Relator: Ministro Castro Filho. Data do julgamento: 16/03/06. DJ de 10/04/06, p. 179).

III. “Se o litígio versa sobre abstenção de uso de nome comercial, apenas por via reflexa será atingido o registro efetuado na junta comercial, o que afasta

o interesse da União. Portanto, o processo deverá ter curso perante a Justiça do Estado” (STJ. 2ª Seção. CC 37386/PR. Relator: Ministro Castro Filho. Data do julgamento: 14/05/03. DJ de 09/06/03, p. 168).

IV. Anulam-se a sentença e demais atos decisórios (art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil), determinando-se a remessa dos autos a uma das varas da Comarca de Belo Horizonte/MG, juízo que detém competência para processo e julgamento da causa.

V. Apelação prejudicada.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, anular a sentença e demais atos decisórios, determinando a remessa dos autos a uma das varas da Comarca de Belo Horizonte, e julgar prejudicada a apelação, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 03/05/06.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Na sentença, de fls. 68, extinguiu-se o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, condenando-se a autora a pagar à ré Junta Comercial do Estado de Minas Gerais honorários advocatícios fixados em R\$ 100,00 (cem reais).

Apela a junta comercial, alegando que o valor arbitrado pelo MM. juiz é aviltante, considerando o disposto na tabela de honorários advocatícios da Ordem dos Advogados do Brasil, pugnando, pois, pela reforma da sentença, a fim de que se eleve a verba honorária ao patamar mínimo de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Não foram oferecidas contra-razões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Construtora Liderança Ltda. ajuizou ação ordinária de nulidade contra a Junta Comercial do Estado de

* N.E.: Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Sousa Oliveira (convocado).

Minas Gerais e Minas Casa Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Nas razões iniciais, alega-se que a expressão Minas Casa, elemento distintivo da empresa Minas Casa Empreendimentos Imobiliários Ltda., “colide claramente com a marca registrada da autora”.

Sustenta-se, ainda, que “a autora, ao tomar conhecimento de que a 2ª ré vem-se utilizando da marca de sua titularidade, notificou a mesma para se abster da contrafação e, como não houve qualquer manifestação da mesma, outra alternativa não lhe resta senão a propositura da presente ação”.

O pedido é para que haja cessação do uso da marca Minas Casa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que prevalece a “competência da Justiça Federal, nos processos em que figuram como parte a junta comercial do Estado, somente nos casos em que se discute a lisura do ato praticado pelo órgão, bem como nos mandados de segurança impetrados contra seu presidente, por aplicação do art. 109, VIII, da Constituição Federal, em razão de sua atuação delegada” (STJ. 3ª Turma. REsp 678405/RJ. Relator: Ministro Castro Filho. Data do julgamento: 16/03/06. DJ de 10/04/06, p. 179).

No caso, verifica-se que não há contestação a ato praticado pela Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, mas disputa entre duas empresas pelo direito de uso de nome comercial.

O STJ já se pronunciou sobre o tema:

Conflito de competência. Justiça Estadual e Federal. Ação de abstenção de uso de nome comercial. Junta comercial.

Se o litígio versa sobre abstenção de uso de nome comercial, apenas por via reflexa será atingido o registro efetuado na Junta Comercial, o que afasta o interesse da União. Portanto, o processo deverá ter curso perante a Justiça do Estado. (...) (STJ. 2ª Seção. CC 37386/PR. Relator: Ministro Castro Filho. Data do julgamento: 14/05/03. DJ de 09/06/03, p. 168).

Ante o exposto, anulo a sentença e demais atos decisórios (art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil) e determino a remessa dos autos a uma das varas da Comarca de Belo Horizonte/MG, juízo que detém competência para processo e julgamento da causa.

Apelação prejudicada.

É o voto.

Sexta Turma

Apelação Cível

2003.34.00.013411-4/DF

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

Apelante: Champion Farmoquímico Ltda.

Advogados: Dr. Estevão Ruchinski e outro

Apelada: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 de 22/05/06

Ementa

Apelação cível. Administração. Ato administrativo. Licença para fabricação de medicamento veterinário. Portaria. Ministério da Agricultura 301/96.

I. Embora a Portaria 301/96 do Ministério da Agricultura assegure o direito à contraprova em caso de laudo desfavorável à empresa detentora de licença para fabricação de medicamento veterinário, a violação de tal direito não tem como conseqüência o cancelamento do ato administrativo, e a conseqüente autorização de venda de produto considerado nocivo à saúde dos rebanhos nacionais, tendo em vista o princípio da precaução e da primazia do interesse público, que deve imperar em matérias relativas à saúde e ao meio ambiente.

II. A conseqüência da ilegalidade seria a determinação de que fosse corretamente conduzido o procedimento, com a realização da necessária contraprova, administrativamente ou mediante perícia judicial, providência esta que foi frustrada pela própria autora, que desistiu da ação ordinária ajuizada contemporaneamente à época dos fatos, dias após a determinação pelo juízo de que fosse feita a referida prova, e somente ajuizou a presente ação após o fim do prazo de validade das amostras colhidas para a realização da contraprova.

III. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 08/05/06.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Trata-se de apelação cível interposta por Champion Farmoquímico Ltda. em face de sentença que julgou improcedente o seu pedido deduzido em ação ordinária, pelo qual objetivava a anulação do ato administrativo de cancelamento da Licença 567/88 para fabricação do produto Rumivac Antihelmíntico Injetável.

A sentença (fls. 148/151) entendeu deva prevalecer a decisão de cancelamento da licença para fabricação do produto, pois fundamentada em laudo oficial, que concluiu pela existência de contaminação bacteriana (*clostridium tetani*) em todos os frascos testados; que não houve violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois a empresa foi regularmente notificada da decisão de cancelamento, teve conhecimento do inteiro teor do laudo elaborado por órgão oficial, não interpôs recurso administrativo e, antes de se tornar definitivo o laudo impugnado, não promoveu, na esfera judicial, a tramitação de processo judicial para assegurar a observância do procedimento de revisão previsto na norma reguladora, tendo desistido da ação na qual fora deferida tutela antecipada para a realização de contraprova (Processo 2001.34.00.026094-7).

Inconformada, a apelante (fls. 155/171) narra que o Ministério da Agricultura e Abastecimento, atendendo a apelo de fazendeiro riograndense, realizou análise microbiológica pelo Laboratório Regional de Apoio Animal (Lara/RS) do produto Rumivac, acusado de ser o causador da morte de animais em sua fazenda.

Alega que os animais não morreram em razão da administração do Rumivac. Isso é certo, pois, por determinação do Juízo da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel (RS), foi realizada análise microbiológica pelo Lara, em Porto Alegre (RS), nos animais que se disse haverem morrido após a aplicação do produto por ela fabricado, e que o laudo atestou a ausência de contaminação por *clostridium tetani* e toxina tetânica nos tecidos extraídos dos animais mortos.

Com relação ao laudo do Lara/RS que ensejou o cancelamento do registro do Rumivac, argumenta que o procedimento de coleta de amostras do produto pela Delegacia Federal de Agricultura em Goiás ocorreu no dia 06/07/01, e que só no dia 1º/08/01 foi cientificada do resultado da análise, cujas informações foram contraditórias, motivo pelo qual requereu, junto ao laboratório, a análise da contraprova, com o fim de demonstrar que a partida 03/01 do produto não estava contaminada.

Questiona a metodologia utilizada pelo Lara/RS, feita com base numa

pesquisa de *clostridium*, que, entende, carece de cientificidade para certificar a qualidade do produto, não tendo observado o disposto no art. 21, inciso II, alínea *b*, da Portaria 301 do Ministério da Agricultura, Abastecimento e Reforma Agrária, quanto às exigências de procedimento inicial de teste de esterilidade, pirogênio e toxidade no produto.

Prossegue afirmando que seus produtos se enquadram no Decreto 96.607, de 30/08/88, nas normas e condições estabelecidas na Farmacopéia Brasileira, no disposto na Portaria 301/96 do Ministério da Agricultura e que o laudo apresentado desobedeceu estes critérios, valendo-se de metodologia imprópria.

Alega que no dia 08/08/01, isto é, dentro do prazo legal, protocolou pedido de análise da contraprova, objetivando preservar o devido processo legal, como também o contraditório e a ampla defesa e que o laudo realizado unilateralmente pela apelada, por intermédio do Lara, somente deveria adquirir força de prova caso não requerida, oportunamente, a análise da contraprova. Não tendo ela sido feita a despeito de tempestivamente requerida, impõe-se, no seu entender, a invalidação do ato administrativo que cancelou a licença.

Em relação ao fundamento acolhido pela sentença de que a contraprova determinada em antecipação de tutela no Processo 2001.34.00.026094-7 não foi feita em razão da desistência da ação pela própria autora, argumenta que desistiu da ação porque não havia requerido, naquela oportunidade, a realização de contraprova, mas a antecipação de tutela para o efeito de revogar o cancelamento do registro (fls. 165). Sustenta que tal prova passou a ser desnecessária, porque comprovado que os animais que ensejaram a suspeita de contaminação do produto não morreram infectados por tétano e que a desistência da ação não acarreta a coisa julgada material.

Registro, ainda, que a Champion apresentou laudo do Departamento de Microbiologia, Imunologia, Parasitologia e Patologia da Universidade Federal de Goiás, datado de 25 de junho de 2001, com amostras coletadas na empresa, da partida 03/01 do produto, fabricada em abril de 2001, que atesta a isenção de bactérias, fungos e leveduras na amostra analisada (cf. doc. fls. 17) e laudo de laboratório particular, Medlab (fls. 16), que também informa não terem sido encontradas anormalidades nas amostras analisadas.

Em contra-razões (fls. 175-178), a União reitera que não houve violação a nenhum dos princípios constitucionais indicados e que a apelante não pediu a realização da contraprova (repetição do procedimento utilizado na prova), mas apenas que fosse efetuada a análise com vistas na determinação de inocuidade, pirogênio e esterilidade no produto analisado.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — A apelante é empresa do ramo da indústria e comércio de produtos veterinários, situada em Anápolis/GO, responsável pela fabricação do produto denominado Rumivac – Antihelmíntico Injetável, vermífugo destinado ao uso veterinário para bovinos e ovinos, registrado sob o número 567/88 no Ministério da Agricultura e do Abastecimento.

Teve cancelada a licença para fabricação do referido vermífugo no dia 30 de julho de 2001 (fls. 12), em razão da contaminação da partida 03/01 do produto, fabricada em abril de 2001, pela bactéria *clostridium tetani*, agente causador do tétano, confirmada pelo laudo de Análise Microbiológica realizado pelo Laboratório Regional de Apoio Animal – Lara/RS (fls. 60/64).

O primeiro laudo, noticiando contaminação do produto, foi apresentado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no dia 9 de julho de 2001, utilizou 6 frascos do Rumivac, recebidos no dia 25 de junho de 2001, da partida 3/01, fabricada em abril de 2001, concluindo que o componente do Rumivac, denominado disofenol, por si só, é um produto químico necrosante no local de administração e, desta forma, favorece o aparecimento do *clostridium tetani*, e que, juntamente com a presença dos bacilos encontrados no produto, haveria “grande probabilidade de ser a causa da infecção de uma parte do rebanho e provavelmente a não-ocorrência no restante do rebanho foi possível, pois nem todos os frascos apresentavam contaminantes” (fls. 71/72).

O segundo laudo, apresentado por órgão oficial, o Laboratório Regional de Apoio Animal Lara/RS (doc. fls. 60/64), em 27 de julho de 2001, que ocasionou o cancelamento da licença para produção do Rumivac, foi realizado com amostras oriundas de colheita oficial, retém da indústria e adquiridas em casas comerciais, num total de 27 frascos da partida 03/01, fabricada em abril/01.

Neste, três tipos de pesquisas foram realizados: 1) pesquisa da presença de germes, com a conclusão de contaminação bacteriana nos frascos analisados, 2) pesquisa de toxicidade e patogenicidade, com a conclusão de que as culturas analisadas são toxigênicas e patogênicas e 3) pesquisa da toxina tetânica, que concluiu pela presença de toxina tetânica.

No dia 8 de agosto de 2001, ou seja, menos de dez dias da notificação do ato de cancelamento da licença para fabricação do Rumivac, a autora solicitou a

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Moacir Ferreira Ramos (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente.

realização de contraprova, com fundamento no art. 27, Portaria 301/96, requerendo fossem feitos os métodos oficiais de testes de inocuidade, pirogênio e esterilidade para demonstrar a pureza do vermífugo e infirmar as conclusões do laudo oficial (doc. fls. 14).

A contraprova requerida não foi, todavia, realizada, tendo em vista a justificativa técnica apresentada pelo Lara/RS, em 28 de agosto de 2001, para o indeferimento à solicitação da empresa para realização da contraprova (doc. fls. 121/123), nos seguintes termos:

No caso em foco, por tratar-se de surto de enfermidade grave com característica zoonótica, o Lara/RS não se restringiu às metodologias destinadas ao controle oficial rotineiro para confirmação da suspeita.

Para tanto foram realizados diferentes ensaios não constantes do laudo final de análise que nos proporcionaram o discernimento técnico para a escolha das metodologias mais apropriadas, entre as internacionalmente aceitas, o que culminou com a comprovação da produção de toxina tetânica pelo agente isolado das amostras analisadas.

Para avaliação do produto Rumivac relacionado ao surto de tétano, não é apropriada a sugestão do Laboratório Champion Farmoquímico Ltda., no que se refere à indicação das determinações de inocuidade e pirogênio, que não são relevantes ou de interesse para a elucidação deste caso específico, bem como o uso da metodologia da farmacopéia brasileira para testes de esterilidade pelo método direto ou método de filtração por membrana, os quais apresentam as seguintes limitações (...)

Ciente de que não seria realizada a contraprova requerida administrativamente e de que o produto tivera a licença cancelada (cf. docs. fls. 12 e 16), a autora ajuizou a Ação Ordinária 2001.26094-7, na qual foi deferida antecipação de tutela “para determinar à ré a realização da contraprova tempestivamente requerida pela autora” (fls. 24/27).

