

ISSN 0103-X

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Agosto 2006

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

Conselho Editorial*

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros

*Portaria/Cojud 610-001 de 27/07/2006.

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Diretora

Seção de Apoio à Revista

Fábia Cristina de Barros

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Entrevista

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviços

Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/SECAD

Trabalho de Degração/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

Editoração Eletrônica

Geraldo Martins Teixeira Júnior

Luciana Fernandes Menezes

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Copidesque

Samuel Nunes dos Santos

Revisão

Carmen Lucia Prata da Costa

Maria Benáurea Santos

Samuel Nunes dos Santos

Confecção de fotolitos

Color Press Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Praça dos Tribunais Superiores, bloco “A” – Edifício-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 dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

A revisão textual abarca as seções Entrevista, Artigos Doutrinários, Tópicos Jurídicos e Breviário. Quanto às demais (Acórdãos e Decisões Monocráticas), em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, na qual esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização.

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

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

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Plenário

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

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 Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves

2ª Seção

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

3ª Seção

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

4ª Seção

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

1ª Turma

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

2ª Turma

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargadora Federal Neuza Alves

3ª Turma

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

4ª Turma

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

5ª Turma

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

6ª Turma

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

7ª Turma

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

8ª Turma

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

Conselho de Administração

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
– Corregedor-Geral
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Maria 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 Moreira

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
– Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal Leomar Amorim

Revista do Tribunal

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

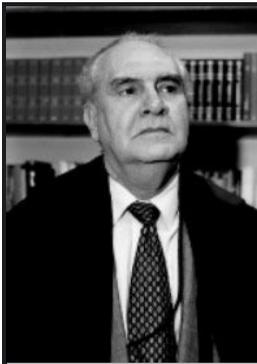
Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – ESMF

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

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre

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



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



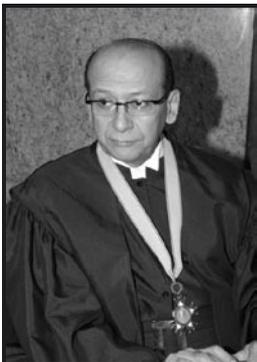
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
de Maio/97 – Maio/99



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
Carlos Fernando Mathias
Agosto/2005 – Maio/2006



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
A partir de Junho/2006

Editorial, 13

Em Foco

Justiça ao Judiciário, 17

Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

Gastando o Latim, 23

Língua do Direito – *Habeas Verbum*, 25

Artigos Doutrinários

Princípio da individualização da pena, 27

Vicente Leal de Araújo

Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes, 42

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Breve análise das sentenças civis ineficazes *ope legis*, 50

Marcelo José Magalhães Bonício

Contornos do mandado de busca e apreensão – requisitos e controle da atividade policial, 59

Rodrigo Carneiro Gomes

Tópicos Jurídicos

Rito secular e esfera etérea, 67

Eros Roberto Grau

Crime de porte de arma de fogo ou correlato cometido por integrante de órgão público ou entidade privada, 69

Damásio de Jesus

Teses e Dissertações – Contribuição ao Direito

A proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário, 71

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Mandado de Segurança contra ato do Presidente de Tribunal. Processamento de precatório.

Parcelamento, 85

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

Mandado de Segurança 2001.01.00.041566-6/DF

1ª Seção – Medida Cautelar Incidental em Ação Rescisória. Julgamento da ação principal. Interesse processual, 90

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado

Embargos de Declaração na Medida Cautelar Incidental 96.01.20281-1/DF

2ª Seção – Mandado de Segurança. Ministério Público Federal. Capacidade postulatória, 92

Rel.: Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
MS 2003.01.00.028296-4/BA

3ª Seção – Embargos de Declaração. Compensação de verba honorária. Caráter excepcional, 97

Rel.: Des. Federal Souza Prudente
Embargos de Declaração na Ação Rescisória 2000.01.00.074218-0/DF

4ª Seção – Embargos Infringentes. ORTN. Documento indispensável. Reajuste. Decreto-Lei 2.283/86, 100

Rel.: Des. Federal Leomar Amorim
Embargos Infringentes em AC 1998.01.00.095992-1/DF

1ª Turma – Servidor Público. Instauração de procedimento disciplinar, 105

Rel.: Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (Convocada)
AMS 1998.01.00.094253-0/MG

2ª Turma – Entidade Sindical. Irregularidade de representação judicial, 108

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves
AC 2003.33.00.017318-6/BA

3ª Turma – Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI. Quebra de sigilo bancário, 110

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes
AMS 2000.34.00.007945-7/DF

4ª Turma – Penal. Crime contra o sistema financeiro. Lei 7.492/86. Gestão fraudulenta, 113

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro
AC 1998.01.00.096130-4/AC

5ª Turma – Concurso público. Carreira de policial federal. Exame psicotécnico, 135

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus
Ag 2005.01.00.08752-5/MA

6ª Turma – Congresso Nacional. Convocação extraordinária, 144

Rel.: Des. Federal Souza Prudente
Ag 2006.01.00.006425-6/DF

7ª Turma – Conselhos profissionais. Eleições regionais, 155

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
AMS 2002.34.00.039682-0/DF

8ª Turma – Execução fiscal. Débitos previdenciários. Responsabilidade solidária do sócio de sociedade limitada, 159

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Ag 2006.01.00.012726-0/MG

JEFs em Revista

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito, 165

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva
Processo 2006.36.00.701233-1/MT

Fiscal federal agropecuário. Gratificação de desempenho de atividade de fiscalização agropecuária (GDAFA).

Extensão aos inativos, 166

Rel.: Juiz Federal Élcio Arruda
Processo 2006.38.00.719232-5/MG

Tributário. Policial militar ex-território de Rondônia. Imposto de Renda, 169

Rel.: Juiz Federal Substituto Élcio Arruda

Processo 2006.41.00.700103-8/RO

Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Empregada doméstica, 169

Rel.: Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos

Recurso 2005.34.00.754533-0/DF

Constitucional. Previdenciário. Benefício de amparo assistencial ao deficiente, 170

Rel.: Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos

Recurso 2005.34.00.754799-2/DF

Penal. Crime de desacato. Delito praticado por advogado contra servidores públicos federais, 171

Rel.: Juiz Federal Substituto Flávio da Silva Andrade

Recurso 2006.41.00.700305-9/RO

Breviário

Confira outros assuntos relevantes julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), 173

Imposto de renda. Restituição. Indenização de férias.

Doutorado. Bolsa de Estudos. Princípio da legalidade.

Quebra de sigilo pelo Ministério Público.

Advogados – atendimento prioritário e livre acesso às dependências do INSS.

Pena cumprida no estrangeiro: cômputo no Brasil – prescrição.

Ensino superior: Prouni.

Declaração de tributos por meio de DCTF. Decadência e prescrição.

Estatística, 177

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 187

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 189



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Portaria/Cojud 610-001 de 27/07/2006

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, DIRETOR DA REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, NO USO DE SUAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS, RESOLVE:

1. Criar o Conselho Editorial da Revista do TRF-1ª Região, que será presidido pelo Diretor da Revista.
2. Compete ao Conselho Editorial assessorar o Diretor na condução e elaboração da Revista, bem como na eleição dos critérios de excelência e dos padrões de qualidade para as publicações de artigos; e outros assuntos que lhe forem submetidos pelo Presidente.
3. O Conselho Editorial se reunirá quando convocado pelo seu Presidente e pelo menos uma vez por mês em tempo hábil à montagem mensal da Revista.
4. Nomear membros do Conselho Editorial a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, a Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso e a Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros.
5. Publique-se e dê-se ciência.

DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL
DIRETOR DA REVISTA DO TRF-1ª REGIÃO

Pensando alto, apenas.

Quem aceita o mal sem protestar coopera realmente com ele.

Martin Luther King

Buscando suprir minhas naturais deficiências no setor, constituí o “Conselho Editorial”, pelo menos da maneira como o entendo. Aceitaram o convite a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, magistrada de carreira; a Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, do quinto constitucional reservado a advogados, e a Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros, da 3ª Vara Federal do Distrito Federal. Sinto-me extremamente honrado em contar com a participação dessas três brilhantes magistradas, cujos perfis bastante distintos muito contribuirão, por certo, à harmonia do objetivo da Revista, mediante melhor seleção de artigos, de acórdãos, de sugestões e de críticas, na busca do continuado esforço de aprimoramento e manutenção deste importante instrumental de veiculação do conhecimento.

A edição da Revista a partir de agosto foi confiada pela Administração da Corte à Diretora da Coordenação de Jurisprudência e Documentação – COJUD, Dra. Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa, que cumulará ambas as funções. À Dra. Nelsília, os melhores votos de exitosa dedicação e antecipados agradecimentos pela aguardada valiosa contribuição.

A Administração da Corte procedeu, também, à alteração da atribuição de confecção da Revista, passando a sua diagramação, editoração e revisão de textos à Divisão de Produção Editorial – DIEDI. Em decorrência, também, dessas substanciais mudanças, a Revista continua sendo editada com pequeno atraso. A Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA anda bastante sobrecarregada agora com as atividades do XII Concurso de Juiz Federal Substituto.

A partir deste número, a Revista publicará a Estatística do movimento processual na Corte, discriminando, basicamente, o número dos feitos distribuídos, julgados, baixados, ascendidos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), o acervo remanescente, ou pendente de julgamento, por Relator e por órgão julgador. Tal transparência é, a meu sentir, indispensável ao real conhecimento das nossas condições de trabalho, fornecendo aos interessados, e a todos em geral, uma das razões pelas quais há, às vezes, acentuada demora de julgamento dos feitos. Apenas para melhor esclarecimento dos que não tenham completa ou a mais ampla visão dos mecanismos judiciais, esses dados numéricos têm, em casos pontuados e específicos, realidade apenas relativa. Quero dizer, não têm exatidão real material em razão da dinâmica processualística. Ainda que assim o sejam, estão perfeitamente hábeis a propiciar um retrato do nosso movimento processual.

Essa questão me evoca recente manifestação de um leitor em jornal desta Capital, fustigando os subsídios da magistratura brasileira (teto máximo de R\$ 24.500,00). Esse leitor reportava que um juiz americano ou europeu ganhava, por mês, cerca de dez mil dólares/euros, quando, nos Estados Unidos e Europa, o salário médio seria de mais de mil dólares/euros.