Nesta decisão, proferida em 27/09/01, pelo Juiz Marcos Augusto de Sousa, foi assinalada a impossibilidade de deferimento da antecipação de tutela para o pretendido efeito de suspender o cancelamento da licença do produto, já que a questão dependia de conhecimentos técnicos e havia laudo oficial considerando-o contaminado, mas entendendo não haver margem de discricionariedade para o deferimento da contraprova requerida em tempo hábil, e que “não se pode desconsiderar a possibilidade de a amostra da contraprova já não mais apresentar condições para o exame quando vier a transitar em julgado a sentença (...)", foi antecipada a tutela para determinar a realização da contraprova, cuja ausência era o fundamento do pedido deduzido naquela ação, como o é na presente ação.

Poucos dias após, em 04/10/01 (fls. 28), foi homologada a desistência da ação, em evidência inequívoca de que a autora não pretendia submeter-se à

contraprova.

Alega a apelante que desistiu da ação, porque a contraprova não mais era necessária, já que laudo do Lara/RS comprovava que os animais de determinado fazendeiro não haviam morrido contaminados por tétano. Ocorre que não foram apenas os animais testados os suspeitos de morte por este motivo, conforme se verifica das informações prestadas pela Coordenação de Produtos Veterinários a fls. 54/56, que registra o óbito de 300 animais naquela época e a existência de eventos anteriores, em 1979, atestados por médicos veterinários (fls. 74/87). Ademais, o fundamento para o cancelamento da licença foi laudo oficial do Lara que atestou a contaminação do produto, o qual não é infirmado pelos laudos encomendados unilateralmente pela empresa (fls. 17/18). Somente a realização de contraprova, da qual expressamente desistiu a apelante, ao desistir da ação ordinária, seria meio idôneo a demonstrar o desacerto do laudo do Lara.

Observo que a alegada violação ao princípio do devido processo legal, em razão do indeferimento da contraprova, sustentada como fundamento único da presente ação ordinária, assim como o fora da Ação Ordinária 2001.26094-7, não teria como consequência o cancelamento do ato administrativo, e a venda de produto considerado nocivo à saúde dos rebanhos nacionais, tendo em vista o princípio da precaução e da primazia do interesse público, que deve imperar em matérias relativas à saúde e ao meio ambiente.

A consequência da ilegalidade consistente no indeferimento da contraprova seria a determinação de que fosse corretamente conduzido o procedimento, com a realização da necessária contraprova, administrativamente ou mediante perícia judicial, o que, em 2001, era perfeitamente possível, porque o prazo de validade das amostras, constantes da Partida 03/01, era de 3 anos, a contar de data da fabricação, em abril/01 (cf. doc. fls. 18).

A autora desistiu, todavia, da ação, assumiu expressamente o seu desinteresse na realização da contraprova e, em maio de 2003, após o fim do prazo de validade das amostras, ajuizou a presente ação ordinária em que sustenta como única causa de pedir o indeferimento da contraprova.

Incensurável, portanto, a sentença apelada. A contraprova que, na inicial, afirma imprescindível foi frustrada por força de ato dela própria que desistiu da Ação Ordinária 2001.26094-7 e somente ajuizou a presente ação mais de três anos após a data de fabricação das amostras, impossibilitando, portanto, a sua realização.

Ademais, não é apenas a contaminação por *clostridium tetani* que pesa contra o produto da apelante. No mesmo ano em que detectada a contaminação, o Ministério da Agricultura e do Abastecimento havia solicitado à empresa, por meio do Ofício 339, de 22 de fevereiro de 2001 (fls. 116), que se adequasse às exigências constantes no art. 10 da Portaria Ministerial 301/96.

Tais exigências dizem respeito às condições de assepsia da área destinada à fabricação e manipulação de produtos farmacêuticos injetáveis e isto porque, em inspeção realizada pela Delegacia Federal de Agricultura de Goiás, no dia 07/02/01 (doc. fls. 113/114), consta que a empresa teria terceirização total dos injetáveis pelo Laboratório Jofadel, em Varginha/MG, fabricando-o, portanto, fora de sua sede, que fica em Anápolis/GO.

Foi fixado prazo de 45 dias para que a Champion se adequasse a estas exigências, conforme disposto no art. 7º do regulamento aprovado pelo Decreto 1662, de 06/10/95, mas, em 10 de maio de 2001, requereu dilação do prazo para adequar suas instalações (doc. fls. 118), o que não se sabe se chegou a ser cumprido.

Também não se encontra esclarecida, nestes autos, a séria declaração da Jofadel Indústria Farmacêutica Ltda. (doc. fls. 91) de que nunca fabricou o produto Rumivac para a apelante e de que desconhece o motivo pelo qual consta seu nome como fabricante do produto no rótulo, rótulo este aprovado quando do licenciamento do Rumivac (fls. 89).

Por fim, observo que o laudo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (fls. 71/72) e também as informações prestadas pela Coordenação de Produtos Veterinários do Departamento de Defesa Animal (fls. 56) afirmam que há um componente no Rumivac, denominado disofenol, que, por si só, é um produto químico necrosante no local de administração, facilitando a contaminação, questão que deverá ser cuidadosamente analisada caso a apelante solicite novo registro do produto.

Todas estas informações corroboram o acerto do laudo oficial que atestou a contaminação do produto, que não se sabe foi produzido dentro ou fora da sede da empresa, cujas instalações, à época do incidente, careciam de área asséptica, mas, que, em razão do decurso do tempo, não pode ser agora comprovada.

Não tendo a autora logrado demonstrar a inexistência das irregularidades que justificaram o cancelamento de sua licença, é improcedente o pedido deduzido na inicial. Restará a ela, caso assim o queira, submeter-se a novo procedimento para o licenciamento do produto, em observância ao disposto na Portaria Ministerial 301/96, o que em nenhum momento lhe foi negado, conforme se verifica do parecer de fls. 56.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Sétima Turma

Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 2005.01.00.043938-9/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravante: José Mohamed Janene

Advogados: Dra. Celi Depine Mariz Delduque e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Embargante: Fazenda Nacional

Publicação: DJ 2 de 19/05/06

Ementa

Processual Civil. Agravo de instrumento. Medida cautelar fiscal. Embargos de declaração. Bem de família. Propriedade de mais de um imóvel residencial. Art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.009/90. Julgamento extra petita incorrente. Omissão parcialmente existente.

I. Não há que falar em omissão, se a matéria foi expressamente decidida, porém em sentido diverso do pretendido pela embargante.

II. Verificada, porém, omissão quanto à análise do parágrafo único do art. 5º da Lei 8.009/90, cabe supri-la, mas sem alteração do julgado, posto que tal dispositivo legal aplica-se apenas na hipótese de o casal ou entidade familiar *possuir e utilizar* dois ou mais imóveis como residência, fato cuja prova é ônus do credor, não incidindo a norma em causa pelo só fato de o credor ser proprietário de dois ou mais imóveis residenciais, residindo, porém, num só deles.

III. Não ocorre julgamento *extra petita* no acórdão que manda excluir da indisponibilidade o subsídio parlamentar e a verba indenizatória do exercício parlamentar, se a parte, embora falando apenas em subsídios, pretende liberar os depósitos feitos nas duas contas bancárias onde são creditadas tais verbas.

IV. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, para suprir a omissão, sem alteração do resultado do julgamento anterior.

Acórdão

Decide a Turma acolher parcialmente os embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional, por maioria.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 09/05/06.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional a fls. 141/146, em face de acórdão da 7ª Turma desta Corte que restou assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Agravo de instrumento. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade que recaiu sobre bem de família, subsídios e verba indenizatória recebidos pelo exercício de mandato parlamentar. Perda superveniente e parcial do objeto do agravo de instrumento.

1. A medida cautelar fiscal, prevista na Lei 8.397/92, poderá ser requerida contra sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, nas hipóteses elencadas em seu art. 2º.

2. Demonstrado, nos autos, que a indisponibilidade deferida atingiu bem de família, impenhorável, nos termos do que dispõe a Lei 8.009/90, deve o mesmo ser excluído da referida restrição, o mesmo ocorrendo com a verba indenizatória paga pela Câmara dos Deputados, em razão do exercício de mandato parlamentar, na forma do Ato da Mesa da Câmara dos Deputados 62, de 05/04/01, regulamentado pela Portaria 16, de 2003, da Presidência daquela Casa, e que, destinando-se, de acordo com os seus atos instituidores, ao ressarcimento de despesas pagas pelo parlamentar e decorrentes do exercício do mandato parlamentar, não pode sofrer dita restrição, sob pena de prejudicar o próprio exercício do mandato.

3. Em face da reconsideração parcial da decisão agravada, para determinar o desbloqueio dos subsídios do agravante, ocorre a perda superveniente e parcial do objeto do agravo, no particular.

4. Sigilo do processo levantado, por acordo das partes, em sessão da Turma, apenas para este julgamento.

5. Agravo de instrumento provido, para excluir da indisponibilidade decretada na medida cautelar fiscal referida na minuta deste agravo o imóvel onde reside o agravante, e os valores por ele recebidos, no exercício de mandato parlamentar, a título de verba indenizatória do exercício parlamentar.

6. Prejudicado o pedido referente ao desbloqueio dos valores recebidos a título de subsídios. (Fls. 126).

Alega a embargante que o acórdão não se pronunciou acerca da possibilidade de tornar indisponível bem de família, uma vez que a constrição cautelar de que se cuida (indisponibilidade) *não* importa em desnaturação da impenhorabilidade legal que protege o bem de residência, tendo dito entendimento restado acolhido no voto vogal, ao fundamento de que “não se pode confundir indisponibilidade

com penhorabilidade ou impenhorabilidade” (fls. 142), razão pela qual pode o bem de família ser tido por indisponível, em sede de cautelar fiscal, não obstante a sua impenhorabilidade no processo de execução de dívida tributária, a teor do que dispõe o art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei 8.397/92, “que não faz qualquer diferenciação relativamente ao tipo de bem sobre o qual incida a indisponibilidade, bastando que este detenha capacidade de equivalência com a dívida” (fls. 142), tanto mais que a comprovação da condição de ser o imóvel bem de família depende de ampla dilação probatória.

Assevera haver omissão, também, em relação à determinação contida no parágrafo único do art. 5º da Lei 8.009/90, segundo o qual, em havendo vários imóveis de propriedade do casal, hipótese dos autos, a impenhorabilidade deverá recair sobre o de menor valor.

Aduz que “o agravante impugna a decisão de primeiro grau quanto à decretação da indisponibilidade sobre bem imóvel dito de família, e, ainda, *sobre o subsídio recebido em função do exercício parlamentar*” (fls. 144, grifei), tendo o julgado embargado afastado a indisponibilidade sobre a chamada “verba indenizatória do exercício parlamentar”, verba essa que, no entanto, não compõe o subsídio do parlamentar, o que ensejou “evidente julgamento *extra petita*, contrariando o disposto nos arts. 128, 460 e 512 do CPC” (fls. 145), devendo, portanto, ser decotado do acórdão embargada qualquer referência à verba em questão.

Assim, requer sejam os embargos conhecidos, “pronunciando-se acerca das omissões apontadas, ao menos para fins de prequestionamento das normas acima mencionadas” (fls. 145).

A fls. 151/160, o embargado, intimado a manifestar-se, pugna pela rejeição dos embargos, ao fundamento de que inexistente omissão no julgado, pretendendo a embargante, em verdade, “*promover nova análise do julgamento, o que é vedado pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência*” (fls. 153, negrito).

No que tange à alegação de que a indisponibilidade não se confunde com impenhorabilidade, sustenta que o acórdão embargado enfrentou a matéria, tanto que, nas próprias razões dos embargos, a “Fazenda Nacional transcreve trecho do voto do Relator que expressamente analisa a questão” (fls. 152).

Já quanto à afirmação de que o imóvel a ser protegido pela impenhorabilidade deve ser o de menor valor, e que haveria necessidade de ampla prova para demonstração de ser o imóvel bem de família, “essas questões foram ultrapassadas pelo próprio reconhecimento no julgado da sua condição de bem de família” (fls. 153), estando pacificado, ademais, perante o STJ, o entendimento no sentido de que “é impenhorável o imóvel que serve de residência, independente (*sic*) se o devedor possui outros imóveis com a mesma natureza” (fls. 155), sendo que, para a

aplicação do art. 5º da Lei 8.009/90, “não basta a existência de mais de um imóvel de natureza residencial em nome do devedor com valores diferentes. *É imprescindível que os imóveis sejam efetivamente utilizados como residência permanente*” (fls. 155/156, grifado). Ressalta que a tese da embargante não prospera, também, uma vez que “possui apenas um imóvel de natureza residencial *e parte de outro* (50% como reconhece a própria Fazenda Nacional), que não é utilizado como sua moradia efetiva (fls. 157, grifado).

De outro lado, no que diz respeito à natureza da verba indenizatória, restou expressamente reconhecido no voto, a fls. 153, que referida verba indenizatória é destinada a despesas de gabinete, *devendo acompanhar o subsídio no seu conceito genérico*, uma vez que tem ela a função de “ressarcir o subsídio do parlamentar utilizado para financiar a atividade legislativa” (fls. 159), não havendo como não considerá-la como salário para fins de indisponibilidade.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Alega a embargante omissão no julgado, ao não se pronunciar sobre a possibilidade de tornar indisponível bem de família, por não se confundir indisponibilidade com impenhorabilidade. Aduz que também foi omissa o acórdão ao não analisar o disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei 8.009/90, posto que, “não obstante sustente o agravante que o bem imóvel descrito na petição recursal seja o único destinado à residência de sua família, a existência de vários outros bens imóveis de sua propriedade, inclusive adquiridos em sociedade com sua cônjuge Stael F. R. Lima, que, em tese, poderiam servir para fins residenciais, põe em dúvida a impenhorabilidade do bem em questão” (fls. 43).

Tenho que, quanto à primeira alegação, não se constata a suposta omissão, de vez que, posto o argumento na contraminuta (fls. 106), foi rejeitado no voto condutor, como se lê a fls. 121, *in verbis*:

Ora, objetivando a ação cautelar fiscal prevenir a garantia de débito já constituído, em fase de execução ou não, mostra-se descabido tornar indisponível bem que não poderá ser objeto de penhora na execução.

Assim, tem-se, no particular, mera inconformidade da agravante com o decidido, o que, entretanto, deve ser posto pela via recursal adequada.

Já no tocante ao disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei 8.009/90,

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e a Exma. Sra. Juíza Daniele Maranhão Costa (convocada). Ausente, por motivo de férias regulamentares, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

invocado na contraminuta (fls. 107), houve, realmente, omissão de sua análise no voto, razão pela qual passo a decidir a questão.

Tenho, porém, que não assiste razão à embargante, no particular, de vez que o citado dispositivo legal trata apenas da “hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência”, hipótese em que a indisponibilidade recairá sobre o de menor valor. Não é, pois, o caso de alguém ser proprietário de vários imóveis residenciais, mas de utilizar apenas um deles como sua residência.

Essa circunstância, por outro lado, constitui, ao meu ver, fato extintivo, que ao credor incumbe provar, o que, *in casu*, não ocorreu. Registro que, embora o agravante tenha, declaração de renda, informado seu endereço residencial como sendo apartamento nesta Capital (fls. 48), não se exclui a possibilidade de que se trate de imóvel funcional, a que tem direito como deputado federal. Tanto que a agravada não indica esse bem como aquele que deva ser considerado bem de família, indicando outro, situado na cidade de Matinhos/PR, possuído em condomínio com sua companheira, mas onde não consta que o agravante resida ou haja residido.

Não se verifica, por outro lado, o alegado julgamento *extra* ou *ultra petita*. De fato, embora o agravante houvesse, por impropriedade técnica, usado apenas o termo subsídios, não há dúvida de que pretendeu excluir da indisponibilidade também a verba chamada “verba indenizatória do exercício parlamentar”, a qual, segundo a declaração de fls. 44, é depositada na conta corrente 278.736-9 da agência 3596-3, do Banco do Brasil S/A, e o agravante, como se lê a fls. 7, insurge-se, no agravo, contra o bloqueio efetivado nos saldos dessa conta, assim como da conta 268.736-4, da mesma agência, esta destinada a receber o crédito do subsídio, em sentido estrito.

Isso posto, o voto é pelo *acolhimento parcial dos embargos*, para suprir omissão quanto à análise do parágrafo único do art. 5º da Lei 8.009/90, mas sem alteração do resultado do julgamento anterior.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Não havendo confusão conceitual da indisponibilidade com a impenhorabilidade, nem a medida cautelar fiscal cuidando de impenhorabilidade ou tampouco visando à imediata penhora dos bens tornados indisponíveis, penso que não se pode retirar da indis-

ponibilidade, prevista em lei, o bem de família, sob pena de se abrir um pretexto para eventuais fraudes mediante a alienação, que não é vedada, do bem de família pelo seu proprietário e, assim, sucessivamente tornando indisponíveis outros possíveis bens que passe a ocupar como residência. Não vejo antinomia na indisponibilidade de bem de família, por não haver confusão nem pedido, no caso, de impenhorabilidade. A indisponibilidade inclusive do bem de família deve ser também imponível e necessária até mesmo para preservar a situação da própria família, conforme o caso. Com a devida vênia, dou provimento parcial também aos embargos, mas com efeitos modificativos, para manter na indisponibilidade também o bem de família tido por impenhorável, na forma do parágrafo único do art. 5º da Lei 8.009/90.

Oitava Turma

Apelação Cível

2002.38.00.052624-5/MG

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

Apelantes: Nelson Antônio de Pádua Faria e outros

Advogados: Dr. José Moamedes da Costa e outro

Apelante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Apelados: Os mesmos

Remetente: Juízo Federal da 22ª Vara/MG

Publicação: DJ 2 de 12/05/06

Ementa

Processual Civil. Tributário. Imposto de Renda. PDV. Parcelas indenizatórias. Ônus da prova. Prescrição. Fato gerador. Situação de fato. Art. 116, I, do CTN. Programa de incentivo à demissão voluntária. Impossibilidade de incidência.

I. Constitui ônus da União a prova de ter havido compensação ou restituição do Imposto de Renda indevidamente recolhido; a uma, por se tratar de fato extintivo de direito, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil; a duas, por ser a União gestora do mecanismo de recolhimento do tributo, devendo ter controle sobre o que foi recolhido e restituído, discriminadamente.

II. Em situações de fato, como na espécie, o fato gerador ocorre no momento da cobrança ou retenção na fonte indevida do tributo, apesar de inexistência de lei autorizando a cobrança (art. 116, I, do CTN).

III. Nos casos em que o lançamento do tributo se processar por homologação tácita, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, a contagem do prazo prescricional de que trata o art. 168, I, do CTN, somente começa a fluir após o decurso de cinco anos do pagamento antecipado do tributo, ocasião em que se dá a efetiva extinção do crédito tributário vinculado à condição resolutiva. Portanto, torna-se exigível a restituição do tributo indevido, dentro do decêndio anterior à propositura da ação. No caso do Imposto de Renda, o lançamento do crédito tributário se dá não pela retenção do tributo na fonte, mas pela entrega da declaração anual por parte do contribuinte.

IV. Na hipótese específica da incidência do Imposto de Renda na fonte sobre verbas indenizatórias recebidas pela adesão a programas de desligamento voluntário – PDV, há de se considerar a interrupção do prazo prescricional decorrente do inequívoco reconhecimento do direito pelo devedor consubstanciado na Instrução Normativa SRF 165/98.

V. As verbas provenientes da adesão aos planos de incentivo ao desligamento voluntário possuem natureza indenizatória, não determinando acréscimo patrimonial, mas compensação pela perda do posto de trabalho, não estando, por essa razão, sujeitas à incidência do Imposto de Renda, a teor da Súmula 215 do Superior Tribunal de Justiça.

VI. Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional a que se nega provimento. Apelação dos autores a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional e dar provimento ao recurso dos autores, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 21/03/06.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas da sentença que – nos autos da ação ordinária de repetição de indébito, ajuizada por Nelson Antônio de Pádua Faria e outros em face da União – julgou procedente o pedido em relação a Roberto Pascoal Gonçalves, para condenar a União à restituição dos valores recolhidos a título de Imposto de Renda sobre a verba referente ao abono pecuniário, que recebeu pela adesão ao programa de demissão voluntária patrocinado pela Companhia Vale do Rio Doce,

corrigidos monetariamente pelo IPC/INPC, Ufir e Taxa Selic, com inclusão dos expurgos inflacionários. Acolheu a preliminar de prescrição decenal em relação aos demais autores, deixando de condená-los ao pagamento de custas e honorários advocatícios, por serem beneficiários da assistência judiciária.

Apelam os autores, sustentando não ter ocorrido a prescrição, tendo em vista que não existindo lei que determine a aplicação do Imposto de Renda, logo, d.m.v., não há fato gerador.

Alternativamente, alegam que a prescrição estaria interrompida pela Instrução Normativa 165 da SRF, de 31 de dezembro de 1998, em que a Fazenda reconhece a não-incidência do Imposto de Renda sobre o montante recebido pelo incentivo a Programa de Desligamento Voluntário ou incentivado, não havendo transcorrido cinco anos da referida instrução.

A União, em suas razões de apelação, sustenta a ocorrência da prescrição quinquenal, nos termos da Lei Complementar 118/05, para que a ação seja julgada improcedente em relação a Roberto Pascoal Gonçalves.

Com as contra-razões da União (fls. 179/182), subiram os autos ao Tribunal.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Versa a lide sobre a incidência do Imposto de Renda sobre o abono pecuniário recebido a título de indenização, em razão do Programa de Demissão Voluntária patrocinado pela empresa empregadora dos autores.

Da prova dos recolhimentos indevidos

Quanto à preliminar de que aos autores incumbe a prova dos recolhimentos indevidos como requisito indispensável à propositura da ação, entendo não merecer guarida.

A amparar o direito pleiteado pelos autores, basta a juntada de documentos que comprovam a retenção da exação na fonte, incumbindo ao réu, por ser fato extintivo de direito, a apresentação de eventuais documentos que comprovem que houve compensação do recolhimento indevido ou sua restituição, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil. Isso porque, no Imposto de Renda, a retenção se dá na fonte, cabendo à União administrar seu recolhimento, mantendo

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Leomar Barros Amorim de Sousa.

os documentos respectivos.

Encontro arrimo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse entendimento, conforme demonstram as seguintes ementas:

Tributário. Repetição de indébito. Adicional do Imposto de Renda. Juros moratórios. Percentual de 12% ao ano. Correção monetária. Extratos bancários. Valor probante.

1. O percentual de 12% ao ano, fixado para incidir sobre o valor a ser devolvido ao contribuinte, encontra apoio na sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Na repetição de indébito, a correção monetária incide desde o recolhimento indevido pelo contribuinte até o efetivo pagamento pela Fazenda.

3. *Os extratos bancários e documentos fornecidos pelas instituições bancárias declarando que houve retenção na fonte do adicional de Imposto de Renda são suficientes para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, exigindo-se, quando da execução, o original do Darf.*

4. Outra não poderia ser a interpretação da Corte, porquanto vigora no sistema processual, aplicável ao processo judicial tributário, o princípio da liberdade de prova, consubstanciado na regra do art. 332 do CPC.

5. Entretanto, se os documentos são hábeis à propositura, visando ao amplo acesso à justiça, mister anexá-los no original quando da execução da decisão, que pressupõe liquidez e certeza do débito.

6. Recurso especial da Fazenda desprovido; e recurso especial da empresa provido. (REsp 401.341/SP, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ. DJ 23/09/02) (sem grifo no original).

Comprovação da não-ocorrência de compensação do valor indevidamente recolhido com o imposto apurado na declaração. Art. 333 do Código de Processo Civil. Fato extintivo do direito do autor. Recurso especial provido.

1. *Nas ações de repetição de indébito em que se visa a receber os valores indevidamente recolhidos por incidência do Imposto de Renda retido na fonte sobre parcelas indenizatórias, a comprovação de que não houve compensação com o imposto apurado na declaração configura fato extintivo do direito do autor, cabendo à Fazenda Nacional o ônus de sua prova, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil.*

2. Recurso Especial provido para que, anulando-se o acórdão recorrido, outro seja prolatado desta vez, com apreciação do mérito. (REsp 217383/DF, Relator Ministro José Delgado, 1ª Turma do STJ. DJ 06/12/99) (sem grifo no original).

Assim, verifico que os autores juntaram aos autos os documentos que atestam a incidência do Imposto de Renda sobre as reclamadas parcelas indenizatórias,

constituindo ônus da União a apresentação de documentos que atestem o contrário.

Da prescrição

No que se refere à prescrição, não prospera a alegação dos autores de que não houve fato gerador.

Dispõe o art. 114 do CTN:

Art. 114 Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Por sua vez, estipula o art. 116 do mesmo diploma legal:

Art. 116 Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios.

Assim, nas situações de fato, o fato gerador ocorre no momento da cobrança ou retenção indevida, apesar da inexistência de lei autorizando a cobrança.

Na espécie, o fato gerador ocorreu no momento da retenção indevida a título de Imposto de Renda na fonte sobre as verbas indenizatórias percebidas pelos autores.

Ora, se não tivesse ocorrido fato gerador, não teria havido cobrança indevida, não estariam os autores recorrendo ao Judiciário para restituição do indébito.

Superada essa questão, analiso as demais razões preliminares.

Na hipótese descrita no art. 150 do Código Tributário Nacional, o lançamento do tributo se processa mediante o pagamento antecipado por parte do contribuinte, condicionando a definitiva extinção do crédito a evento posterior, qual seja, a homologação do lançamento, que deverá ser feita pela autoridade competente dentro do prazo que a lei estabelecer. Caso a lei se omita em estabelecer o aludido prazo, este será de cinco anos, ocasião em que a homologação ocorre tacitamente.

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (Sem grifo no original).

Outra não pode ser a leitura do dispositivo acima transcrito, se não a de que, nas hipóteses de lançamento por homologação, somente se extingue definitivamente o crédito tributário com a homologação. Em sendo homologação tácita, somente depois de cinco anos, extingue-se definitivamente o crédito tributário sujeito à homologação.

Desse modo, o pagamento é válido, porém, somente com o advento da condição resolutiva, ocorre a extinção do direito.

O novo Código Civil brasileiro, confirmando a inteligência do Código Civil de 1916, assim dispôs:

Art. 127 Se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

Art. 128 Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

Portanto, entendo que, na conformidade do assentado na jurisprudência, o prazo prescricional de cinco anos, disposto no art. 168, I, do Código Tributário Nacional, somente começa a fluir após o prazo previsto no art. 150, § 4º, do mesmo diploma, para os casos em que haja lançamento por homologação tácita, por ser esta a definitiva extinção do crédito tributário, não a data do pagamento antecipado.

No caso do Imposto de Renda, o lançamento do crédito tributário se dá não pela retenção do tributo na fonte, mas pela entrega da declaração anual de Imposto de Renda pelo contribuinte.

Nesse sentido, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

Tributário. IRPF. Prazo para repetição do indébito. Matéria pacificada. Orientação firmada pela 1ª Seção do STJ, na apreciação do EREsp 435.835/SC. Complementação de aposentadoria. Entidade de previdência privada não imune. Leis 7.713/88 (art. 6º, VII, b) e 9.250/95 (art. 33) e MP 1.943/96 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. Bis in idem. Exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei 7.713/88.

1. A Primeira Seção consagrou entendimento no sentido de que, não havendo homologação expressa do lançamento pela autoridade fiscal, ela se

dá tacitamente no final do prazo de cinco anos contados do fato gerador que, no caso do Imposto de Renda retido na fonte, ocorre no final do ano-base. A partir de então, tem início o prazo de cinco anos, previsto no art. 168, I, do CTN, para o contribuinte pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos. (...) (STJ,REsp 717537/RN, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29/08/05) (sem grifo no original).