Pedindo escusas pela imprecisão dos dados (importante, no que interessa fundamentalmente, é a lógica do raciocínio), relato a indignação do leitor: como podem os juizes brasileiros reclamar, nesse quadro, dos seus subsídios quando o salário mínimo brasileiro é de trezentos e cinquenta reais! Na sua ótica, um juiz brasileiro ganha muito mais salários mínimos do que um juiz americano do norte ou europeu.

O leitor não tinha, pelo visto, maior conhecimento do assunto ou desconsiderou outros dados de suma relevância. Em primeiro lugar, nenhum juiz tem ganho líquido nesse montante porque todos somos contribuintes do IRPF à alíquota de 27,5% (trabalha-se por quatro meses *apenas* para pagar imposto) e a grande maioria (à exceção dos que permanecem na ativa embora com tempo para aposentação) ainda sofre o desconto de 11% (previdenciário).

Em segundo lugar, a fixação dos “subsídios” nesse patamar foi medida eminentemente política conjuntural e, de fato, só representou aumento real para os ministros do STF e para os juizes federais substitutos (algo pró-

ximo de 50%). A grande maioria, intermediária, dos juízes federais não teve aumento sequer de 1% (ao contrário, perdemos — injustamente — a gratificação por tempo de serviço — o grande diferencial, pois hoje um juiz federal substituto iniciante ganha quase o mesmo que outro com mais de 20 anos na carreira).

Em terceiro lugar, o juiz americano e o juiz europeu não recebem e não julgam mais que QUINHENTOS PROCESSOS POR ANO! A estatística (veja-se local próprio) revela que os juízes federais brasileiros recebem muito mais de dez vezes esse número de processos por ano; julgam em média, por mês, o que se julga alhures por ano!

Duas questões gravíssimas despontam. A primeira: os juízes, em especial, os federais, estamos submetidos a uma carga estupidamente exagerada de processos (de trabalho), que comprometem nossa vida, nossa qualidade de vida, nossa saúde física e mental, com uma jornada de trabalho, para muitos, de cerca de dez horas, ou mais, de trabalho contínuo, direto e desgastante. A segunda: a remuneração, hoje “batizada” de subsídios, não guarda proporção, simetria ou justa contrapartida à importância, relevância e responsabilidade da atividade judicante.

Ambas as questões resultam, para muitos de nós, em elevado grau de frustração, principalmente pelo fato de ser humanamente impossível julgar, com rapidez, um acervo de sete mil processos, ou mais, trabalhando dez horas por dia em média e recebendo, por mês, em média, mais processos do que se consegue julgar. Tenho a certeza de que esse contexto explica o aumento, cada vez mais crescente, do número de juízes que se dedicam também ao magistério, com afastamentos por um, dois ou mais anos para cursos de mestrado e/ou doutorado (no Brasil e/ou no exterior), o que, sem dúvida, é mais gratificante e pode reforçar o orçamento mensal.

O Poder Judiciário, por seus órgãos de cúpula, precisa enfrentar tais questões com coragem, com realismo e com justiça. Os juízes, guardiães-mor da cidadania, não podem ver vilipendiada a própria cidadania num processo de autofagia ou em nome de escrúpulos duvidosos.

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Diretor da Revista

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

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

Por Maria Carolina Ribeiro

Como diz o Desembargador Federal Carlos Olavo, “cada um tem a sua história para se tornar juiz”. O entrevistado de junho/2006, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, não desejava estudar Direito, mas foi capturado pelo destino. A Desembargadora Federal Assusete Magalhães, entrevistada na edição de julho, sonhava com



Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

a magistratura desde a infância. Neste mês, o magistrado Carlos Olavo, apaixonado pelo jornalismo e pela advocacia, conta-nos como a judicatura entrou em sua vida.

Nascido em Belo Horizonte/MG, elegeu como exemplos de vida as figuras do pai e dos avós: o paterno, tabelião e jornalista; o materno, um dos maiores advogados do seu tempo na Zona da Mata mineira. Mantendo a tradição da família, Carlos Olavo exerceu ainda o jornalismo, orgulhando-se de, quando jovem, haver conhecido notáveis intelectuais da imprensa e da vida forense. Mas foi no Direito que encontrou realização pessoal. Passou por quase todos os segmentos da carreira jurídica, atuando como delegado, advogado, promotor, juiz e professor universitário.

Como vice-presidente do TRF 1ª Região, para além de suas funções regimentais, auxilia ainda a presidência na admissibilidade de recursos especiais e extraordinários, demonstrando sua abertura à administração participativa. Afinal, ele acredita que, para se exercer a judicatura, é preciso ser idealista, abnegado, sem dispensar uma boa dose de coragem e estoicismo.

É por essa razão que defende a bandeira “Justiça ao Judiciário”: o juiz não é um privilegiado que detém excessivos poderes. Ele sacrifica muito do seu tempo de vida — tempo de família, inclusive — para cumprir o relevante dever de fazer justiça.

Revista: Antes de ingressar na carreira jurídica, o senhor exercia o jornalismo?

Carlos Olavo: Nos tempos de estudante, sonhei em me tornar jornalista (numa época em que o jovem alimenta pretensões intelectuais, freqüentando grêmios acadêmicos e fazendo versos...). Trabalhei em jornal por pouco tempo, mas tive a rica experiência de conviver com notáveis nomes da imprensa. E talvez um pouco influenciado por meu pai, que escrevia semanalmente para jornais; e por meu avô paterno, que, além de tabelião, foi político e jornalista, fundador de *O Operário*, um jornal de grande repercussão na Zona da Mata, ainda na velha República.

Quando universitário, fui escrivão, por concurso, e perito examinador de trânsito, mas encontrava

tempo para freqüentar a redação de um jornal, onde, como repórter, fazia cobertura das páginas de polícia e justiça, guardando ainda hoje, como recordação de um tempo em que eu era muito jovem (lá pelos vinte anos de idade), exemplares de entrevistas feitas por mim a alguns deputados, delegados e juizes citados em noticiários daquela época.

Eu via no jornalismo algo de muito emocionante. Apesar de ainda não ter uma suficiente base intelectual para exercer um bom jornalismo, freqüentava, como observador, as rodas da imprensa e do mundo político. Aproveitava a companhia de meu pai, para ser um bisbilhoteiro das conversas de seus amigos ligados a esses assuntos do meu interesse.

Revista: O senhor foi jornalista por idealismo.

Carlos Olavo: Eu tinha ainda uns quinze ou dezesseis anos de idade, quando, em companhia de um colega e amigo fraterno ainda dos dias de hoje, fundamos um semanário no bairro do Carmo, em Belo Horizonte, impresso a mimeógrafo, *O Carbonário*, que, como se vê pelo próprio nome, revelava os seus objetivos “incendiários” e subversivos. Falava mal de todo mundo, mas tinha editorial, página literária de contos e poesias e um sem número de fofocas políticas e sociais. Para mim, isso era o máximo, um sonho de criança querendo ser gente.

Depois, embora não mais freqüentando as redações, de vez em quando, escrevia um ou outro artigo sobre matéria política, o que era muito do meu gosto. Aliás, na fase do Curso Clássico, no Colégio Marconi, em Belo Horizonte, fui um entusiasta das questões políticas, mas minha maior satisfação estava no trato dos assuntos literários. Desse tempo, alguns dos meus colegas tornaram-se conhecidos escritores, poetas e cronistas, a exemplo dos irmãos Danilo e Dúlio Gomes, Adão Ventura e tantos outros.

Mais tarde, o certo é que o Direito veio a exercer enorme atração na minha vida. Tive a oportunidade de advogar ao lado de grandes nomes do Direito, além da companhia de meu pai, de quem eu era também datilógrafo para os seus memoriais e petições de recurso.

Revista: No Direito, sua pretensão era a advocacia?

Carlos Olavo: Depois de formado, exerci vários cargos públicos, além da advocacia, esta na maior parte de minha vida profissional. Por uma imposição do destino, que vai desviando os nossos caminhos, fui, primeiramente, delegado, porque, antes de me formar, fiz o concurso. Para o reconhecimento de minha aprovação, era necessário que eu apresentasse o diploma — o que fiz somente após minha colação de grau. Depois de certa hesitação, aceitei designação do Secretário de Segurança para exercer o cargo de delegado de alguns distritos de Belo Horizonte e depois na Corregedoria-Geral de Polícia. Foi uma escola para mim. Penso que desempenhei a contento as funções de autoridade policial, porque nunca admiti que polícia fosse sinônimo de “cassetete” ou buduna, mas uma instituição de elevado alcance social e político-criminal, muitas vezes mal compreendida pelo governo e por alguns dos seus próprios integrantes. Mas essa não era a minha vocação; foi uma coisa eventual na minha vida.

Depois, no Ministério Público, vivi um dos momentos felizes da minha vida profissional. O Ministério Público é uma grande instituição, com uma atribuição constitucional da mais alta relevância, de fiscal da lei e de sua fiel execução, de defensor da sociedade, dos interesses indisponíveis do cidadão e do Estado. Trabalhando no interior, propunha ações trabalhistas, fiscalizava as cadeias, oficiava em uma centena de processos por mês, e ainda encontrava tempo para me dedicar aos estudos e às leituras que sempre cultivei. Fato de destaque, como promotor, deu-se quando, de uma feita, tomei providências enérgicas contra um delegado atrabiliário, o que me valeu aumento de prestígio na Comarca, mas também uma terrível preocupação com a minha sobrevivência.

Deixei o Ministério Público para exercer efetivamente a advocacia, que foi a atividade na qual obtive os melhores êxitos na minha vida profissional. Um desafio, mas que valeu a pena. Integrei um dos mais prestigiosos escritórios de advocacia do Brasil. Com muito orgulho, trabalhei ao lado de brilhantes advogados, professores e notáveis expressões do mundo jurídico.

Revista: Por que o senhor se decidiu pela magistratura?

Carlos Olavo: Ainda na advocacia, postulei em grandes causas, fui advogado da Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG por muitos anos. Em 1998, eu advogava intensamente em Belo Horizonte e em Brasília e mereci a honra de ter o meu nome incluído em lista sêxtupla da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, para ocupar vaga do quinto constitucional deste Tribunal. O Conselho Federal da Ordem aprovou o meu nome, e o TRF 1ª Região incluiu-me em lista tríplice. Em razão disso, tornei-me juiz deste Tribunal. Embora nunca tivesse tido a pretensão direta e objetiva de ser juiz — considerava-me autenticamente um advogado — para mim, foi uma consagração. É uma honra ser magistrado.