No entanto, cabe assinalar que a Secretaria da Receita Federal entendeu por dispensar a constituição e determinar o cancelamento dos lançamentos dos créditos tributários, além de disciplinar a sistemática das restituições dos valores recolhidos indevidamente, na hipótese específica da incidência de Imposto de Renda na fonte sobre as verbas indenizatórias recebidas pela adesão a programas de desligamento voluntário, conforme consubstanciado na Instrução Normativa SRF 165/98 e Ato Declaratório SRF 3/99.

Com efeito, em face das reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, bem como de entendimento administrativo constante do Parecer PGFN/CRJ/1.278/98, desobrigando os representantes da Fazenda Nacional da interposição de recursos e a desistência dos já interpostos nas ações judiciais com objeto idêntico ao tratado nos presentes autos, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF 165/98 e o Ato Declaratório SRF 3/99, cujo teor configura inequívoca manifestação oficial da Administração sobre a matéria, reconhecendo o direito dos contribuintes às verbas em questão.

Assim, considerando que o ato inequívoco do reconhecimento do direito pelo devedor na ação repetitória, hipótese na qual se inclui a edição das citadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal, é causa de interrupção da prescrição, não há de se falar em prescrição do direito de ação dos autores.

Saliento que, após o advento da LC 118/05, a Primeira Seção do STJ consolidou a jurisprudência acerca da prescrição decenal do prazo para repetição ou compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, desde que ajuizadas até 9 de junho de 2005 (EREsp 327043/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 27/04/05; EREsp 476150/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 26/09/05).

Superada a prejudicial, passo ao exame do mérito.

Do mérito

O legislador instituiu a tributação a título de Imposto de Renda sobre o aumento da capacidade aquisitiva da pessoa ou, em outras palavras, sobre os proventos que possam constituir ampliação patrimonial, reputando isentas as parcelas percebidas em decorrência de indenizações trabalhistas, a teor do art. 6º, V, da Lei 7.713/88, *verbis*:

Art. 6 Ficam isentos do Imposto sobre a Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

V – A indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho.

No caso da adesão aos programas de incentivo à aposentadoria, as parcelas recebidas pelos empregados não têm natureza de acréscimo patrimonial, mas constituem reserva destinada ao sustento do empregado e de sua família enquanto não desenvolve outra atividade remunerada que promova o aludido sustento.

Desse modo, conclui-se que a natureza das parcelas pagas por ocasião da adesão aos mencionados planos constitui indenização pela perda do posto de trabalho, razão pela qual não há de se falar em incidência do Imposto de Renda.

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça quando da edição da Súmula 215, que assim preceitua:

A indenização recebida pela adesão ao programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do Imposto de Renda.

Rendo destaque ao brilhante voto proferido pelo Ministro Franciulli Netto, no julgamento do REsp 248.672/SP, que restou assim ementado:

Recurso especial. Art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República. Mandado de segurança. Plano de incentivo à aposentadoria. Férias indenizadas. Imposto de Renda. Não-incidência. Decisão em confronto com entendimento sumulado. Dissídio notório caracterizado.

1. *As indenizações percebidas pelos empregados que aceitam os denominados programas de demissão voluntária ou de reajuste de pessoal têm a mesma natureza jurídica daquelas que se recebe quando há a rescisão do contrato de trabalho, qual seja, a de repor o patrimônio ao status quo ante, uma vez que a rescisão contratual, incentivada ou não, consentida ou não, se traduz em um dano, tendo em vista a perda do emprego, que, invariavelmente, provoca desequilíbrio na vida do trabalhador.*

2. *Recebidas as verbas pela recorrente a título de indenização, há a isenção, porquanto a indenização não é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Sobre não ser fruto do capital, ociosas quaisquer considerações, por falta de relação entre causa e efeito; do capital derivam valores com conteúdo econômico, tais como juros, ações, remunerações, dividendo, utilidades, enfim, riqueza nova, na acepção técnico-financeira do termo; mas, do capital, per se, não se extraem indenizações.*

3. *Impende evidenciar que o fato de a recorrente receber as férias em pecúnia, e não as ter recebido em consequência de indeferimento por necessidade de serviço, não descaracteriza a natureza de indenização desse pagamento, porquanto, consoante já se decidiu neste Superior Tribunal de Justiça, “o que afasta a incidência tributária não é a necessidade do serviço, mas sim o caráter indenizatório das férias, o fato de não podermos considerá-las como renda, ou acréscimo pecuniário” (Ag 157.735-MG, Rel. Min. Hélio*

Mosimann, *DJ* de 05/03/98).

4. Consoante já decidiu este egrégio Sodalício, “a divergência com princípio sumulado há de ser em relação ao que nele estiver disposto, e não quanto ao que virtualmente nele se contenha” (REsp 1691-SP, Rel. Min. Nilson Naves, *RSTJ* 12/313).

5. “O conflito sumular, portanto, há de ser frontal, objetivo, não sendo admissível interpretar-se o enunciado da Súmula editada (REsp 4356-GO, Rel. Min. Barros Monteiro, RT 671/192)” (Ag 276.772-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* de 28/02/00).

6. Recurso conhecido e provido.

7. Decisão por unanimidade. (REsp 248.672/SP. Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. *DJ* de 13/08/01) (sem grifo no original).

Nessa linha de raciocínio, também se tem posicionado esta Corte, conforme se depreende das ementas abaixo colacionadas:

Tributário. Imposto de Renda. Isenção. Indenização. Aposentadoria incentivada. Elevação de verba honorária.

1. Não deve incidir sobre a indenização o Imposto de Renda, independentemente de a rescisão do contrato de trabalho ter-se dado em razão de aposentadoria ou de adesão aos diversos programas de demissão voluntária. Precedentes desta Corte e do STJ.

2. Improvimento ao apelo da União e à remessa oficial.

3. Provimento ao apelo da parte autora. (AC 2000.01.00.066057-7/BA, Des. Federal Hilton Queiroz, *DJ/II* de 09/03/01, p. 448.)

Em relação ao argumento de que a Lei 7.713/88, disciplinadora do Imposto de Renda, estabelece, *numerus clausus*, as hipóteses em que os proventos não sofreriam a incidência da exação, disciplinadas no art. 6º do aludido dispositivo legal, adoto as razões do Exmo. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, quando do julgamento da Apelação Cível 2000.34.00.007902-1/DF, entendendo pela impossibilidade de lei infraconstitucional restringir as hipóteses de não-incidência do Imposto de Renda sobre parcelas indenizatórias.

Assim consta do voto:

É do ilustre Geraldo Ataliba, em seu parecer anteriormente mencionado, a seguinte observação: “Indenizar” implica a noção de “compensar ou recompensar o dano ou prejuízo sofrido; reparar” e “Compensar é estabelecer o equilíbrio entre; contrabalancear; substituir” (A. Morais Silva). O patrimônio deve ficar indene intocado, igual. Semanticamente, indenização é, portanto, reposição de patrimônio no estado em que se encontrava, antes do dano, ou desfalque sofrido. E conclui, mais adiante: “*Como nas indenizações não ocorre acréscimo patrimonial, não há lugar para incidência de Imposto de Renda. Doutrina e jurisprudência corroboram inteiramente a inteligência*

exposta, ao realizar a exegese da competência tributária da União, inserta no inciso III do art 153 da Lei Maior (e preceitos homólogos dos textos constitucionais anteriores)”.

Absurdo, assim, que se aluda à necessidade da existência de lei infra-constitucional que venha a outorgar isenções para os casos de indenizações, pura e simplesmente porque não são elas tributáveis.

E, mais adiante acrescenta:

“Argumentar-se-á que a Lei 7.713/88 tratou de isenções a respeito de indenizações, no seu art. 6º, IV e V. Entretanto, fê-lo, desnecessariamente; ou, como decidiu o ilustre magistrado Venício Antônio de Paula Salles, ao sentenciar, brilhantemente, o Processo 472/90, da egrégia 9ª Vara da Fazenda Pública: ‘...o legislador ordinário não poderia escolher estes fatos como desencadeadores do Imposto de Renda. O legislador ordinário foi totalmente ‘atécnico’, mas isto é absolutamente normal em nossa legislação, pois ‘a ele é dado cometer erros não permitidos ao estudante de Direito’ (Prof. Geraldo Ataliba). (cf. REsp 34.988-0/SP, julg. 06/10/93) (sem grifo no original).

Portanto, afastada a prescrição, todos os autores possuem direito à restituição das verbas relativas ao Imposto de Renda sobre o abono-indenização.

Dos honorários advocatícios

Deverá a União arcar com os honorários advocatícios, no valor de 10% sobre a condenação, diante da sua sucumbência.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional, e dou provimento à apelação dos autores, para afastar a prescrição decenal, condenando a União à restituição da verba indevidamente recolhida a título de Imposto de Renda sobre o abono-indenização a todos os autores, bem como, ao pagamento dos honorários advocatícios, nos moldes transcritos.

É como voto.

The logo for 'Breviário' features the word in a white, sans-serif font. The 'B' is significantly larger and positioned to the left of the remaining letters 'reviário', which are smaller and aligned to its right. The text is set against a dark green rectangular background.

Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet.

Execução fiscal. Citação por edital e nomeação de curador especial. Exceção de pré-executividade para arguição de prescrição intercorrente. Cabimento. Decretação da prescrição.

Verificado que o executado se encontra em lugar ignorado, deve o juiz, mesmo de ofício, determinar a citação por edital, nomeando, em seguida, curador especial à lide. Se, num momento posterior à citação ficta, é localizado novo endereço do executado, não há razão para que seja realizada nova citação, se não há nenhum vício na anterior.

A exceção de pré-executividade é admitida para defesa da parte executada, sem a garantia legal de juízo. Nela, contudo, somente se admite a discussão de matéria de ordem pública, a exemplo da prescrição, podendo, também, indicar a falta dos pressupostos específicos da execução, quando puder ser identificada sem produção de provas.

Paralisado o feito há mais de cinco anos, cabe o reconhecimento da prescrição intercorrente, desde que requerido pela parte ou por curador especial, nomeado pelo juiz, no caso de a parte executada, mesmo que citada por edital ou por hora certa, não ser encontrada, sendo a constatação desses últimos fatos necessária, antes da referida nomeação (Súmula 196 do STJ).

AC 2003.01.00.033492-8/MG

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 26/05/06

Execução fiscal. EBCT. Isenção. Custas processuais.

A EBCT, empresa pública que presta serviço público da competência da União e por esta mantida, não faz jus aos benefícios atinentes à Fazenda Pública quanto às custas, foro e prazos, conforme art. 12 do Decreto-Lei 509/69, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no julgamento do RE 220.906/DF pelo STF.

AC 1997.38.00.061321-9/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 26/05/06

Execução fiscal. Penhora. Nomeação de precatório oriundo de ação trabalhista. Sindicato. Titularidade do crédito. Recusa justificada.

Embora autor da reclamação trabalhista que gerou o precatório oferecido à penhora, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Roraima não é titular do referido crédito, o que o torna imprestável à garantia da execução.

Ausente a comprovação quanto ao fato de estar o sindicato autorizado por seus representados e substituídos a ceder e transferir os direitos e vantagens obtidas na reclamação trabalhista.

Inábil à garantia da execução precatório oferecido à penhora em dezenas de execuções, tanto no Estado de Rondônia, quanto no Estado de Roraima.

Ag 2005.01.00.039383-0/RO

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 26/05/06

Exibição de documentos por órgão público. Direito à informação. Limitação.

A Constituição Federal, art. 5º, XXXIII, garante a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Contudo, tal garantia não se reveste, *de jure*, de caráter absoluto e intangível.

O acesso a informações, mormente quando estiverem relacionadas ao poder de polícia da Administração, somente deve ser assegurado mediante solicitação devidamente fundamentada, em que o interessado deverá demonstrar seu interesse, pessoal ou coletivo, sem o qual não se tem por juridicamente viável a obtenção das mesmas.

AMS 2000.01.00.002901-0/DF

Rel.: Juiz Carlos Augusto Pires Brandão – 6ª Turma (convocado)

Publicação: *DJ* 2 de 22/05/06

Magistrado. Ajuda de custo. Remoção a pedido. LC 35/79 (Loman).

A Lei Complementar 35/79, ao disciplinar a ajuda de custo como vantagem a ser concedida aos magistrados, não estabelece em que circunstância ela é devida, nem faz distinção quanto às hipóteses de seu pagamento, limitando-se a conferi-la para fins de despesa de transporte e mudança.

A remoção a pedido não é feita no exclusivo interesse do servidor, eis que a Administração procede, de antemão, à análise dos critérios de conveniência e oportunidade para sua concessão, podendo, caso não lhe seja conveniente, indeferi-la.

AC 2002.39.00.004694-6/PA

Rel.: Des. Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 29/05/06

Medida cautelar incidental a AO, objetivando depósito. Pluralidade desnecessária de

vias. Aplicação do art. 273, § 7º, do CPC.

Não tem espaço na moderna processualística a utilização de procedimento outro para consecução de pretensão com ares de cautela, mas possível de ser analisada nos próprios autos da ação principal por expressa previsão do art. 273, § 7º, do CPC.

AC 2000.34.00.034013-5/DF

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 26/05/06

Língua do Direito

Língua do Direito – *Habeas verbum*

Por Maria Benáurea Santos

A coluna Língua do Direito – *Habeas Verbum* pretende constituir-se em espaço aberto à discussão de questões lingüísticas que envolvam o discurso jurídico e integrará, a partir do próximo número, a Revista do TRF-1ª Região. Mas o que engloba a expressão *discurso jurídico*?

Em primeiro lugar, faz-se necessário dispensar algumas palavras ao termo discurso. Estudar o discurso é tratar a comunicação como uma prática social, um processo interacional em que “a palavra é uma representação de um pensamento, de uma idéia ou de valores, sendo produzida pelo sujeito pensante que usa sons e letras com essa finalidade” (Chauí, 1995:142). Um discurso é a linguagem usada para representar uma dada prática social de um ponto de vista particular, moldado pela ideologia e pela história. Sendo assim, podemos dizer que existe um discurso jurídico, ora em foco, ao lado de tantos outros, como o discurso jornalístico, o discurso religioso etc. E em cada um estão presentes expressões, empregos, recursos argumentativos específicos, que formam o que se denomina *linguagem técnica* ou *jargão*.

Embora o texto constitua o instrumento por meio do qual se atingirá o discurso, um olhar discursivo sobre a linguagem pressupõe considerar não mais o texto, isoladamente, mas o contexto de sua produção, considerar que o texto se situa e se relaciona com textos anteriores, com os quais dialoga, e futuros, os quais antecipa.

Dessa forma, assim como outros discursos, o discurso jurídico, como prática social, só atinge o seu sentido pleno na relação dialógica com o outro, o interlocutor a quem, ainda que ausente fisicamente, o texto se dirige.

Pode-se dizer sem receio que, ao lado do objetivo de comunicar, inerente à linguagem, há, pelo menos, outros dois objetivos a serem perseguidos pelos profissionais do Direito: interpretar e argumentar. Estas atividades complexas requerem um leitor crítico, arguto, que interaja com o texto, considerando outros fatores, como contexto de produção, efeitos de sentido das expressões selecionadas e público-alvo.

Nesta coluna, portanto, é bastante oportuna a reflexão sobre como a prática discursiva está sendo construída por meio do discurso jurídico. Se está atuando no sentido de universalizar e difundir os direitos dos cidadãos ou servindo como mais um elemento de distanciamento entre o poder e o povo. Se os efeitos de sentido que pretendem produzir estão, de fato, sendo alcançados.

Esta Revista pretende abrigar tanto discussões recentes acerca de movimentos de simplificação da linguagem jurídica, que possam contribuir para aproximar sociedade e justiça, quanto apresentar recursos lingüísticos que imprimam coesão/coerência ao texto, expressões estrangeiras e seus respectivos conceitos, tudo com o intuito de prestar algum auxílio àqueles que têm na palavra a ferramenta primeira de trabalho. Para isso, contamos com a participação dos leitores no envio de artigos já prontos ou de sugestões de temas instigantes que possam servir de ponto de partida para pesquisa e futura publicação na coluna.

JEF's em Revista

Turma Recursal

Habeas Corpus

2006.36.00.700320-9/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Pacientes: Botânica Madeiras Ltda. e outro

Autoridade coatora: O Exmo. Sr. Juiz do Juizado Especial Federal/MT

Publicação: DJ/MT de 09/05/06

EMENTA

Habeas corpus. *Trancamento de ação penal em curso no JEF. Art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98. Art. 109, IV, CF/88. Competência. Juizado Especial Federal. Interesse de autarquia federal. Documento falso apresentado à fiscalização.*

I. A utilização de ATPF inválida (ausente a assinatura e carimbo do responsável pela emissão), assim como a fiscalização e autuação por parte do Ibama, demonstram que a infração atingiu serviço e interesse da autarquia federal, competindo o seu processamento e julgamento ao Juizado Especial Federal (considerando-se que a pena máxima prevista para o crime é de um ano de detenção e multa).

II. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MT – 03/05/06.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva: — Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Botânica Madeiras Ltda. e José Mazieri, para que seja trancado o Termo Circunstanciado 2003.36.00.701633-8, em trâmite no Juizado Especial Federal, onde se apura a prática do crime tipificado no art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98.

O pedido de liminar foi indeferido.

Informações da autoridade apontada como coatora a fls. 141/143, onde afirma que, na audiência realizada em 14/03/06, os pacientes apresentaram defesa oral preliminar e defesa escrita, com o posterior recebimento da denúncia. A audiência foi suspensa a pedido do MPF, cuja continuidade foi marcada para 16/05/06, quando as testemunhas arroladas serão ouvidas.

O MPF manifesta-se pela denegação da ordem (fls. 145/151).

É o sucinto relato.

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva: — Sustentam os pacientes a nulidade do processo sob o argumento de que o Juizado Especial Federal é incompetente para o processamento e julgamento do feito, onde foram denunciados como insertos na conduta prevista no art. 46 da Lei 9.605/98, ante a comercialização de madeira sem a devida licença válida (ATPF com campo 20 em branco), por entender inexistir interesse da União *in casu*.

Por um lado, a Lei 9.605/98 não disciplina a competência para julgamento dos crimes ali elencados; de outro, a Constituição Federal prevê ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente, nos termos do art. 23, bem como a de legislar sobre a matéria, conforme art. 24, VI.

Desse modo, define-se a competência diante da existência ou não de afronta a bens, serviços ou interesse de ente federal, em consonância com a previsão inserta no art. 109, IV, da CF/88, *in verbis*:

Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Destarte, há que se aferir caso a caso a configuração das hipóteses mencionadas no art. 109 como aptas a atrair a competência para a Justiça Federal.

Conforme consta do auto de infração lavrado pelo Ibama (p. 19), a infração foi descrita da seguinte forma: “*comercializou 2.150 m³ de madeiras (sic) serrada da essência ipê, com ATPF em branco 4194732 no campo 20 com Nota Fiscal 67 conforme foi constatado na entrega de movimento mensal*”.

A fls. 20/22 dos autos, encontramos cópia do termo de apreensão de documentos, ATPF e nota fiscal supramencionados.

O delito imputado aos pacientes encontra-se tipificado no artigo abaixo transcrito:

Art. 46 Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munirse da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, *sem licença válida* para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, *outorgada pela autoridade competente*. (Grifei).

A teor do exposto, a consumação do crime somente se dá pela prática das condutas previstas mediante a não-apresentação de licença válida, expedida pela autoridade competente, no caso o Ibama, o que afasta a existência de mero interesse genérico da autarquia federal. Considerando-se a manifesta invalidade da ATPF, consistente na inexistência de assinatura e carimbo do responsável pela emissão da autorização, assim como a fiscalização e autuação por parte do instituto, como não reconhecer que a infração atingiu serviço e interesse da autarquia?

Apesar da controvérsia jurisprudencial acerca da matéria, cumpre notar que não somente os ataques a bens da União atraem a competência para a Justiça Federal. Note-se, nesse diapasão, que não se trata de ausência da licença devida, mas de apresentação de ATPF sem assinatura no campo exigido, portanto inválida, envolvendo, como inclusive asseverou o membro do *parquet*, a irregular utilização de documento expedido por uma autarquia federal ou até mesmo sua falsificação.

Por oportuno, veja-se a ementa que segue:

Penal. Crime ambiental. Competência da Justiça Federal. Possível lesão a interesse de autarquia federal.

– Este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de que os crimes ambientais devem ser julgados, em regra, pela Justiça Estadual, surgindo a competência da Justiça Federal apenas quando houver configurado, em tese, violação a bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

– Instaurada a ação penal com base em auto de apreensão lavrado por agentes do Ibama, sendo autuados o paciente e sua empresa pelo transporte de madeira sem a devida autorização da autarquia federal, resulta presente a possível ofensa a interesse da mesma entidade pública, o que atrai a competência da Justiça Federal para processamento do feito.

– *Habeas corpus* denegado. Liminar revogada. (HC 18366/PA, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 1º/04/02).

E ainda:

Processo Penal. Habeas corpus. Art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98. Crime contra o meio ambiente. Arts. 304 c/c 299, do Código Penal. Falsificação de documento expedido pelo Ibama. Conexão. Competência da Justiça Federal.

1. Tratando-se da suposta prática do delito tipificado no art. 46, *caput*, da Lei 9.605/98, não se vislumbra interesse direto e específico da União a ensejar a competência da Justiça Federal. Precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal.

2. Existindo nos autos indícios da prática dos delitos tipificados nos arts. 304 c/c 299, do Código Penal, em face da possível falsificação de

documento expedido por autarquia federal, verifica-se ser da Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento unificado destes e dos crimes conexos.

3. A discussão acerca da ocorrência ou não dos delitos imputados ao paciente desafia dilação probatória, o que é insuscetível de ocorrer na estreita via processual do *habeas corpus*.

4. *Habeas corpus* denegado. (TRF-1ª Região, HC 2004.01.00.013246-0/PA, 4ª Turma, Rel. Des. I'talo Fioravanti Sabo Mendes, DJU de 18/10/04)

Dessa forma, reconheço a competência do Juizado Especial Federal deste Estado para julgamento da infração, considerando-se ainda que a pena máxima prevista para o crime é de um ano de detenção e multa.

Com efeito, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Processo

2005.39.00.706866-9/PA

Relator convocado: O Exmo. Sr. Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva
Vara/Origem: 1ª Vara – JEF – Cível/PA
Recorrente: Abelardo Marçal da Silva
Recorrida: União
Publicação: DOE de 16/05/06

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Apresentação de projeto de lei de reajuste salarial. Mora do Executivo. Indenização. Não-cabimento. Sentença mantida. Improvimento do recurso.

I. O reconhecimento da mora legislativa pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão não gera direito à indenização por danos, tendo em vista que a norma contida no inciso X do art. 37 da Constituição Federal é programática, conforme entendimento firmado pelo STF quando do julgamento do MS 2.245-1/DF.

II. A iniciativa de lei para assegurar revisão geral de remuneração dos servidores públicos insere-se no campo dos poderes discricionários do chefe do Poder Executivo, não havendo norma que o obrigue a fazê-lo.

III. Ao Judiciário não é dado intervir na seara de competência de qualquer dos outros dois Poderes, pois isto implicaria grave violação ao princípio constitucional de separação dos Poderes.

IV. Incabível fixação de indenização em decorrência da inércia legislativa da autoridade indicada pela norma constitucional. Precedentes do TRF da 1ª Região.

V. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento.

VI. 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 autor, mantendo a sentença recorrida por seus próprios fundamentos. Sem custas e sem honorários, ante a concessão da assistência judiciária.

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 – 2006.

Juiz Federal *Anselmo Gonçalves da Silva*, Relator convocado.

Processo

2006.36.00.700282-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider

Recorrente: Joaquim Francisco Ferreira

Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra

Publicação: *DJ/MT* de 09/05/06

Ementa

Administrativo. Servidores públicos federais. Auxílio-alimentação. Pagamento. Férias e licenças. Cabimento. Efetivo exercício. Incompetência absoluta. Inocorrência. Prescrição quinquenal. Juros e correção monetária. Prequestionamento.

I. A preliminar de incompetência absoluta não tem como prosperar, porquanto a simples presença de interesse individual homogêneo não é fato capaz de, por si só, afastar a competência do Juizado Especial Federal. Com efeito, o art. 3º, § 1º, I, da Lei 10.259/01 afasta da competência dos JEF's as ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, desde que coletivas, o que não é o caso dos autos, em que a ação é individual.

II. Distribuída a ação em abril de 2004, mister o reconhecimento da incidência da prescrição quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/93) apenas sobre parte do período postulado, considerando-se que os atos que deram origem ao pedido

inicial, qual seja, o ressarcimento das parcelas não pagas a título de auxílio-alimentação, foram realizados no período de outubro/96 a dezembro/01.

III. A legislação de regência não faz qualquer exclusão em relação ao pagamento do auxílio-alimentação no período de férias ou de licença. Sendo assim, deve haver o pagamento da rubrica também naqueles períodos, considerados como de efetivo exercício por força do previsto no art. 102 da Lei 8.112/90.

IV. Em relação aos juros moratórios, o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela MP 2.180-35/01, fixa o índice de 6% para as hipóteses de “*pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*”, caso dos autos.

V. Fundamentos jurídicos e fundamentos legais não se confundem, sendo só os primeiros de constância obrigatória na sentença, como base para solução das questões postas pelas partes.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MT – 03/05/06.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: — Joaquim Francisco Ferreira recorreu da sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento do auxílio-alimentação no período de gozo de férias e de licença-prêmio. Alegou que os servidores públicos federais têm direito à percepção do auxílio-alimentação nos períodos de férias e demais afastamentos previstos no art. 102 da Lei 8.112/90. Prequestionou a emissão de juízo acerca dos dispositivos legais invocados no recurso.

Regularmente intimado, o Incra apresentou contra-razões a fls. 66/80. Argüiu a incompetência absoluta do Juizado Especial Federal para processar e julgar a demanda, pois o art. 3º, inciso I, § 1º, da Lei 10.259/01 exclui de sua competência as causas que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Suscitou a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio antecedente ao ajuizamento da demanda, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. No mérito, aduziu que se o servidor não estiver trabalhando, em razão de férias ou

licença, não há que se falar em pagamento da verba auxílio-alimentação. Aduziu ser devida a incidência de correção monetária e juros somente a partir da citação.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: —

1 – Preliminar – incompetência absoluta

A preliminar de incompetência absoluta argüida pelo recorrido não tem como prosperar, porquanto a simples presença de interesse individual homogêneo não é fato capaz de, por si só, afastar a competência do Juizado Especial Federal. Com efeito, o art. 3º, § 1º, I, da Lei 10.259/01 afasta da competência dos JEF's as ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, desde que *coletivas*, o que não é o caso dos autos, em que a ação é individual. Como diz Joel Dias Figueira Júnior (*Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, comentários à Lei 10.259, 10/07/01, São Paulo: RT, 2002, fls. 126):

Em outras palavras, o inciso I do art. 3º não proíbe o jurisdicionado de postular nos Juizados Especiais o seu direito subjetivo individual, no que tange aos seus direitos individuais homogêneos, tendo em vista que não retira ou exclui a sua característica de particularidade ou individualização, em que pese a origem comum desses direitos ou interesses, o que os torna homogêneos.

2 – Prescrição

Quanto à prescrição, em se tratando de prestações periódicas ou de trato sucessivo, e não tendo sido negado o direito, a prescrição abrange apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da demanda, conforme disposto no art. 3º do Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e na orientação jurisprudencial cristalizada na Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça. Tendo a ação sido proposta em 16 de abril de 2004, restam prescritas eventuais parcelas devidas anteriormente a 16 de abril de 1999.