Faço aqui um parêntese para acrescentar que, ao longo de todo esse tempo anterior, exerci, esporádica e eventualmente, funções de assessoramento jurídico a órgãos públicos, além do magistério superior, mediante concurso, em duas das mais conceituadas faculdades de Direito, em Minas Gerais.

Revista: Após esses anos de experiência, como o senhor avalia a magistratura brasileira?

Carlos Olavo: Penso que a Justiça é integrada, na sua

maioria, por homens de bem. A pessoa, quando ingressa na magistratura, não deve ser movida por outro ideal senão o de fazer justiça, servir bem à comunidade. Não acredito que alguém, com segundas intenções, vá ingressar em uma carreira tão espinhosa, por meio de um concurso tão difícil, de tanto sacrifício. Hoje, sou prisioneiro do trabalho: de casa para o Tribunal e do Tribunal para casa. Isso nunca acontecia comigo antes, porque o advogado tem liberdade, substabelece poderes para que algum outro colega continue o patrocínio da causa, ao passo que o juiz não. O juiz tem o dever indeclinável, indelegável de julgar os seus processos. Assim, exercendo a judicatura com amor, com dedicação, ele acaba se tornando um escravo do trabalho. Essa é que é a verdade. Vive por conta do trabalho, às vezes com sacrifício do próprio convívio familiar.

Vejo muita injustiça nos ataques que se fazem à magistratura, atribuindo-lhe atraso na prestação jurisdicional. Dizem que a Justiça é tardia, que não se faz justiça e outros chavões usados contra a instituição. Não sei a quem interessa o descrédito do Poder Judiciário, porque o seu desprestígio é um princípio de dissolução social. Na verdade, há uma situação complexa que impede ao magistrado fazer mais do que vem fazendo em tempo menor. Nossa legislação permite uma sucessão de recursos infundáveis, que vão do 1º grau às últimas instâncias, e muitos advogados, sempre inconformados com os resultados adversos, seguem recorrendo. Temos um volume de serviço fabuloso, uma explosão demográfica incontida — e quanto mais gente em uma sociedade, mais conflito, e quanto mais conflito, mais congestionado será o Poder Judiciário.

Revista: O senhor considera uma injustiça atribuir aos magistrados a responsabilidade pela lentidão processual?

Carlos Olavo: Só quem não conhece a realidade interna dos tribunais tem a visão distorcida dos seus detratores. Conheço juízes que se dedicam ao trabalho pela manhã, à tarde e à noite. Então, como se pode dizer que o juiz é um privilegiado, que detém poderes excessivos, que o juiz não dá conta de seu serviço? Parece haver uma má vontade com a instituição, que é a mais respeitável, no meu sentir, no conjunto das demais instituições brasileiras. A despeito de todas as mazelas e de todas as dificuldades, o juiz ainda cumpre com sacrifício, com estoicismo o seu dever.

Revista: E quanto aos juízes que se desviaram do caminho do idealismo?

Carlos Olavo: O que acontece é que o ser humano é imperfeito. Não posso dizer que o Poder Judiciário é integrado tão-somente por juízes absolutamente honestos e zelosos. Há aqueles que, eventualmente, em número muito reduzido, diga-se de passagem, possam ter, por uma contingência humana, um desvio de conduta. Admito isso, porque não somos deuses. O juiz não é um ser perfeito, nem pode ter a pretensão de ser muito poderoso. Ele tem de exercer o seu mister com dedicação, humildade e abnegação.

Revista: Quais são os pré-requisitos essenciais para se formar um desembargador federal? Como foi no seu caso?

Carlos Olavo: Já contei a minha história. Toda uma vida voltada para os estudos e o trabalho. Eu ficava, às vezes, assistindo a julgamentos nos tribunais, falando com os meus botões que gostaria de estar ali para dizer no lugar do juiz isso ou aquilo, assim ou assado. Porque o advogado é um crítico do juiz, crítico mesmo. E fui um crítico exacerbado, porque não me continha diante de uma decisão judicial que não se ajustasse à minha compreensão do que fosse justo e jurídico. Acredito que cada um tem a sua história para tornar-se um juiz. Penso, principalmente, que para se exercer bem a magistratura, é necessário um bom exercício da advocacia antes. Um pressuposto indispensável. No mínimo cinco anos. O juiz, sempre juiz, não conhece o sofrimento do cliente, do jurisdicionado, a realidade fora dos autos. Tem a visão que lhe retrata, que lhe mostra o processo. Conhece a verdade do processo, que nem sempre é expressiva da realidade, da questão humana subjacente à questão jurídica.

Revista: O presidente nacional da OAB, Roberto Busato, afirmou recentemente que a maioria das faculdades de Direito no Brasil, em virtude da má qualidade dos cursos, está formando, na verdade, analfabetos jurídicos. O Senhor concorda com isso?

Carlos Olavo: É uma expressão pesada, mas uma realidade constatada. Ao tempo em que fiz meu curso de Direito, Belo Horizonte possuía duas faculdades: a da Universidade Federal e a Faculdade Mineira de Direito, ambas de alto nível. Esta formava cinqüenta, no máximo sessenta bacharéis por ano, num concurso difícilíssimo. Na outra, havia um vestibular muito

exigente, professores catedráticos do mais alto nível compondo as bancas examinadoras, exame oral. Hoje, não sei quantas faculdades ali existem. Se alguém me disser que há vinte ou trinta, eu acredito...

Revista: No Brasil, hoje, funcionam 1.004 faculdades de Direito autorizadas pelo MEC.

Carlos Olavo: Pois é, 1.004. Como pode ter professor para tanta faculdade? Na minha época, o professor era um profissional do direito já consagrado, ou alguém com uma biografia de jurista. Hoje, o sujeito recém-formado, mal saído do exame de Ordem, vai dar aula em alguma faculdade por aí.

Nas disciplinas de Introdução à Ciência do Direito e de Filosofia do Direito, por exemplo, conheci grandes professores, como Edgar de Godoi da Mata-Machado, notável homem público e jurista, de quem com orgulho fui aluno e amigo. Hoje, perdoem-me aqueles que o são, não conheço quem o seja dessas matérias. Morreu, recentemente, nosso grande Miguel Reale, e parece que não há quem o possa substituir.

Revista: A atual presidente do Tribunal, Desembargador Federal Assusete Magalhães, delegou-lhe a competência para decidir sobre admissibilidade de recursos especiais e extraordinários da 1ª e 2ª Seções. O senhor é favorável à idéia da administração participativa pelos titulares de cargo diretivo?

Carlos Olavo: Claro, pois, integrando o grupo de dirigentes do Tribunal, há de existir uma colaboração, uma solidariedade, um objetivo único entre os dirigentes. Apesar do grande volume de serviço, faço isso com absoluto desprendimento, porque o vice-presidente deve ser um colaborador do presidente, além de desempenhar outras funções regimentais, como presidir as Seções.

Nessa sede de admissibilidade de recurso especial e extraordinário, o volume de serviço é grande. O presidente possui muitas atribuições — representação do Tribunal, exame e decisão de muitas questões que lhe são submetidas, como por exemplo, suspensão de segurança, além de outras exaustivas tarefas de administração de uma grande e complexa instituição. Não é possível que ele faça tudo, sem a colaboração do seu principal substituto e auxiliar, que é o vice-presidente.

Revista: De que outras formas os vice-presidentes dos Tribunais Regionais Federais poderiam contribuir para promover uma Justiça Federal mais célere, mais eficaz?

Carlos Olavo: A Justiça Federal é uma instituição formidável pela qualidade humana de seus integrantes, tanto na sua atividade-fim quanto na sua atividade-meio. De sorte que tudo o que se fizer em favor do Tribunal, estar-se-á fazendo em favor da Justiça e dos jurisdicionados.

Revista: O que precisa melhorar em relação aos serviços burocráticos e cartorários?

Carlos Olavo: Cada setor da Justiça Federal tem as suas dificuldades. O principal problema cartorário, de administração da Justiça está, a meu ver, no volume absurdo de processos. A Constituição de 1988 abriu as portas do Judiciário para qualquer pleito, qualquer dúvida que se suscite em relação a um ato do Poder Público. Questionam-se judicialmente atos do Legislativo, do Executivo e do próprio Judiciário. Enfim, o volume de serviços é extremamente grande. Assim, o que mais se exige é um pessoal altamente qualificado, que saiba planejar, coordenar e estabelecer métodos disciplinares de trabalho e de aprimoramento do material humano. Dizia Juscelino Kubitschek de Oliveira que “administrar é ter imaginação.” Muitas vezes, precisamos da imaginação para solucionar os problemas. Em face da realidade de uma entidade ou órgão (e cada um tem as suas peculiaridades), temos de ter aquele pessoal preparado para se debruçar em cima dos problemas, promover reuniões, encontros, discutir qual é a melhor solução etc. Nesse sentido, o que acho mais importante é o entrosamento, o bom convívio entre os funcionários.

Revista: Também esse pessoal, que precisa ser altamente qualificado, precisa partilhar um pouco do idealismo dos magistrados, como o senhor disse?

Carlos Olavo: O funcionário tem de vestir a camisa. Considero de bom nível o pessoal que trabalha na Justiça Federal, de uma maneira geral. Mas observo hoje que um dos grandes males do Brasil, notadamente no serviço público, é a ausência de um melhor aprimoramento no plano do conhecimento geral, principalmente da importância do serviço que cada um exerce no seu setor.

O preparo intelectual tem de começar na tenra infância. Convenhamos, o ensino caiu muito, embora eu reconheça que há jovens de alto nível na Justiça Federal. Quanto aos funcionários, tenho como necessária a ministração cíclica de cursos de aperfeiçoamento,

formação e atualização teórica e prática, para que o funcionamento burocrático da Justiça não caia naquele marasmo, ferrugem e ociosidade comuns em órgãos de outros poderes, inclusive nos planos estadual e municipal. A preocupação com a educação e a cultura é a base para se construir uma grande nação.

Revista: Quanto à reforma do Poder Judiciário, que medidas o senhor acha que foram acertadas e quais devem ser reformuladas ou adotadas?