A propósito, colaciono a ementa do julgado abaixo:

Processual Civil. Sindicato. Defesa de direitos dos representados. Legitimidade ativa. Administrativo. Servidor público. Auxílio-alimentação. Férias e licença-prêmio. Percepção. Prescrição.

1. A Lei 8.073, de 30 de julho de 1990, em consonância com as normas constitucionais, autoriza os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, independentemente de autorização expressa ou relação nominal dos

substituídos.

2. Nas obrigações de trato sucessivo, quando não tiver sido negado o direito, a prescrição abrange apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da demanda (art. 3º do Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça).

3. O servidor público faz jus ao auxílio-alimentação no período relativo ao gozo de férias ou de licença-prêmio por assiduidade, eis que tais períodos são considerados como de efetivo exercício, nos termos da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

4. Apelo provido. (TRF-4ª Região. AC 200170000337839. Terceira Turma. Relatora: Maria Helena Rau de Souza. DJU de 26/01/05.)

3 – Mérito

3.1 – Auxílio-alimentação

I – Posto isso, sobre a concessão do auxílio-alimentação, assim dispõe o art. 22 da Lei 8.460/92:

Art. 22 O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação *por dia trabalhado*, aos servidores públicos federais civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A concessão do auxílio-alimentação será feita em pecúnia e terá caráter indenizatório.

§ 2º O servidor que acumule cargo ou emprego na forma da constituição fará jus à percepção de um único auxílio-alimentação, mediante opção.

§ 3º O auxílio-alimentação não será:

- a) incorporado ao vencimento, remuneração, provento ou pensão;
- b) configurado como rendimento tributável e nem sofrerá incidência de contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público;
- c) caracterizado como salário-utilidade ou prestação salarial *in natura*.

§ 4º O auxílio-alimentação será custeado com recursos do órgão ou entidade em que o servidor estiver em exercício, ressalvado o direito de opção pelo órgão de origem.

§ 5º O auxílio-alimentação é inacumulável com outros de espécie semelhante, tais como auxílio para cesta básica ou vantagem pessoal originária de qualquer forma de auxílio ou benefício-alimentação.

§ 6º Considerar-se-á para o desconto do auxílio-alimentação, por dia não trabalhado, a proporcionalidade de 22 dias.

§ 7º Para os efeitos deste artigo, considera-se como dia trabalhado a participação do servidor em programa de treinamento regularmente instituído, conferências, congressos, treinamentos, ou outros eventos similares, sem deslocamento da sede.

§ 8º As diárias sofrerão desconto correspondente ao auxílio-alimentação a que fizer jus o servidor, exceto aquelas eventualmente pagas em finais de semana e feriados, observada a proporcionalidade prevista no § 6º.

O Decreto 2.050/96, assim regulamentou o referido dispositivo legal:

Art. 1º O auxílio-alimentação será concedido a todos os servidores civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, independentemente da jornada de trabalho, desde que efetivamente em exercício nas atividades do cargo.

1º O auxílio-alimentação destina-se a subsidiar as despesas com a refeição do servidor, sendo-lhe pago diretamente.

2º O servidor fará jus ao auxílio na proporção dos dias trabalhados, salvo na hipótese de afastamento a serviço com percepção de diárias.

Art. 2º O auxílio-alimentação será concedido em pecúnia e terá caráter indenizatório.

Art. 3º Ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado caberá fixar os valores unitários da refeição, observadas as diferenças de custo por unidade da federação.

Art. 4º O auxílio-alimentação não será:

I – incorporado ao vencimento, remuneração, proventos ou pensão;

II – configurado como rendimento tributável e nem sofrerá incidência de contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público;

III – caracterizado como salário-utilidade ou prestação salarial *in natura*;

IV – acumulável com outros de espécie semelhante, tais como cesta básica ou vantagem pessoal originária de qualquer forma de auxílio ou benefício-alimentação.

Parágrafo único O servidor que acumule cargos na forma da Constituição fará jus à percepção de um único auxílio-alimentação, mediante opção.

Art. 5º O auxílio-alimentação será custeado com recursos dos órgãos ou entidades a que pertença o servidor, os quais deverão incluir na proposta orçamentária anual os recursos necessários à manutenção do auxílio.

Art. 6º O auxílio-alimentação a ser concedido ao servidor, cuja jornada de trabalho seja inferior a trinta horas semanais, corresponderá a cinquenta por cento dos valores unitários fixados na forma do art. 3º.

1º Na hipótese de acumulação de cargos cuja soma das jornadas de trabalho seja superior a trinta horas semanais, o servidor perceberá o auxílio pelo seu valor integral, a ser pago pelo órgão ou entidade de sua opção.

2º É vedada a concessão suplementar do auxílio-alimentação nos casos em que a jornada de trabalho for superior a quarenta horas semanais.

Art. 7º Os contratos referentes à concessão do auxílio-alimentação, em

qualquer de suas formas, vigentes em 15 de outubro de 1996, serão mantidos até o seu termo, vedada a prorrogação.

Parágrafo único Os órgãos e entidades que mantiverem contratos deverão ajustar-se de forma a não mais descontar a contribuição do servidor.

Art. 8º O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado expedirá instruções normatizando a aplicação deste decreto.

Art. 9º Os órgãos e entidades, cujas atividades-fim e localização geográficas justifiquem, poderão contratar empresa para fornecimento de refeições prontas a seus servidores ou manter o serviço próprio de alimentação. (Nossos os grifos).

A Lei 9.527/97, em seu art. 3º, alterou a redação do supracitado dispositivo legal, que passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 3º O art. 22 da Lei 8.460, de 17 de setembro de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 22 O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação por dia trabalhado, aos servidores públicos federais civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A concessão do auxílio-alimentação será feita em pecúnia e terá caráter indenizatório.

§ 2º O servidor que acumule cargo ou emprego na forma da Constituição fará jus à percepção de um único auxílio-alimentação, mediante opção.

§ 3º O auxílio-alimentação não será:

- a) incorporado ao vencimento, remuneração, provento ou pensão;
- b) configurado como rendimento tributável e nem sofrerá incidência de contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público;
- c) caracterizado como salário-utilidade ou prestação salarial *in natura*.

§ 4º O auxílio-alimentação será custeado com recursos do órgão ou entidade em que o servidor estiver em exercício, ressalvado o direito de opção pelo órgão ou entidade de origem.

§ 5º O auxílio-alimentação é inacumulável com outros de espécie semelhante, tais como auxílio para a cesta básica ou vantagem pessoal originária de qualquer forma de auxílio ou benefício-alimentação.

§ 6º Considerar-se-á para o desconto do auxílio-alimentação, por dia não trabalhado, a proporcionalidade de 22 dias.

§ 7º Para os efeitos deste artigo, considera-se como dia trabalhado a participação do servidor em programa de treinamento regularmente instituído, conferências, congressos, treinamentos, ou outros eventos similares, sem deslocamento da sede.

§ 8º As diárias sofrerão desconto correspondente ao auxílio-alimentação a que fizer jus o servidor, exceto aquelas eventualmente pagas em finais

de semana e feriados, observada a proporcionalidade prevista no § 6º.

O Decreto 3.887/01, por sua vez, assim regulamentou a nova redação do art. 22 da Lei 8.460/92:

Art. 1º O auxílio-alimentação será concedido a todos os servidores civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, independentemente da jornada de trabalho, desde que efetivamente em exercício nas atividades do cargo.

§ 1º O auxílio-alimentação destina-se a subsidiar as despesas com a refeição do servidor, sendo-lhe pago diretamente.

§ 2º O servidor fará jus ao auxílio-alimentação na proporção dos dias trabalhados, salvo na hipótese de afastamento a serviço com percepção de diárias.

Art. 2º O auxílio-alimentação será concedido em pecúnia e terá caráter indenizatório.

Art. 3º Ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão caberá fixar o valor mensal do auxílio-alimentação, observadas as diferenças de custo por unidade da federação.

Parágrafo único O servidor que acumule cargos na forma da Constituição fará jus à percepção de um único auxílio-alimentação, mediante opção.

Art. 4º O auxílio-alimentação não será:

I – incorporado ao vencimento, remuneração, proventos ou pensão;

II – configurado como rendimento tributável e nem sofrerá incidência de contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público;

III – caracterizado como salário-utilidade ou prestação salarial *in natura*;

IV – acumulável com outros de espécie semelhante, tais como cesta básica ou vantagem pessoal originária de qualquer forma de auxílio ou benefício-alimentação.

Art. 5º O auxílio-alimentação será custeado com recursos dos órgãos ou das entidades a que pertença o servidor, os quais deverão incluir na proposta orçamentária anual os recursos necessários à manutenção do auxílio.

Art. 6º O auxílio-alimentação a ser concedido ao servidor, cuja jornada de trabalho seja inferior a trinta horas semanais, corresponderá a cinquenta por cento do valor mensal fixado na forma do art. 3º.

§ 1º Na hipótese de acumulação de cargos cuja soma das jornadas de trabalho seja superior a trinta horas semanais, o servidor perceberá o auxílio pelo seu valor integral, a ser pago pelo órgão ou pela entidade de sua opção.

§ 2º É vedada a concessão suplementar do auxílio-alimentação nos casos em que a jornada de trabalho for superior a quarenta horas semanais.

Art. 7º Os contratos referentes à concessão do auxílio-alimentação, em

qualquer de suas formas, vigentes em 15 de outubro de 1996, serão mantidos até o seu termo, vedada a prorrogação.

Parágrafo único Os órgãos e as entidades que mantiverem contratos deverão ajustar-se de forma a não mais descontar a contribuição do servidor.

Art. 8º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão expedirá instruções normatizando a aplicação deste decreto.

Art. 9º Os órgãos e as entidades, cujas atividades-fim e localização geográfica justifiquem, poderão contratar empresa para fornecimento de refeições prontas a seus servidores ou manter o serviço próprio de alimentação. (Nossos os grifos).

Ao que se tem, as normas que regem o auxílio-alimentação determinam que o seu pagamento é devido a todos os servidores públicos federais, desde que efetivamente no exercício nas atividades do seu cargo, em nada aludindo quanto aos períodos de férias, licenças ou outros afastamentos.

A Lei 8.112/90, por sua vez, considera como efetivo exercício do cargo público, os seguintes afastamentos:

Art. 102 Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

I – férias;

II – exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

III – exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do presidente da República;

IV – participação em programa de treinamento regularmente instituído, conforme dispuser o regulamento;

V – desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

VI – júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII – missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme dispuser o regulamento;

VIII – licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

b) para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo;

c) para o desempenho de mandato classista ou participação de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores para prestar serviços a seus membros, exceto para efeito de promoção por mere-

cimento;

d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

e) para capacitação, conforme dispuser o regulamento;

f) por convocação para o serviço militar;

IX – deslocamento para a nova sede de que trata o art. 18;

X – participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;

XI – afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere. (Nossos os grifos).

Por certo, como as férias e os demais afastamentos mencionados no art. 102 da Lei 8.112/90 devem ser considerados como de efetivo exercício, o auxílio-alimentação também incide sobre as férias e licenças mencionadas nesse dispositivo.

A propósito do tema, vejam-se os seguintes precedentes:

Administrativo. Servidores públicos federais. Poder Executivo. Auxílio-alimentação. Pagamento. Férias e licenças. Cabimento. Efetivo exercício.

A legislação de regência determina ser devido o pagamento do auxílio-alimentação por dia trabalhado no efetivo desempenho do cargo, não fazendo qualquer exclusão em relação a período de férias ou de licença. Sendo assim, deve haver o pagamento da rubrica também naqueles períodos considerados como de efetivo exercício por força do previsto no art. 102 da Lei 8.112/90.

Recurso parcialmente conhecido, mas desprovido. (REsp 616.671/SE, Relator Ministro Felix Fischer, *in DJ* de 24/05/04).

Processo Civil. Recurso especial. Administrativo. Auxílio-alimentação. Lei 8.460/90. Decreto 3.887/01. Férias. Lei 8.112/90. Efetivo exercício.

Para efeitos legais, os dias em que o servidor estiver em gozo de férias são considerados, para fins de recebimento de auxílio-alimentação, como de efetivo exercício. Precedente. Recurso desprovido. (REsp 577.647/SE, Relator José Arnaldo da Fonseca, *in DJ* 07/03/05).

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp's 742.367/MG e 742.317/MG, Relator Ministro Paulo Medina, *in DJ* de 23/06/05; REsp 363.622/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in DJ* de 02/06/05 e REsp's 550.715/SC, Relator Ministro Paulo Gallotti, *in DJ* de 17/08/04.

3.2 – Correção monetária

Deverá ser feita de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, medido pelo IBGE, indexador que reflete fidedignamente a variação inflacionária, além de ser medido por instituto idôneo, dotado de credencialidade oficial a este mister.

3.3 – Juros moratórios

Por força de disposição legal específica, inscrita no art. 1º da Lei 4.414, de 24 de setembro de 1964, as Fazendas Públicas federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, quando condenadas a pagá-los, por eles responderão nos termos da legislação civil, preconizando o revogado Código Civil brasileiro, em seu art. 1.062, a taxa, quando não convencionada ou estipulada em lei, de seis por cento (6%) ao ano, assim meio por cento (0,5%) ao mês, e a codificação ora em vigor, instituída pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu art. 406, segundo a que estiver praticada para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. E bem de ver, outrossim, que provimento provisório com força de lei, no caso a Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, em vigor por força do quanto disposto no art. 2º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro seguinte, acrescentou, em seu art. 4º, o art. 1-F à Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, por força do qual “*os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano*”.