Carlos Olavo: Acho que o Judiciário, como muitas instituições brasileiras, precisa de reforma. Mas não basta a reforma das instituições, porque elas são integradas pela pessoa humana, pela qualidade humana de seus integrantes. Se você tem um Poder Judiciário, ou um Congresso, ou qualquer órgão público integrado por gente da melhor qualidade intelectual, não precisa fazer reforma alguma.

Outra observação é que, no Judiciário, talvez uma das reformas mais importantes — e não temos sido felizes nisso — é a da legislação processual, porque essa tem condenado à morte a prestação jurisdicional. Ela é a grande responsável pelos recursos infundáveis, sucessivos — o advogado eternamente insatisfeito com o resultado adverso vai subindo de instância em instância para ver se alcança algum sucesso na sua pretensão. E como é que vamos reduzir essa quantidade de demanda, que é um maremoto em cima da Justiça? A Justiça está sufocada, e não é pelos seus próprios erros, mas por uma coisa que é estranha a ela, que é esse crescimento explosivo da população e, conseqüentemente, das demandas. Anteontem, distribuí quinhentos processos — em um dia! Ora, somos vinte e sete juízes e recebemos, apenas num dia, quinhentos processos. E ontem? E hoje? E amanhã? E depois? Temos de pedir a Deus um milagre para que as coisas melhorem!

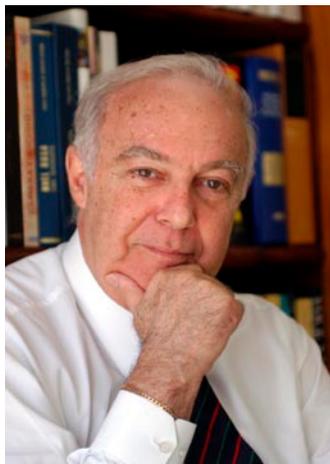
Revista: Parece haver um consenso entre os magistrados sobre estar na legislação processual a dificuldade maior em acelerar a prestação jurisdicional. O que emperra essa efetiva reforma processual?

Carlos Olavo: O juiz está tão absorto no seu trabalho que nem tem tempo de ficar pensando nisso. Primeiro tem de existir por parte do legislador uma consciência desse problema. E não basta ter consciência, é necessário que exista gente competente para promover uma reforma. Essa reforma não pode ser feita só por

juízes, nem só por advogados, nem só por integrantes do Ministério Público, mas também por pensadores do Direito, por juristas que saibam formular soluções duradouras, porque a lei tem de ter esse caráter de duração permanente, para não ser alterada amanhã ou depois de amanhã. Isso é imprescindível.

Revista: O senhor afirmou, recentemente, no ensaio *O dever constitucional do Estado* (*Correio Braziliense*, 19/07/2006), que os controladores do poder do Estado devem zelar pelas necessidades da população em detrimento da sua própria sobrevivência no regaço do organismo estatal. Como garantir que essas pessoas não se desviem de suas funções, não enxerguem seu cargo como um regaço, principalmente em tempos de eleição?

Carlos Olavo: Estamos vivendo um tempo um tanto confuso, porque os homens públicos, uma boa parte deles — não vou dizer a maioria porque há homens de bem que se dedicam por vocação à atividade política — entra na política para proveito pessoal, para obter mais poder ou então para obter vantagens econômico-financeiras. Acho que é um desvio de vocação, porque a política tem de ser exercida por homens idealistas, por gente que acredita no Brasil — somos um país imenso, com um potencial incrível. Sendo legislador, que ele se dedique a fazer leis em benefício do povo, e não com o intuito de obter vantagem, prestígio pessoal na sua comunidade eleitoral. Então, acho que o político, quando não coloca seu ideal de servir bem à coletividade, de fazer boas leis, acima de todas as coisas, está cometendo um grave erro. E quem pode repudiar o mau político é o eleitor, único com poder de recusá-lo à reeleição. Agora, para isso, é preciso consciência política.



Esta página não pretende ensinar o Pai Nosso ao vigário, como se diz. Muito menos a leitores habituados a lidar com expressões latinas em seu cotidiano profissional.

Mas não faz mal reler algumas e, quem sabe, descobrir o significado de outras menos usadas. Seja como for, fica a lembrança da influência da *última flor do Lácio* na linguagem que usamos diariamente, herdada de uma brilhante civilização que dominou o mundo por séculos e deixou rastro de cultura e grandeza.

Memento mori – *Lembra-te que há de morrer*. Divisa dos trapistas, ordem religiosa fundada em 1140. Observam o silêncio, trabalham manualmente, rezam, alimentam-se de pão grosseiro e legumes cozidos e, entre si, apenas dizem *memento mori*.

Magister dixit – *Assim disse o mestre*. Preceito dogmático dos discípulos de Pitágoras e Aristóteles. Argumento de autoridade.

Lex Talionis – *Lei do talião*. Muitos pensam que talião é nome de alguém, mas não é. Trata-se, isto sim, de uma lei bastante antiga e rigorosa que prevê justa reciprocidade entre o crime e a pena, simbolizada na expressão *olho por olho, dente por dente*. Para *tal* crime, *tal e qual* pena. As primeiras referências à lei do talião – do latim *lex talionis* – foram encontradas no Código de Hamurabi em 1730 a.C., no reino da Babilônia. Ele admitia a permissão para que as pessoas fizessem justiça pelas próprias mãos, forma incipiente de solucionar crimes e delitos, hoje evoluída para todo um arcabouço jurídico que contempla não apenas a punição ao culpado mas também a dignidade humana.

In extremis – *No momento extremo*. O sacramento católico antes chamado de Extrema Unção a um doente em seus instantes derradeiros de vida. Hoje, conhecido como Unção dos Enfermos.

Ex oriente lux, ex occidente lex – *Do Oriente vem a luz, do Ocidente vem a lei*. A expressão se refere a toda uma filosofia emanada do lado oriental do planeta – budismo, bramanismo, hinduísmo, e outras filosofias e religiões – e de todo um repertório de leis nascidas sobretudo do Direito Romano.

Damnatio ad bestias – *Condenação às feras*. Pena aplicada em Roma, particularmente durante o período do imperador Nero, ao condenar os cristãos a serem devorados pelos leões no Coliseu num bárbaro espetáculo presenciado por milhares de ensandecidos espectadores, convencidos pelo chefe da Guarda Pretoriana de que os cristãos haviam sido os culpados pelo incêndio de Roma.

Caro data vermibus – *Carne dada aos vermes*. A expressão forma o acróstico *cadáver* pela utilização das sílabas iniciais.

Ridendo, castigat mores – *Rindo, castigam-se os costumes*. Provérbio que define, com ironia, o papel da comédia teatral ao criticar os costumes da sociedade e usado com frequência como emblema por vários teatros como a Ópera Comique, de Paris e o Teatro San Carlino, de Nápoles.

* Márcio Cotrim, jornalista e escritor, é Diretor Executivo da Fundação Assis Chateaubriand.

Traçando um paralelo...

Carmen Lucia Prata da Costa¹ e Maria Benáurea Santos²

De acordo com nossos melhores dicionaristas, podemos entender a simetria como um conjunto de proporções equilibradas, a semelhança, a concordância ou a correspondência entre duas ou mais situações ou fenômenos. (Dicionário Aurélio e Dicionário Houaiss.)

A simetria aplicada à gramática denomina-se paralelismo. Paralelismo é, assim, uma forma de construção simétrica. O recurso do paralelismo pode contribuir para a obtenção de um texto fluido e coeso; de igual modo, sua ausência muitas vezes pode gerar truncamentos sintáticos e significados diversos daquele que o autor originalmente tencionava.

Othon Moacir Garcia, em *Comunicação em prosa moderna*, enumera três tipos de paralelismo: o rítmico ou similitude, o sintático e o semântico. Vamos nos restringir a analisar o paralelismo sintático.

Paralelismo sintático é a concatenação das idéias que compõem o enunciado, levando-se em consideração os princípios sintáticos que estruturam a linguagem. A língua organiza-se sabidamente: termos e orações que possuem funções idênticas geralmente ganham estruturas iguais nos enunciados.

Observe o exemplo:

O marido disse *adeus e que não voltaria mais*.

Aqui a falta de paralelismo se dá porque o sujeito, marido, disse duas coisas de valor sintático equivalente, de forma distinta. Os dois blocos do objeto direto não constituem elementos paralelos, visto que em um caso é um nome — *adeus* — e em outro, uma oração — *que não voltaria mais*. Solução: ou dois nomes ou duas orações.

O marido disse *que sairia e que não voltaria mais*.

Vejamos agora mais um exemplo:

Em pesquisa recente, *as intenções de voto no candidato* do Partido Republicano se mantiveram em 52%, enquanto *o democrata* variou de 27% para 30%.

No período acima, o paralelismo sintático foi desrespeitado, ao se distribuírem diversamente informações acerca dos percentuais. No primeiro, o número relaciona-se às intenções de voto; no segundo, o sujeito da ação verbal passa a ser o democrata, causando, inclusive, alguma estranheza semântica. O democrata variou? Percebe-se que não foi o democrata que variou; as intenções de voto no democrata é que variaram. Se o objetivo era evitar a repetição da expressão *as intenções de voto no candidato*, poder-se-ia preservar o paralelismo, construindo-se o período da seguinte forma:

Em pesquisa recente, *as intenções de voto no candidato* do Partido Republicano se mantiveram em 52%, enquanto *as no democrata* variaram de 27% para 30%.

¹ Licenciada em Letras – Português e Latim/Uniceub e revisora da Diedi/TRF 1ª Região

² Mestre em Linguística/UnB e revisora da Diedi/TRF 1ª Região

Princípio da individualização da pena

Vicente Leal de Araújo¹

“... do mesmo modo que julgardes, sereis também vós julgados e, com a mesma medida com tiverdes medido, também vós sereis medidos” (Mateus 7, 1-2).

1 Introdução

O Iluminismo, movimento cultural e espiritual que se desenvolveu no Século XVIII — o século das luzes —, foi o grande responsável pela transformação do Direito Penal contemporâneo.

O espírito das constituições demarcou esse novo tempo, animado da idéia de fixar limites à ação dos agentes do Estado, em face do temor do perigo sempre presente do *despotismo*, estigma dos costumes políticos que ensejaram a eclosão da Revolução Francesa de 1792.

Nesse cenário de movimentos de transformação, acendeu-se um farol que veio marcar uma nova era na história do Direito Penal: a obra de Cesare Bonesane, Marquês de Beccaria: *Dei Delitti e Delle Pene*, editada em 1764. Nela foram fincadas as vigas mestras de uma concepção humanista sobre o direito de punir e sobre o sentido das penas.

Sob a influência de Beccaria, foi promulgado o Código Penal Francês de 1810, no qual se firmaram os fundamentos do Direito Penal moderno, com princípios basilares intangíveis, como o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a racionalização das penas, a proporcionalidade destas ao ato delituoso cometido, a humanização das penas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, inseriu no seu texto regra preciosa, afirmando que “*toda a sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição*” (art. 16). A partir desse marco histórico, os povos civilizados buscaram situar as bases do sistema penal no bojo das franquias constitucionais. É que a função punitiva é a mais poderosa intervenção do Estado na vida do indivíduo.

O *jus puniendi* é, sem dúvida, o mais vigoroso instrumento de controle social. No exercício desse poder, no qual se coloca em depuração o *status libertatis*, de magnânima relevância para a vida, deve o Estado, por seus agentes, atuar com profunda cautela. Qualquer restrição ao direito de liberdade deve ser concedida com os olhos postos na grave repercussão que essa medida provoca na existência do ser humano.

Privado da liberdade por disposição do Estado, o homem é afastado do seu trabalho, da sua família, do seu espaço social, restando impedido de conquistar seus sonhos, de realizar cursos, de buscar novas oportunidades profissionais. Transforma-se em um número, titular de uma cela, personagem de um drama de miséria e de vergonha.

E a desonra de um sentenciado é medida pelo tempo de sua permanência no presídio. Quanto maior o período de clausura, maior é a ignomínia, o opróbrio, a degradação. É tempo negado ao convívio com os filhos, o cônjuge, os pais, os irmãos, os amigos. É um corte doloroso, irreversível e irremediável no prêmio divino da vida.

Com os olhos postos na magnanimidade do *jus libertatis*, os construtores do sistema adotaram um valioso modelo para definir, com justa precisão, o tempo de privação de liberdade de um homem como resposta à prática de um ato lesivo a bens relevantes.

Esse modelo é formado por um leque de princípios, na sua maioria inscritos no capítulo das garantias. Nossa Carta Magna estabeleceu um precioso quadro de princípios que expressam vigorosas garantias ao cidadão em face do poder punitivo estatal.

Tais princípios, com moldura implícita ou explícita no texto constitucional, ora são dirigidos ao legislador ordinário, que deverá pautar a sua atividade legiferante na construção de um sistema fundado na valoração dos direitos humanos e na idéia de um direito penal mínimo e garantista, ora são dirigidos ao juiz, que, na sua magna e difícil função de aplicar a sanção ao infrator da lei penal, terá de humanizar valores dicotômicos, como sejam, a segurança da sociedade e a dignidade da pessoa humana.

¹ Ministro do STJ (aposentado).

A literatura jurídico-penal é rica na catalogação desses princípios. Cada autor, à sua visão exegética, estabelece um rol que não se esgota. O nosso estudo será, no entanto, centrado no *princípio da individualização da pena*, com sumárias referências a outros princípios que se situam no mesmo plano teleológico de resguardo do *status libertatis*.

A relevância do tema decorre do seu enorme reflexo na realização da Justiça no campo do Direito Penal. A exata compreensão desse princípio é a pedra de toque para a realização do *jus puniendi* em harmonia com as idéias do humanismo.

2 Conceito e doutrina

Individualizar é tornar individual, é caracterizar, é especializar, é distinguir (Aurélio).

Individualizar a sanção penal é situá-la com absoluta precisão na sua exata extensão, à luz do fato e das circunstâncias e nos termos do regramento aplicável, tomando-se sempre em conta a finalidade da pena e a pessoa do apenado concebida em sua plenitude individual, ele, que como ser humano, na expressão de René Ariel Dotti, “deve ser a medida primeira e última das coisas”.

A individualização da pena se contrapõe às concepções do *jus puniendi* do passado, quando a fixação da pena situava-se no plano do puro arbítrio do juiz, evoluindo, num passo seguinte, para um sistema rígido, sem qualquer consideração sobre a pessoa do apenado e as circunstâncias particulares do delito.

Lombroso, considerado o pai da Antropologia Criminal, foi quem primeiro cuidou do estudo da personalidade do agente e, por isso, é considerado o precursor do princípio da individualização da pena.

Na verdade, o princípio em tela é o reflexo de maior fulgor do pensamento jurídico-penal do Estado contemporâneo, pois impõe limites ao direito de punir. Esses limites se situam nas diversas etapas de atuação dos agentes do Estado. Daí porque a individualização da pena se opera em *três fases*:

a) *fase legislativa*, ensejo em que o legislador, na qualidade de representante do pensamento da Nação, elegendo o bem jurídico tutelado, formula o preceito descritivo da conduta vedada (matar alguém) e esta-

belece a sanção, ou seja, a pena cominada, mensurada, em regra, em tempo de privação da liberdade, estabelecendo balizas entre o máximo e o mínimo do castigo (6 a 20 anos de reclusão);

b) *fase judicial*, contemplada em nosso sistema com moldura legal exemplar, quando o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e conseqüências do crime —, fixará aquela aplicável entre as cominadas, em quantidade necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, definindo, também, o regime inicial de cumprimento da sanção prisional;

c) *fase executória*, em que se conjugam ações judiciais e administrativas, de alta relevância no processo de ressocialização e de reinserção social do condenado, fase em que é de rigor a observância dos direitos fundamentais inerentes ao resguardo da dignidade da pessoa humana.

No estudo do tema, a doutrina é rica em preciosas fórmulas conceituais, que aqui merecem registro pela relevância do instituto como instrumento de garantia jurídica.

Guilherme de Souza Nucci preleciona que individualizar a pena é “eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores”².

José Antônio Paganella Boschi proclama que individualizar a pena “implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular”³.

E, noutra passagem, o nobre mestre gaúcho acentua que o juiz “não é livre para escolher *qualquer* pena, ou para mensurá-la *na quantidade* que bem entender, subordinado só aos limites cominados em abstrato ... Sendo o processo uma relação jurídica informada por direitos e deveres entre os sujeitos que nela intervêm, a opção qualitativa e quantitativa das penas é ativida-

²2005: 31.

³2000: 47.

de regradada e, por isso, não dispensa fundamentação minuciosamente transmitida aos interessados⁴.

Luiz Vicente Cernicchiaro *acentua, com a síntese própria do seu estilo*: “Individualização significa mensurar a pena ao caso concreto. Vários fatores são ponderados. De ordem objetiva e de ordem subjetiva⁵.”

Luiz Luisi *afirma que* “O Juiz (...) nos limites que a lei impõe realiza sua tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima⁶.”

Gilberto Ferreira, culto magistrado paranaense, conceitua, de forma lapidar: “Individualizar a pena (...) é a função do Juiz consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima, a pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”

E preleciona, em passo seguinte:

Em razão dela, o Juiz é obrigado a meditar profundamente sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato (...), analisar a conduta do réu não só presente, mas também passada, avaliando sua personalidade já a partir do seu meio de vida (...), apreciar o comportamento da vítima e medir a sua importância e colaboração no desencadeamento da ação criminosa⁷.

É valiosa a análise conceitual ao princípio efetuada pelo mestre gaúcho Rogério Zeidan:

O arbítrio do juiz na fixação das penas deve atender além da exigência da legalidade estabelecida, também de finalidade de prevenção e de individualização da pena. Entretanto, a realização do Estado de Direito nessa atividade punitiva se aperfeiçoa, democraticamente, à medida que a observância dos preceitos de direito e ideológicos são exteriorizados no ato de sentença. Dessa forma, assegura ao cidadão a claridade e a previsibilidade do Direito.⁸

O Professor Canuto Mendes de Almeida *assim definia o princípio*:

⁴2000: 21.

⁵1995: 150.

⁶2003: 53.

⁷1988: 50/51.

⁸2002: 122.

A individualização da pena, no sentido restrito, é tarefa do Juiz, consistente em que, de acordo com as regras da lei, proporciona a pena, dentro dum certo arbítrio, não só ao fato e às circunstâncias objetivas do fato, mas, sobretudo e principalmente, às condições, às qualidades, aos característicos da personalidade do agente.⁹

Magalhães Noronha, *com as luzes do seu talento, esclarece*:

O julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar também a pessoa do criminoso, para individualizar a pena. (...) A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o Juiz considerar a pessoa de quem praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade sem olvidar sobretudo a possibilidade de tornar a delinquir, ou a periculosidade.¹⁰

Roberto Lyra, um dos monstros sagrados do Direito Penal do Século XX, ao enaltecer o *princípio da individualização da pena* — que “conquistou o apoio das principais escolas ecléticas ou unitárias e da escola positiva” —, asseverou na alvorada do Código Penal de 1940:

Nas mãos dos Juizes, o texto deixa de ser arbitrário, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem. Portanto, é a lei que renuncia ao seu egoísmo e vai palpitar ao ritmo flagrante do convívio social, através da toga.¹¹

Permanecem atuais os conceitos do grande Bento de Faria:

A pena há de consistir na ameaça de um mal como meio tutelar a ordem jurídica com a finalidade de reprimir e prevenir a criminalidade. (...) *adequada e idônea*, isto é, psicologicamente proporcional ao crime. (...) A pena portanto nem deve ser excessiva, para não correr o risco de se transformar em crueldade ilegítima, nem demasiadamente branda para não se tornar ilusória, em detrimento da justiça (...) E o critério político para se obter esse equilíbrio (...) só encontra ampla su-

⁹*Apud* FERREIRA, 1988: 50.

¹⁰2001: 250/251.

¹¹1942: 159/160.

perfície na *individualização penal*, ou seja, a *personalização das penas*.¹²

Do contexto de todas essas lições, construtoras de uma visão humanista do *jus puniendi*, tem-se a afirmação de uma doutrina cujas diretrizes apontam para a proteção da *dignidade humana*, valor fundamental do nosso sistema constitucional, em que não há espaço para a arbitrariedade e a violência estatal.

3 O princípio da individualização da pena na perspectiva histórico-constitucional

Para a reflexão que se busca realizar neste artigo, é interessante que se visualize, embora em estreito espaço, a retrospectiva do tema na nossa história constitucional, de modo a sentir a sua evolução até os dias de hoje.