Porém, outra veio a ser a jurisprudencial orientação majoritária na Primeira Seção do TRF da 1ª Região, a partir da assentada de 12/03/03, quando do julgamento da Ação Rescisória 1999.01.00.099582-9/DF – na esteira da jurisprudência assente no egrégio Superior Tribunal de Justiça – concluiu devidos os juros moratórios à taxa de um por cento (1%) ao mês, à consideração da natureza alimentar da obrigação, e de aplicação analógica do quanto disposto no art. 3º do Decreto-Lei 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, que a estipula para as hipóteses de créditos trabalhistas.

A própria Corte Superior de Justiça, contudo, tem feito ressalva a propósito da não-aplicabilidade do mencionado provimento provisório com força de lei apenas em relação aos atos jurisdicionais aperfeiçoados sob a regência da legislação anterior, fazendo-o incidir em casos como os da espécie, nos quais proposta a ação posteriormente ao início de sua vigência. A respeito, o seguinte precedente, a seguir transcrito por sua respectiva ementa:

Recursos especiais. Administrativo. Processual Civil. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Servidor público. Reajuste de 3,17%. MP 2.225-45/01. Incorporação. Janeiro de 2002. Vantagem. Anuênio. Modificação. MP 1.480/96. Quinquênio. Período aquisitivo não completado. Extinção. MP 1.815/99. Juros de mora. Percentual de 1% a.m. Natureza alimentar do débito. Início do processo antes da edição da MP 2.180-35/01. Não-incidência. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

I – Inocorre ofensa ao art. 535 do CPC, tampouco recusa à apreciação

da matéria, se o egrégio Tribunal de origem fundamentadamente apreciou a controvérsia.

II – Segundo o entendimento desta Corte, além do percentual de 22,07% da variação do IPC-r, é devido aos servidores públicos federais o índice de 3,17% relativo à aplicação do art. 28 da Lei 8.880/94.

III – Com o advento da Medida Provisória 2.225-45/01 (art. 8º), o direito aos aludidos índices foi estendido a todos os servidores públicos federais, determinando-se a dedução do percentual de 22,07%.

IV – *In casu*, não há reparo a ser realizado no venerando acórdão hostilizado, que limitou os efeitos da respeitável sentença que concedeu o reajuste de 3,17% até a data de 31 de dezembro de 2001, porquanto esse índice foi incorporado aos vencimentos dos servidores públicos a partir de 1º de janeiro de 2002, a teor do art. 9º da Medida Provisória 2.225-45/01, inserido no percentual de 25,94%.

V – a edição da Medida Provisória 1.480/96 trouxe modificações substanciais ao art. 67 da Lei 8.112/90, alterando a denominação da vantagem “anuênio”, devida à razão de 1% por ano, para “quinqüênio”, passando a ser devida, a cada cinco anos, no percentual de 5%.

VI – Com a vigência da Medida Provisória 1.815, de 5 de março de 1999, o art. 67 da Lei 8.112/90 foi revogado, tendo sido consideradas as situações constituídas até 8 de março de 1999. Assim, a partir da instituição dos quinqüênios pela MP 1.480/96, o período aquisitivo da aludida vantagem, delimitado em cinco anos, não se consumou para nenhum servidor público, pois foi extinta com o advento da MP 1.815/99.

VII – *Proposta a ação após o início da vigência da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei 9.494/97, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% ao ano. Precedentes. (...)* (REsp. 572.429/RS, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 19/12/03, p. 619).

Na hipótese dos autos, o ajuizamento da ação se deu *após* a vigência da referida medida provisória, editada em 24/08/01, cujas disposições, dessa forma, possuem aplicação no caso.

A fluência dos juros moratórios somente se inicia com a citação válida na respectiva ação de cobrança, meio processual capaz de condenar a Fazenda Pública ao pagamento dos referidos valores. Outrossim, somente no momento da citação válida, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil, o devedor é constituído em mora.

4 – Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento suscitado pelo autor, entendo que não há nenhuma obrigação de o juiz manifestar sobre cada argumento ou dispositivo legal indicados e que a parte considera aplicáveis, na medida em que cabe ao magistra-

do apenas decidir as questões jurídicas colocadas pelas partes, indicando o fundamento de sua decisão.

Neste sentido a jurisprudência do STJ:

Processo Civil. Nulidade da sentença. Inocorrência. Decisão suficientemente fundamentada Precedentes do STJ.

– É suficiente a fundamentação do acórdão que fincou suas razões de decidir em precedentes de outros tribunais, nomeando-os e tecendo considerações sobre a controvérsia, mesmo que conciso.

– O julgador não é obrigado a responder um a um os argumentos invocados pelas partes, se apenas um deles é suficiente para solução da lide, em prejuízo dos demais.

(...)

– Recurso não conhecido. (REsp 231528/SP – Recurso Especial 1999/0085148-0 – DJ de 24/06/02 – p. 234 – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Ante o exposto, *voto pelo conhecimento do recurso e seu parcial provimento, para condenar* o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra ao pagamento das parcelas relativas ao auxílio-alimentação no período de 16 de abril de 1999 a dezembro de 2001, que deverão ser corrigidas monetariamente pelo INPC/IBGE desde a época em que eram devidas, bem como acrescidas de juros moratórios à taxa anual de 6%, contados da citação. Os cálculos deverão ser elaborados pela Contadoria do Juízo.

Ficam os honorários advocatícios compensados entre si, ante a sucumbência recíproca. Sem custas.

É como voto.

Processo

2006.36.00.700358-6/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider

Recorrente: Condomínio Residencial Ana Paula

Recorrida: Caixa Econômica Federal – CEF

Publicação: DJ/MT de 09/05/06

Ementa

Civil. Imóvel. Obra financiada com recursos do SFH. Defeitos na construção. Ação indenizatória. Perdas e danos. Caixa Econômica Federal. Ilegitimidade passiva ad causam.

I. Restrita a participação da empresa pública federal ao contrato de mútuo para a aquisição de imóvel livremente escolhido pelo mutuário, onde inexistente a previsão de sua responsabilidade por eventuais defeitos na construção, correta é a decisão que, por isso, a excluiu da lide, porquanto parte ilegítima para responder pelo pedido indenizatório.

II. Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal /MT, 03/05/06.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: — Condomínio Residencial Ana Paula recorreu da sentença que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, em demanda indenizatória proposta contra a Caixa Econômica Federal – CEF, onde se pleiteava a condenação da requerida ao ressarcimento dos prejuízos materiais decorrentes de defeitos na construção.

Sustentou o recorrente que – ao contrário do entendimento do juízo *a quo* – a CEF é parte legítima para integrar a demanda.

Em suas contra-razões, pugnou a ré pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: — A questão posta em debate pertence à ilegitimidade da Caixa Econômica Federal para integrar o pólo passivo de ação indenizatória onde almeja o autor obter indenização por perdas e danos, com fundamento em vícios ocorridos na construção do imóvel financiado, cuja fiscalização competiria à Caixa Econômica Federal.

Outro, porém, é meu entendimento. Figurando ela (CEF) apenas como financiadora, não tem responsabilidade sobre a correção do trabalho realizado pela construtora, a exatidão dos cálculos e projetos feitos por profissionais por ela não contratados e nem remunerados.

Observo que impor aos agentes financeiros este ônus, sem previsão legal e nem contratual, implicaria aumentar os custos dos financiamentos imobiliários do SFH, pois a instituição financeira passaria a ter que contar com quadros de engenheiros para fiscalizar, diariamente, a correção técnica da execução de todas as obras por ela financiadas, passo a passo, e não apenas para fiscalizar, periodicamente, o correto emprego dos recursos emprestados.

A fiscalização, pela CEF, tem o óbvio motivo de que ela está financiando o investimento, tendo, portanto, interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de financiamento. Se ela constatar a existência de fraude, ou seja, que os recursos não estão sendo integralmente empregados na obra, poderá rescindir o contrato de financiamento.

Neste sentido, faço juntar as ementas dos seguintes julgados:

Civil e Processo Civil. Ação de indenização. Ilegitimidade passiva. Extinção do feito.

I. Caso em que se reconhece a ilegitimidade passiva da CEF, uma vez que deveria ter sido demandado o empreiteiro vendedor, que, em princípio, responde, de acordo com a lei, pela solidez e segurança do trabalho, materiais utilizados e solo;

II. Inexistência de solidariedade entre a CEF e a construtora, relativamente a vícios de construção, bem como ausência de obrigação subsidiária que possa responsabilizar a CEF por tais vícios;

III. Sentença confirmada. (origem: Tribunal – Segunda Região. AC – Apelação Cível 9002123400 UF: RJ. Órgão julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 25/06/96. Relator: Juiz Valmir Peçanha)

SFH. Contrato de mútuo hipotecário. Indenização pelos vícios de construção. Ilegitimidade passiva da CEF.

– A Caixa é ilegítima para compor o pólo passivo das ações que versam sobre o pagamento de indenização pelos vícios de construção apontados no imóvel adquirido pelo mutuário, exceto nos casos em que a construção da unidade foi realizada com recursos habitacionais administrados e fiscalizados pela Caixa.

– Precedentes do STJ.

– Mantida a sentença que excluiu a Caixa da lide e declinou da competência para a Justiça Estadual para processamento e julgamento da lide. (Tribunal – Quarta Região. AC – Apelação Cível 200371080031814. UF: RS. Órgão julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 23/02/05. Relator: Edgard A. Lippmann Júnior).

Realmente, no caso dos autos, não vejo como possa atribuir responsabilidade à Caixa Econômica Federal pelos supostos vícios detectados na construção do empreendimento, tais como infiltrações, mofo, rachaduras e outros. Ademais, nada

se dispôs sobre eventual responsabilidade do agente financeiro sobre a execução e fiscalização da obra. O papel da CEF na hipótese está restrito às questões afetas ao contrato do mútuo, ou seja, ao financiamento para a aquisição do imóvel, tanto que sua participação só ocorre em etapa subsequente à construção e revela-se no empréstimo do valor necessário à aquisição do imóvel perante a construtora.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento.

Condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios em 10% do valor da causa, bem como das custas judiciais.

É o meu voto.

Recurso

2003.34.00.901398-2/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos

Recorrente: União Federal

Advogada: Dra. Danúsia Lucinda Farange de Gouveia

Recorrido: Sérgio Pereira de Sá

Advogada: Dra. Érica Lima de Paiva

Publicação: DJ 2 de 12/05/06

Ementa

Administrativo. Militar da reserva. Multa por ocupação irregular de imóvel funcional. Art. 15, I, e, da Lei 8.025/90. Termo a quo. Trânsito em julgado da ação de reintegração de posse. Coisa julgada. Restituição dos valores descontados em folha de pagamento. Admissibilidade. Sentença confirmada.

I. Recurso inominado interposto pela União Federal, por meio do qual se pretende reformar a sentença de 1º grau que condenou a recorrente a restituir à parte autora os valores descontados em folha de pagamento no período de dezembro de 1996 a novembro de 1999, em face da aplicação de multa referente à alegada ocupação irregular de imóvel funcional por militar transferido à reserva.

II. Encontra-se albergado pelo manto da coisa julgada o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, ao julgar apelação em embargos à execução (AC 2000.34.00.022034-2) interposta pela União Federal, confirmou, como termo inicial de incidência da referida multa, o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de reintegração de posse promovida contra o autor.

III. Tendo o autor desocupado o imóvel em 27/06/97, data anterior ao trânsito em julgado da referida ação possessória, ocorrido em 03/11/99, mostra-se

injustificada a cobrança de multa por ocupação irregular de imóvel funcional.

IV. Esse também é o entendimento pacífico do STJ: “*A multa prevista no art. 15, I, e, da Lei 8.025/90, somente é aplicável após o trânsito em julgado da decisão proferida na ação em que se discute o direito à posse ou o direito de aquisição do imóvel funcional*”. STJ. Edcl no AgRg no MS 8483/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, S1, 1ª Seção, Pub. DJ de 1º/08/05, p. 300.

V. Sentença confirmada. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei 9.099, de 1995.

VI. Recurso improvido. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação (art. 55, *caput*, da Lei 9.099/95).

Acórdão

A Turma Recursal, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/DF – 27/04/06.

Juiz Federal *Alexandre Machado Vasconcelos*, Relator.

Recurso

2004.34.00.707905-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto

Recorrentes: Ermelinda Maria Sá de Mattos e outro

Advogados: Dra. Luciana Aparecida Ananias e outro

Recorrida: União Federal

Publicação: DJ 2 de 12/05/06

Ementa

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Lei 9.527/97. Quintos/décimos incorporados. Vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI. Recurso improvido.

I. As parcelas denominadas quintos/décimos incorporados, transformadas em vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI), sofrem incidência somente dos reajustes gerais do funcionalismo público.

II. Inexiste direito adquirido à vinculação do valor da VPNI ao dos cargos ou funções de confiança que serviram de base para a incorporação, bem como não há violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos ou proventos, uma vez que o art. 37, inciso XV, da Constituição Federal assegura a irredutibilidade nominal da remuneração global.

III. Precedentes do egrégio TRF da 1ª Região (AC 2002.34.00.000482-1/DF, Relator Desembargador Carlos Moreira Alves, 2ª Turma, publicado no *DJ* de 02/03/06) e desta Turma Recursal (Recurso 2004.34.00.703379-0/DF, Relatora Juíza Federal Daniele Maranhão Costa, julgado no dia 10/03/05).

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 Cível

2006.36.00.700239-2/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha

Recorrente: União Federal

Procurador: Dr. Célio de Oliveira Lima

Recorridos: Milton Jorge Fiorenza e outros

Procuradora: Dra. Rosângela Rodrigues Pantaleão

Publicação: *DJ/MT* de 09/05/06

Ementa

Servidor público. Revisão geral anual da remuneração. Mora legislativa. Direito à indenização. Matéria uniformizada pela Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 1ª Região.

I. Ressalvado meu posicionamento, segundo o qual a mora legislativa não gera direito à indenização, por não estar o presidente da República adstrito às interferências do Judiciário quanto à edição de leis de sua competência, curvo-me ao entendimento majoritário desta egrégia Turma Recursal de Mato Grosso, para admitir a pretensão dos autores e conceder-lhes a indenização pleiteada.

II. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da mora legislativa havida entre a edição da Emenda Constitucional 19 e o efetivo encaminhamento ao Congresso Nacional, pela Presidência da República, de projeto de lei referente

à revisão geral anual da remuneração dos servidores da União gera direito à indenização por danos materiais, conforme o entendimento majoritário desta egrégia Turma Recursal, assim como assentado na Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 1ª Região.

III. Recurso improvido.

Acórdão

A Turma, por maioria, conheceu o recurso e negou a ele provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MT – 03/05/06.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — A União pretende ver reformada a sentença que julgou *parcialmente procedente* o pedido de indenização por *danos materiais* sofridos em decorrência de mora legislativa havida entre a edição da Emenda Constitucional 19 e o efetivo encaminhamento ao Congresso Nacional, pela Presidência da República, de Projeto de Lei referente à revisão geral anual da remuneração dos servidores da União, fixando uma indenização por danos materiais em valor equivalente à diferença entre a remuneração recebida e a que teria direito se aplicado o índice de 3,5% em junho/99, cumulando-se os reflexos dos meses subsequentes até dez./01.

Aduz, em síntese, o seguinte: a mora legislativa não gera direito à indenização, pois inexistente direito subjetivo a elaboração atual de lei que viesse a corrigir salários; inexistência denexo causal entre o dano e a omissão legislativa; não é dado ao Poder Judiciário promover o reajustamento de salário de servidores públicos.

Contra-razões a fls. 129/137.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Ressalvo, inicialmente, meu posicionamento no sentido de que a mora legislativa não gera direito à indenização por danos materiais. No entanto, curvo-me ao entendimento majoritário desta egrégia Turma Recursal, para admitir a pretensão dos autores a fim de

conceder-lhes a indenização pleiteada.

Inicialmente, cumpre fazer um breve esboço histórico sobre o tema, para sua melhor compreensão.

Antes da edição da Emenda Constitucional 19/98, o Texto Constitucional não impunha ao presidente da República o dever de proceder à revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos federais, mas apenas determinava a unicidade de índices, de modo a que se concedesse aumento linear e indistinto a todo o funcionalismo.

Com a aludida emenda veio a surgir a obrigatoriedade de que tal revisão fosse anual (periódica), o que, entretanto, não teve o condão de alterar o procedimento previsto para a revisão, que continua a depender de lei específica de iniciativa privativa do presidente da República, quer se trate de mera recomposição de perdas inflacionárias, quer se trate de aumento real.

Quanto ao assunto, vale registrar a preciosa lição de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

A EC 19/98 alterou a redação do inciso X do art. 37, determinando que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices. Ressalte-se a grande inovação dessa alteração, uma vez que expressamente previu ao servidor público o princípio da periodicidade, ou seja, garantiu anualmente ao funcionalismo público, no mínimo, uma revisão geral, diferentemente da redação anterior do citado inciso X do art. 37, que estipulava que “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares far-se-á sempre na mesma data”, garantindo-se tão-somente a simultaneidade de revisão, mas não a periodicidade. Com base na redação constitucional anterior, entendia o Supremo Tribunal Federal que a simultaneidade de revisão não significava existência de data-base no funcionalismo, pois inexistia obrigatoriedade de envio do projeto de lei pelo presidente da República, detentor da iniciativa privativa de leis que disponham sobre aumento da remuneração de servidores públicos (CF, art. 61, §1º, II, *a*). (*in Direito Constitucional Administrativo*. Ed. Atlas, 2002, p. 189 – grifei).

Entretanto, restou assentada a omissão legislativa no voto do Ministro Ilmar Galvão, Relator da ADI 2.061/99, *verbis*:

De acordo com o art. 103, § 2º, da CF, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. *A fixação de prazo, como se vê, só tem cabimento em se cuidando de providência a cargo de órgão administrativo, o que não se verifica no presente caso, posto não se*

enquadrar nas atribuições administrativas do chefe do Executivo iniciativa que, caracterizadora de ato de Poder, desencadeia processo legislativo. Meu voto, portanto, julga procedente em parte, a presente ação, para o fim tão-somente de, declarando-o em mora no cumprimento do disposto no art. 37, X, da Constituição Federal, determinar que ao presidente da República seja dada ciência desta decisão. (Grifei).

Tem-se, assim, que o reconhecimento da mora legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, pode gerar direito à indenização por danos materiais, conforme entendimento majoritário desta Turma Recursal, assim como assentado pela Turma Regional de Uniformização da 1ª Região, ocorrida em maio deste ano.

Posto nestes termos, *voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento*, mantendo a sentença prolatada.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 20% sobre o valor corrigido da condenação (art. 55 da Lei 9.099/95).

Sem custas (art. 4º, I, Lei 9.289/96).

É como voto.

Recurso contra Sentença Cível

2005.33.00.767734-4/BA

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Procuradora: Dra. Maristella Ramos Vitorino de Assis

Recorrido: Waldir Sena Santos

Publicação: 24/05/06 (na própria sessão de julgamento)

Ementa

Previdenciário e Processo Civil. Benefício assistencial. Inexistência de sentença extra petita. Concessão do benefício pleiteado por fundamento diverso. Possibilidade. Pagamento das diferenças existentes entre a data do cumprimento do requisito etário e da implantação do benefício efetivada administrativamente, quando ainda em curso a demanda judicial. Recurso não provido.

I. O benefício assistencial de prestação continuada pode ser concedido tanto em face da idade avançada, como em razão do acometimento de deficiência física que torne o requerente incapaz para a vida independente e para o trabalho. Destarte, inexistente decisão *ultra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos que fornecidos na petição inicial.

II. Não confirmada a incapacidade física, mas observado o cumprimento do requisito etário (objetivo) no transcurso da demanda, a ensejar a concessão do benefício no âmbito administrativo (14/10/04), é de se estabelecer como termo *a quo* do pagamento a data em que o autor completou a idade de 65 (*sessenta e cinco*) anos, qual seja, 16/08/04.

III. Sentença mantida. Recurso não provido.

IV. Sem condenação em honorários, ante a ausência de advogado a representar os interesses do recorrido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, afastar a preliminar suscitada e, no mérito, também por unanimidade, negar provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/BA – 24/05/06.

Juiz Federal *Pompeu de Sousa Brasil*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil: — Cuida-se de recurso interposto pelo INSS contra a sentença de fls. 30/31, que julgou procedente em parte o pedido, para condenar a autarquia previdenciária ao pagamento das parcelas vencidas entre 16/08/04 a 14/10/04, referente ao benefício assistencial concedido administrativamente em 14/10/04, com o acréscimo de juros e correção monetária, aqueles à razão de 12% ao ano, a contar da citação, e esta pelo índice pertinente a cada época, a partir de quando cada parcela se tornou devida.

Alega o recorrente, em preliminar, a nulidade da sentença proferida, sob o argumento de que esta revelou-se *extra petita*, na medida em que acolheu pedido diverso daquele apresentado pelo autor na petição inicial, qual seja, amparo social ao deficiente, e não ao idoso.

Salienta a ausência do preenchimento do requisito etário pelo autor quando da propositura da ação, não fazendo jus ao benefício pleiteado. Argumenta, ainda, que a implementação do requisito mencionado, no decorrer do feito, impede a concessão do benefício, pois a contestação apresentada impugna apenas os fatos existentes na época do ajuizamento.

Recurso recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (fls. 38)

Sem contra-razões.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil: —

Preliminar de nulidade – sentença *extra petita*

Pugna o INSS pela nulidade da sentença proferida, mediante o reconhecimento de que a mesma é *extra petita*, por deferir pedido estranho (benefício assistencial de prestação continuada ao idoso) ao formulado no termo inicial, voltado à prestação destinada ao deficiente.

Para deferimento do *benefício assistencial de prestação continuada*, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal/88 e regulado pelos arts. 20 e 21 da Lei 8.742/93, necessário se faz:

- a) comprovação da falta de meios para a própria manutenção, ou de tê-la provida pela respectiva família;
- b) ser idoso (sessenta e cinco anos ou mais) ou portador de deficiência física, considerando como tal o incapaz para a vida independente e o trabalho (§ 2º do art. 20 da Lei 8.742/93).

Trata-se, pois, de um único benefício, que pode ser concedido tanto em face da idade avançada, como em razão do acometimento de deficiência física que torne o requerente incapaz para a vida independente e para o trabalho.

Não há falar-se de nulidade de sentença quando o magistrado, ao apreciar o conjunto probatório dos autos, verifica preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício pleiteado, ainda que por fundamentação legal diversa da que utilizada na exordial. Neste sentido:

Constitucional e Administrativo. Concurso público. Prazo de validade não expirado. Abertura de novo certame. Existência de candidatos aprovados no primeiro concurso. Direito à nomeação. Submissão do Banco Central do Brasil ao Regime Jurídico Único dos servidores da União Federal. Fundamentação da inicial e da sentença. Aplicação do princípio iuri novit curia.

I – Os arts. 37, IV, da Constituição Federal e 12, § 2º, da Lei 8.112/90, asseguram aos candidatos aprovados em concurso público, cujo prazo de validade ainda não tenha expirado, o direito à nomeação, se a Administração proceder à abertura de novo certame.

II – Aplica-se aos servidores do Banco Central do Brasil a Lei 8.112/90, cujo art. 12 não é inconstitucional.

III – *Desnecessidade de o juiz motivar a sua decisão com todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria, se apenas um deles é suficiente à solução do conflito. Ademais, não se vincula a fundamentação da decisão àquela contida na peça vestibular. Aplicação do princípio iuri novit curia.*

IV – Se a sentença garantiu para a nomeação dos candidatos a obediência à ordem de classificação, dispensa-se a formação de litisconsórcio necessário em face de outros concursados ainda não empossados.

V – Remessa oficial e apelação não providas. (TRF-1ª Região, AMS 9401225320; Processo:9401225320; UF: DF; Órgão Julgador: Terceira Turma Suplementar; Juiz Julier Sebastião da Silva (convocado); DJ Data: 16/07/01)

Portanto, desacolho a preliminar.

Mérito

Argumenta o INSS, caso admitida a possibilidade de apreciação do pedido formulado como amparo social ao idoso, que, ainda assim, o mesmo deveria ser julgado improcedente, tendo em vista a ausência do cumprimento do requisito etário por ocasião da propositura da ação.

Mas, também por isso não merece prosperar o recurso.

A sentença prolatada, contemplando demanda em prol da concessão de benefício assistencial, e, tendo este mesmo benefício sido concedido na seara administrativa no transcurso da lide, entendeu que a despeito da perda do interesse de agir em relação à respectiva implantação, remanesca o interesse do autor à obtenção do pagamento das parcelas atrasadas, desde a data em que cumpriu o requisito etário.

Assim, tendo se observado o cumprimento do requisito etário (objetivo) no transcurso da demanda, a ensejar a concessão do benefício no âmbito administrativo, é de se estabelecer como termo *a quo* do pagamento a data em que o autor completou a idade de 65 (*sessenta e cinco*) anos, qual seja, 16/08/04.

De ver que não houve recurso da parte autora, além do que a prova pericial realizada não confirmou a incapacidade laborativa exigida na lei (fls. 19).

Ante as razões expostas, nego provimento ao recurso interposto pelo INSS, mantendo incólume a sentença, nos precisos termos em que proferida.

Sem condenação em honorários, ante a ausência de advogado a representar os interesses do recorrido.

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

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

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF-1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF - 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF - 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados na versão do

Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o *e-mail* revista@trf1.gov.br .

- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.

- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no final e não no rodapé do texto.

- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância, também, da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.

- A *Revista do TRF-1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

- Para dirimir eventuais dúvidas, ligar nos telefones: 314-5377, 314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br

Composição TRF-1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Corte Especial

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Amilcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

2ª Seção

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

3ª Seção

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

4ª Seção

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

1ª Turma

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves – Presidente

Desembargador Federal Amilcar Machado

Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

2ª Turma

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva – Presidente

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

3ª Turma

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente

Desembargador Federal Tourinho Neto

Desembargador Federal Cândido Ribeiro

4ª Turma

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes – Presidente

Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Desembargador Federal Hilton Queiroz

5ª Turma

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – Presidente

Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira

Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus

6ª Turma

Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues – Presidente

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente

7ª Turma

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente

Desembargador Federal Catão Alves

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

8ª Turma

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

Conselho de Administração

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Corregedor-Geral
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira
Desembargador Federal Antônio Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargador Federal José Amilcar Machado – Efetivo
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Suplente

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

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

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal 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

Banca Examinadora do XII Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Federal Substituto da Primeira Região

Desembargador Federal Tourinho Neto – Presidente
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira – Efetivo
Advogado Paulo Roberto Moglia Thompson Flores
(OAB/Brasil) – Efetivo
Professor Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira (UnB) – Efetivo
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes – Suplente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Suplente
Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Suplente
Advogada Estefânia Ferreira de Souza de Viveiros
(OAB/Brasil) – Suplente
Professor Menelick de Carvalho Neto(UnB) – Suplente

Revista do Tribunal

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – 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 – Julho/2005



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
A partir de Junho/2006



Desembargador Federal Carlos
Fernando Mathias
Agosto/2005 – Maio/2006

Ficha Técnica

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – PRIMEIRA REGIÃO

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – 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

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Editoração Eletrônica

Fábia Cristina de Barros

Luciana Fernandes Menezes

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviços

Zilda Maria Regina Dutra

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos/Secad

Confecção de fotolitos

Color Press Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal 1ª Região

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv/Cojud

Praça dos Tribunais Superiores, Bloco “A” – Ed. Sede – Sala 13 – Térreo

70095-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3314-5377 e 3314-5451 – Fax (61) 3226-6538

E-mail: revista@trf1.gov.br

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

A revisão textual abarca as seções Entrevista, Artigos Doutrinários, Tópicos Jurídicos, Breviário e os Livros dos Juízes. Quanto às demais (Acórdãos e Decisões Monocráticas), em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, nas quais esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização.

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

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

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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