A individualização da pena, como princípio expresso, não constou do quadro de garantias das nossas primeiras quatro constituições.

A Constituição Imperial apenas recomendara, no seu art. 179, XXI, que “as cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”.

A primeira Carta Republicana, promulgada em 24/01/1891, nada dispôs sobre o tema, apesar de expressiva e abrangente na afirmação dos direitos concernentes à liberdade (art. 72).

A Constituição de 1934, assim como a Carta do Estado Novo, marcadamente restritivas na formulação das garantias, foram silentes no tocante à individualização da pena.

A excelente Carta Política de 18/09/1946, afirmativa de um novo tempo, reflexo do sentimento de exorcismo dos males de uma década negra na qual o mundo assistiu o genocídio comandado por Hitler (1939-1945), em que também o Brasil experimentou as dores de uma ditadura de cunho fascista, inscreveu, no capítulo das franquias, preceito inédito em nível constitucional, do seguinte teor: “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu” (art. 141, § 29).

A partir de então, o princípio esteve entronizado nas nossas sucessivas constituições.

A Constituição outorgada em 14/01/1967 dispôs sobre o princípio em preceito sintético: “A lei regulará a individualização da pena” (art. 150, § 13).

A Emenda Constitucional 1/69, que, sem participação do Congresso Nacional, deu nova versão à Carta de 1967, manteve o mesmo preceito, com idêntica expressão, no art. 153, § 13.

4 A individualização da pena na Constituição de 1988

A Constituição de 05/10/1988, inspirada pelos ventos da reabertura democrática que marcou a alvorecida da década de 1980 e que, por isso mesmo, conferiu grande importância à dignidade da pessoa humana, deu maior expressão ao princípio em referência, estabelecendo os modelos de pena:

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, XLVI).

E, de logo, consignou norma de relevo pertinente à fase executória: “A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII).

Como visto, a Carta atual deu maior elastério ao princípio, agregando ao núcleo as espécies de pena e fixando diretriz para a fase executória. Abriu, com a nova moldura, espaço para um sistema punitivo adequado aos tempos modernos, quebrando o quase exclusivo modelo de encarceramento, reconhecidamente falido e inoperante para os altos desígnios de recuperação e ressocialização do condenado.

Como já mencionado, a Carta de 1988, na montagem de suas colunas, elegeu a *dignidade da pessoa humana como pedra angular*, como *núcleo central de valores*. Coerente com essa linha filosófica, os seus construtores fizeram inserir no rol das franquias um leque de princípios que compõem o espectro de luz

¹²1961: 5/6.

orientador dos caminhos do legislador e do juiz na realização das diversas fases da tarefa crucial de individualização da pena.

Entre tais princípios, merecem destaque os seguintes.

a) Princípio da legalidade

Definido em expressão lapidar em nossa Carta (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – art. 5º, XXXIX), o princípio em tela é a pedra de toque do sistema penal. De inspiração iluminista, consagra o clássico axioma do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, reconhecido por todas as nações civilizadas. O seu reflexo no tema enfocado neste estudo — a individualização da pena — se situa no ponto em que impõe ao legislador o dever de formular tipos penais taxativos e fixar penas razoáveis, evitando o uso de *tipos abertos, abrangentes ou indeterminados*, susceptíveis de subsumirem no seu espaço um largo elenco de fatos e ensejarem a prática de perigosa discricionariedade na realização da justiça penal.

A idéia de proteção da sociedade, hoje erigida em verdadeiro clamor pela mídia, não pode resvalar para a formulação de leis penais com tipos abertos, deixando em desabrigo as garantias individuais.

De outra parte, merece repulsa, à luz da doutrina que se embasa na dignidade da pessoa humana, a cominação de penas graves, com largo espaço entre o mínimo e o máximo, ensejando condenações desproporcionais.

b) Princípio da personalidade

Na individualização da pena, é de inegável relevância que o juiz receba as luzes do *princípio da personalidade*, também nominado de *princípio da pessoalidade*, inserido em nossa Carta Magna no capítulo das franquias — CF, art. 5º, XLV —, expresso na oração “nenhuma pena passará da pessoa do condenado ...”

Tal princípio, conquista dos tempos do humanismo, afasta a possibilidade da extensão da pena a pessoas estranhas ao delito. De outra parte, impede que sobre o sentenciado sejam desferidos preconceitos de qualquer natureza: sua raça, origem, profissão ou religião, bem como a espécie do crime, as campanhas de mídia, ou a política de segurança, como motivo para

exasperação da pena. O juiz deve compreender a pessoa do acusado em seu contexto de vida, numa visão humanitária, porém nunca agravar o seu castigo, no momento da condenação penal, por ser nordestino, por ser filho de marginal, por morar em favela, por ser pobre, preto ou morador de rua.

Além disso, há de considerar, na imposição da pena e do modelo do regime prisional, que os efeitos da sanção prisional atingem inexoravelmente a família do apenado, que, embora não tenha praticado o crime, sofrerá graves conseqüências.

c) Princípio da isonomia

A tão decantada *isonomia jurídica*, sonho de todos os pensadores que construíram a doutrina do humanismo, é de alta relevância na concepção do processo de individualização da pena.

Assim como a liberdade, a igualdade é um dos maiores valores que inspiram a democracia. Quando a nossa Carta Magna afirma, na abertura do capítulo das franquias, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*) e, no topo do rol dos direitos e garantias, proclama que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I), situa a magnitude do princípio da isonomia jurídica, conferindo-lhe a natureza de primado entre todos os dogmas do modelo democrático-republicano.

E, quando se trata da atuação do Estado na restrição da liberdade, o princípio adquire maior expressão, impondo-se que se conceba, além da igualdade das pessoas *perante a lei*, também a igualdade das pessoas *na lei*, vedando que esta estabeleça desigualdades.

É relevante acentuar que, na mensuração dos valores, não deve o legislador nem o juiz qualificar em primeiro plano o *Estado*, no seu papel de mantenedor da segurança e da ordem, mas sempre situar o *indivíduo* como o destinatário das garantias.

Como o homem não foi feito para o sábado, mas o sábado para o homem, na dicção bíblica, assim também é certo que o Estado foi feito para o indivíduo, e não o indivíduo para o Estado.

Nessa perspectiva, é imperativo que seja contida a onda de criminalização de condutas mais presentes nas camadas miseráveis da sociedade. Vejam-se, por exemplo, as recentes leis que definiram como crime

condutas antes tipificadas como contravenção penal, como porte de arma e direção de auto sem habilitação. Daqui a pouco será criminalizada a ocupação desautorizada de terras ou prédios vazios pelos miseráveis sem terra ou sem teto, ação própria dos indigentes. Tal postura importará em patente desrespeito à idéia do Direito Penal moderno, que põe em relevo as diferenças individuais, de modo a assegurar o tratamento isonômico de todos perante a lei.

Um outro exemplo de desrespeito ao princípio da isonomia na individualização da pena encontra-se presente na regra do parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, quando veda a progressão do regime prisional aos condenados por prática dos chamados crimes hediondos. A crítica a tal preceito é uníssona em todos os espaços da atividade jurídica e sobre o tema voltaremos em capítulo posterior deste estudo.

d) Princípio da proporcionalidade

Embora sem expressa previsão no texto da Carta Magna, o *princípio da proporcionalidade* exsurge da compreensão exegética do sistema de garantias e representa no direito moderno *dogma maior de hermenêutica*, dirigido à busca do equilíbrio entre o exercício do Poder Estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem.

Em matéria penal, esse princípio apresenta-se em expressão de magnitude, pois é com os olhos nele que tanto o legislador como o juiz realiza a aferição dos valores para uma *razoável e adequada cominação da pena* (o legislador) e uma *necessária e suficiente fixação da pena* (juiz).

A medida do justo e do razoável na formulação das leis penais deve, necessariamente, considerar os valores espirituais e morais inerentes à pessoa humana, sem a deturpada influência de campanhas midiáticas de ocasião, nem a inspiração de setores retrógrados da comunidade jurídica.

Não seria lógico, nem razoável, nem justo, nem humano que se editasse lei definindo como crime a ação de “ultrapassar o semáforo com luz vermelha” e se cominasse a esse “crime” a pena de 4 a 8 anos de reclusão. De outra parte, seria desumano que se condenasse a cumprir pena de prisão uma pobre mulher por ter sido surpreendida pela segurança do super-

mercado quando tentava subtrair uma lata de leite para alimentar o filho faminto.

Daí a magna importância do princípio da proporcionalidade, quando o Estado-Legislador ou o Estado-Juiz manejam sua atuação na *individualização da pena*. E, nesse momento, tem grande relevo o papel da jurisprudência. O juiz, no momento de marcar o castigo estatal sobre o infrator da lei penal, deverá visualizar, em primeiro plano, o conjunto de valores constitucionais que colocam em pedestal a dignidade da pessoa humana, após o que, de modo razoável e proporcional, concretizará a justa pena.

Merece repulsa, por outro lado, a linha de pensamento de determinados segmentos da cena coletiva que defendem uma *Política Judiciária* de extremo rigor punitivo, sem o devido apreço pelos direitos constitucionais do réu. Tal política, que se expressa na construção de uma jurisprudência repressiva e pugna pela elaboração de leis penais introdutoras de novos tipos e de penas mais graves, encontra-se de costas para os avanços da civilização moderna e parece querer retornar ao medievo período da *vingança pública*.

Dentro dessa perspectiva, é de se reconhecer que o princípio da proporcionalidade aponta, inexoravelmente, para a imperiosa observância do primado da Constituição no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

e) Princípio da humanidade

A Carta de 1988, no seu portal de entrada, colocou em trono de ouro o *princípio da humanidade* ao proclamar como um dos fundamentos da República a *dignidade da pessoa humana*.

Nessa linha filosófica, a Constituição brasileira, uma das mais avançadas da atualidade na seara do humanismo, inscreveu no seu bojo um expressivo leque de princípios em matéria penal.

Sem dúvida, nela se adotou o pensamento afirmativo do chamado *direito penal de humanidade*, de origem iluminista e inspirado na doutrina dos novos tempos, concebida e difundida a partir da edição da obra clássica de Cesare Beccaria – *Dei Delitti e delle Pene*.

A marca do culto ao humanismo em nossa Carta encontra-se firmada em diversos cânones, sendo rele-

vante destacar, no ponto em que interessa ao presente estudo, as seguintes disposições, inseridas no capítulo das franquias:

Art. 5º, XLVII:

Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Tais disposições, que parecem dirigidas apenas ao legislador, são, todavia, dogmas de permanente reflexão para os juízes no momento de fixação da pena.

No dia-a-dia do foro criminal, são comuns condenações impostas a réus cinquentenários e sexagenários, para o cumprimento mínimo de 30 anos de reclusão em regime integralmente fechado. Sobreviverão tais réus até o dia de sua libertação? Ora, tais penas, sem dúvida, têm *caráter perpétuo*, apesar da vedação constitucional.

Outras garantias constitucionais, pertinentes à fase de execução penal, merecem destaque:

Art. 5º:

XLVIII – A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Tais garantias permanecem, todavia, apenas no plano ideal, à vista da desumana e degradante situação dos nossos presídios, onde pessoas vivem em deplorável estado de degeneração pessoal, amontoadas em celas fétidas, sem espaço sequer para estenderem o corpo durante o imperioso sono, em aberrante promiscuidade, onde proliferam os piores males que destroem a dignidade e a integridade física e moral do ser humano.

A situação ignominiosa das nossas prisões não pode ser ignorada pelos juízes de qualquer instância no momento crucial em que realizam a individualização da pena, operação essa que deve ser concebida com profunda cautela, por envolver indagações não apenas de ordem jurídica, mas também de natureza filosófica, sociológica e humanitária.

f) Princípio da fundamentação das decisões judiciais

Situado fora do capítulo das franquias, o princípio constitucional da imperativa *fundamentação das decisões judiciais* é, todavia, dogma de magnitude na afirmação do Estado de Direito e tem especial relevância em sede de individualização da pena.

O Estado Democrático de Direito, repita-se essa idéia, não contemporiza com o *arbitrio judicial*. O autoritarismo que predominou até o século XVIII, quando tinha vigor a expressão “*L’Etat c’est moi*”, de Luiz XIV, sucumbiu com a Bastilha. Qualquer ação estatal, para ter legitimidade, deve atender à finalidade pública e, por isso, há de ser aferida por meio de suficiente e adequada *motivação*, que é a pedra de toque que confere valor à atuação do Estado.

Quem primeiro clamou, entre nós, contra a produção de sentença não fundamentada foi o imortal Rui Barbosa, em defesa formulada perante o STF, na alvorada da República, verberando que tal exigência é dogma fundamental ao Estado Democrático e indispensável à jurisdição imparcial e ao exercício do contraditório e da ampla defesa.¹³

As decisões judiciais expressam uma das mais poderosas manifestações do Estado, sempre com expressiva repercussão na vida das pessoas e, por isso, devem ser sobejamente fundamentadas. Assim preceituam o Código de Processo Civil — art. 165 e art. 458 — e o Código de Processo Penal — art. 381, III (“a sentença conterà (...) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”).

Todavia, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais somente foi erigida ao patamar de princípio constitucional com a Carta de 1988, que, em seu art. 93, IX, estabelece, *verbis*:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade ...

O preceito *sub examen* encontra no estudo da *individualização da pena* espaço de real importância. É que no nosso sistema, em que as balizas da cominação legal se situam em pontos distantes, a fixação da pena deve ser precedida de um meticoloso exame

¹³Cf. MELO, 1996: 352.

de cada hipótese do leque de circunstâncias judiciais e legais que moldaram o quadro normativo pertinente a essa operação.

É, todavia, deplorável o arraigado costume de grande parcela de juizes que, na individualização da pena, se limitam apenas a fazer referência nominal às circunstâncias judiciais, sem precisar os fatos que a elas se subsumem. A decantação de cada situação fática e o seu encasamento no preceito regente é fundamental para a validade da sentença.

Segundo o magistério do Professor Antônio Scarance Fernandes, “a motivação, para que atenda à finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, deve ser clara, coerente e completa”, sendo inaceitável a motivação implícita, porque insuficiente e imprestável para satisfazer o preceito do art. 93, IX, da Carta Fundamental. E, citando o pensamento de Rogério Lauria Tucci, acentua que a motivação implícita é “aquela em que a fundamentação do julgado carece de um raciocínio lógico e direto, reclamando, para sua compreensão, a análise conjunta de argumentos principais e subsidiários”¹⁴.

O tema, pela sua importância, merece uma análise mais profunda, o que se fará no capítulo seguinte.

5 A individualização da pena no Direito Penal brasileiro. Retrospecto histórico

Para uma boa compreensão do presente e uma melhor projeção do futuro, é salutar e necessária uma permanente visão do passado.

No período do Brasil-Colônia, tinha vigor entre nós as Ordenações Filipinas, cujo Livro V tratava dos crimes, das penas e do processo penal.

Naqueles tempos, segundo menciona Galdino Siqueira, a lei penal desconhecia o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, “fazendo recahir a infamia do crime na pessoa dos descendentes do delinqüente”, dava “predomínio ao arbítrio judicial, não resguardando a liberdade individual dos abusos, consagrava um *systema* de penalidade que, inspirado nas idéias de expiação e de intimidação, se distinguiu pela crueldade, prodigalizando-se as penas infamantes

e de morte, requintada a crueza na sua execução e no emprego da tortura para a obtenção de confissões”¹⁵.

Com a Independência e o Império, buscou a nova Nação organizar o seu quadro normativo, por expressa recomendação da Assembléia Nacional Constituinte.

Veio a lume, então, o Código Penal do Império, segundo Nelson Hungria, o *primeiro código autônomo da América*, já inspirado pelos bons ventos do Iluminismo, abrandando o rigor das penas. Sem expressa referência ao termo *individualização*, já estabelecia regras sobre a maneira “como se hão de impor e cumprir” as penas. Merecem registro, a propósito, os seguintes artigos:

Art. 33 – Nenhum crime será punido com penas que não sejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio ou minimo, salvo o caso em que aos Juizes se permitir o arbitrio.

Art. 63 – Quando este código não impõe pena determinada, fixando somente o maximo e o minimo, considerar-se-ão três grãos nos crimes, com attenção ás suas circunstancias aggravantes ou attenuantes, sendo o maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; o minimo, o da menor gravidade, á que se imporá a pena minima; o médio o que fica entre o maximo e o minimo, a que se imporá a pena no termo entre os dons extremos e os dados.

Ainda tinha vigor o sistema de penas fixas e se permitia a imposição de penas ao arbítrio do juiz, sem balizamento legal.

O Código Penal de 1890, o primeiro da República (Decreto 847, de 11/10/1890), também não dispôs, expressamente, sobre o processo de individualização da pena. Todavia, introduziu em vários preceitos noções dirigidas a uma justa fixação da pena e a sua execução.

Em longo título, arrolou circunstâncias agravantes e atenuantes, merecendo destaque a atenuação da pena “quando o criminoso não estiver em condições de comprehender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e conseqüências de sua responsabilidade” (art. 38, § 2º, d).

¹⁴2003: 132.

¹⁵2003: 5.

Ao dispor sobre a fixação da pena, seguiu, na essência, o modelo do Código de 1830, assim estabelecendo, *verbis*:

Art. 62 – Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo, considerar-se-hão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais serão aplicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§ 1º No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será aplicada no grau médio.

§ 2º Na preponderância das agravantes a pena será aplicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes entre o médio e o mínimo.

§ 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena será aplicada no máximo, e no mínimo si for acompanhada de uma ou mais circunstâncias atenuantes sem nenhuma agravante.

E, no tocante à execução da pena, o Código Republicano introduziu excelente regra de individualização no seu art. 53: “Ao condenado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir pena, trabalho adaptado as suas habilitações e precedentes ocupações”.

Quanto à progressão de regime prisional, dispunha que o condenado à prisão celular por mais de seis anos, mostrando bom comportamento, poderia ser transferido para uma penitenciária agrícola para cumprir a última metade da pena (art. 50).

Também previa a concessão de livramento condicional (art. 51).

Como exsurge dos preceitos transcritos e referenciados, é de se reconhecer que o Código de 1890, embora de forma tímida, introduziu no sistema a idéia de *individualização da pena*, seja na fase de fixação, seja na fase de execução.

Vale registrar que, na vigência desse Código, foi introduzido pelo Decreto 16.588, de 06/09/1924, o instituto da suspensão condicional da pena, segundo o modelo francês do “*sursis à l'exécution de la peine*”.

No texto da *Consolidação das Leis Penais*, organizada pelo Desembargador Vicente Piragibe e aprovada pelo Decreto 22.213, de 14/12/1932, não ocor-

reu nenhuma novidade no quadro normativo.

Somente no Código Penal de 1940 (Decreto-lei 2.845, de 07/12/1940) foi efetivamente introduzido o princípio da individualização da pena, concebido na seguinte moldura legal:

Art. 42 – Compete ao Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime:

I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

O novo regramento, considerado então uma grande conquista e um largo passo na modernização do Direito Penal brasileiro, afastou o critério aritmético do Código de 1890 e impôs limites ao poder discricionário do juiz.

Nos arts. 44 e 48, alargou o espectro das circunstâncias legais e, nos arts. 49 e 50, introduziu regras aplicáveis aos casos de concurso de circunstâncias e de causas de aumento ou diminuição de penas, pon-do em destaque os motivos determinantes do crime e a personalidade do agente. São cânones que buscam, em essência, a adequada individualização judiciária da pena.

Na opinião de Roberto Lyra, “o art. 42 é o mais importante do Código, não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como pela conquista em que importa para a evolução do nosso direito penal”, pois no mencionado preceito foram traçados “os roteiros fundamentais para a determinação qualificativa e quantitativa da pena”¹⁶.

Por último, adveio a reforma penal introduzida pela *Lei 7.209/1984*, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal.

6 A individualização da pena no direito atual

Com a Reforma Penal de 1984, que deu nova redação à Parte Geral do nosso Código, concebida sob as luzes do constitucionalismo e das doutrinas afirma-

¹⁶1942: 167.

tivas dos ideais de liberdade e de democracia, conferiu-se ao princípio maior expressão, sendo moldado em preceitos lapidares que bem refletem o ideário de se promover uma política criminal humanitária, voltada essencialmente para as finalidades da pena.

A reforma alcançou também o sistema penitenciário, sistematizado pela Lei 7.210/84, que deu novo modelo à execução penal, entronizando como primado “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (art. 1º).

Além da pena privativa de liberdade, introduziram-se outras espécies de sanção, que no modelo anterior tinham natureza acessória, apontando-se, assim, para a idéia de reduzir o espaço da pena prisional, considerada por todos os estudiosos do assunto como um instrumento fracassado e ineficaz.

Os construtores do projeto da Reforma, juristas de escola (Assis Toledo, Ariel Dotti, Laura Tucci, Reale Junior, entre outros), conceberam um modelo de longo alcance, com diretrizes expressas num espectro abrangente, composto de forma lapidar em dois dispositivos básicos:

Art. 59 – O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

(...)

Art. 68 – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

O primeiro preceito — art. 59 — estabelece o roteiro preciso a ser seguido pelo juiz no processo *de individualização da pena*, num encadeamento lógico que deve ser decantado ponto por ponto, atendendo ao dogma maior da imperativa fundamentação do julgamento.

Por primeiro, deve o juiz aferir, à luz da verdade real provada no processo, a presença das chamadas *circunstâncias judiciais de natureza subjetiva*, assim arroladas:

Culpabilidade – Envolve o estudo do comportamento do agente no momento da prática do delito, quando se afere o grau de censurabilidade de sua postura, a situação concreta em que se desenvolveu a sua ação, a maior ou menor exigibilidade de outra conduta, a eventual premeditação, bem como a maior ou menor consciência da ilicitude de seu ato;

Antecedentes – Devem ser concebidos como a história do agente, a chamada vida pregressa, as suas ações no espaço em que pontifica, que podem ser qualificadas como boas ou más. Neste ponto, é relevante que não se conceituem como *maus antecedentes* a existência de inquéritos policiais arquivados, absolvições criminais ou prescrições de pretensão punitiva. De outra parte, não podem ser consideradas condenações anteriores que se situam noutra lugar, sob o título de *reincidência* (art. 63);

Conduta social – É o modo de vida e o conceito do agente no seu meio social, familiar e profissional, com os seus méritos ou os seus deméritos;

Personalidade – É o retrato moral do agente, sua boa ou má índole, seu modo de ser e de agir na rotina da vida, seu caráter.

No passo seguinte, com os olhos postos na realidade comprovada nos autos, o juiz examinará as circunstâncias judiciais de natureza objetiva, exaustivamente alistadas na norma regente, que são:

a) Motivos do crime – Compreendidos como as razões que levaram o agente ao cometimento do ilícito penal, ou, na expressão de Cezar Roberto Bitencourt, “constituem a fonte propulsora da vontade criminosa”¹⁷. Na verdade, é o motivo que torna o ato criminoso tolerável ou execrável;

b) Circunstâncias – São as situações de fato que conferem características à ação criminosa, como o modo de agir, o meio utilizado, as condições de tempo e de lugar, não abrangendo, todavia, nenhuma daquelas circunstâncias legais arroladas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal;

¹⁷2002: 209.

c) Conseqüências do crime – É o dano, em sua extensão, causado ao bem jurídico tutelado, seja, a dimensão do mal provocado, sem, contudo, abranger o fato típico;

d) Comportamento da vítima – Consubstancia matéria nova, introduzida no modelo em razão da relevância que pode ensejar para a incidência da lei penal a postura da vítima, podendo minimizar ou até afastar a culpa do réu. Sublinhe-se que, na *Exposição de Motivos da Reforma de 1984*, ficou consignado que o comportamento da vítima pode ser “erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa”.

Examinadas, medidas e sopesadas essas circunstâncias, o juiz, em seqüência, fará a opção por uma pena, fixada no espaço da cominação prevista para o tipo, seja, entre o mínimo e o máximo marcados na lei, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

A parte final do preceito identifica a visão teleológica do nosso sistema penal, que adotou a *teoria utilitarista ou preventiva*, afirmativa do brocardo latino *punitur et ne peccetur* (pune-se para que não mais peque), aliando-se as finalidades *preventiva e repressiva*, que se conjugam com a finalidade *ressocializadora*, expressamente recomendada no art. 1º da Lei de Execução Penal.

O binômio reprovação e prevenção deve constituir ponto de grave reflexão no momento final de eleição da pena-base, para que a sanção imposta não resvale para os tenebrosos caminhos retributivos (*punitur cuia peccatum est*), sob o impulso de qualquer preconceito ou sob o ânimo ou a pressão de campanhas midiáticas que patrocinam, de forma sub-reptícia e disfarçada, a adoção de uma política criminal marcada pelo retrocesso, com desprezo pelas conquistas democráticas e pelo sentimento humanitário, resultado de tantas lutas empreendidas por homens e mulheres de espírito iluminado que espargiram nos diversos recantos da terra a mensagem divina do amor ao próximo.

Fixada a pena-base, segue-se o exame da eventual existência das chamadas *circunstâncias legais*, as *agravantes* — arroladas nos arts. 61 e 62 do Código — e as *atenuantes* — especificadas nos arts. 65 e 66 —, constituindo esta a segunda fase da chamada *dosimetria da pena*.

Essa seqüência, de natureza imperativa, é expressa com clareza solar na regra do art. 68 do Código, retrotranscrita, considerado o preceito de maior perfeição do sistema, que adotou em definitivo o *sistema trifásico*, sepultando a histórica divergência doutrinária entre Nelson Hungria e Roberto Lyra, os maiores expoentes do nosso Direito Penal no passado.

O último passo do processo de individualização da pena, de magna importância para os objetivos de reeducação e de reinserção social do apenado, é a definição do regime inicial de cumprimento da pena prisional, ensejo em que, se for o caso, também, se decidirá sobre a substituição desta por outra espécie de sanção.

Completa-se, assim, o ciclo de *individualização judiciária da pena*. E, nas sucessivas etapas, deve o juiz situar no centro de suas reflexões as luzes de outros princípios constitucionais que interagem e que conferem efetividade ao princípio de que trata este estudo, e que foram objeto de sucinta referência em capítulo anterior, com destaque para os princípios da proporcionalidade e da fundamentação das decisões judiciais.

Com efeito, a jurisprudência nacional e a doutrina autorizada são unissonantes no sentido de que, em cada etapa do processo de individualização da pena, é imperativa a necessidade de demonstração motivada do seu balizamento, com decantação da incidência de cada circunstância à luz dos fatos provados, não se admitindo colocações genéricas, desprovidas de precisa e adequada fundamentação.

7 A individualização da pena na jurisprudência

A jurisprudência é a fonte mais preciosa do direito porque reflete o pensamento resultante da experiência concreta da lei, porque traduz o árduo labor daqueles que efetivam a Justiça. O grande debate da vida do homem no momento doloroso em que se depara com uma relação conflituosa é desencadeado no Judiciário, para onde se dirigem os clamores da existência humana.

Apesar da magnitude do papel da jurisprudência na organização e pacificação da vida, ela — a jurisprudência — sempre caminha a passos lentos. Muitas

vezes um tema de grande importância levado a juízo permanece no campo das divergências por longos anos até que seja dada a palavra final.

Em matéria penal, tal fenômeno também é ocorrente, causando sempre graves prejuízos ao direito de liberdade. As leis, até mesmo a Constituição, demoram a se afirmar na cabeça dos operadores do direito.

O princípio da individualização da pena, apesar de expressamente previsto em nosso sistema desde 1940, tem sido concebido sem grande prestígio e até com desprezo no espaço da toga.

O Superior Tribunal de Justiça tem sido o grande luminar na afirmação desse princípio, consolidando, a cada julgamento, a relevância e a extensão do tema, seja pela sua dignidade constitucional, seja pelo seu reflexo na garantia do direito de liberdade.

Merecem, a propósito dessas considerações, que se registrem no espaço deste estudo alguns precedentes daquele Superior Tribunal, expressivos do seu pensamento exegético:

– Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e conseqüências do crime—, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abrandada, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade.

– A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu. (RESP 90.171 – SP, Sexta Turma, Relator para acórdão Ministro Vicente Leal, *in DJ* de 12/08/1997, p. 36287, RT 745-528.)

2. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos os sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. Na fixação da pena-base e do regime pri-

sional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.

Precedentes do STJ e do STF

4. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. Precedentes do STJ e do STF. (HC 33.045-SE, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in DJ* de 20/03/2006, p. 311.)

São critérios informadores da fixação do regime prisional inicial a quantidade da pena, a existência de reincidência (CP, art. 33, § 2º) e as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (CP, art. 33, § 3º).

É inadmissível a fixação do regime prisional inicial com fundamento tão-somente na gravidade do delito, desprezando-se os critérios dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

No crime de roubo, aplicada pena superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos, havendo primariedade e em sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que se consubstancia na fixação da pena-base no mínimo legal, é imperiosa a fixação do regime prisional inicial semi-aberto, sob pena de violação aos §§ 2º e 3º do art. 33 do Estatuto Criminal.

A individualização da pena, princípio constitucionalmente consagrado, reclama a análise fundamentada das circunstâncias de prática do crime.

Admite-se a exasperação da reprimenda apenas em havendo justificativa fundada na gravidade concreta do fato, e não na gravidade abstrata do delito, o que ocorre quando se procede com base na quantidade das causas especiais. (HC 30.808 – SP, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, *in DJ* de 06/02/2004, p. 312.)

II. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu — hipótese dos autos.

III. Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

VI. Sendo vaga e insuficientemente fundamentada a fixação da pena-base pelo julgador mo-

nocrático no máximo legalmente previsto, pois baseada apenas nas circunstâncias do crime, relativa à quantidade de droga apreendida, entende-se pela parcial nulidade da sentença. (HC 42.194 – SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, *in DJ* de 19/09/2005, p. 357.)

1. Os elementos que informam a individualização judicial da pena, na sentença, estão contidos, por inteiro, no art. 59 do Código Penal, compreendidas, pois, as denominadas “circunstâncias judiciais”, que outras não são que não aqueles mesmos elementos, quando a lei penal não lhes atribui função obrigatória como circunstância legal, agravante ou atenuante, ou causa de aumento e diminuição, e cuja função deve ser determinada pelo juiz, caso a caso.

2. Por certo, assim, nenhuma diferença ontológica há entre as circunstâncias judiciais, legais e as causas de aumento ou de diminuição de pena, assinalando, como assinalam, tão-só, funções dos elementos de individualização de resposta penal.

3. Não é menos correto, por outro lado, que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

4. A imposição de regime mais gravoso, entre os admitidos em lei, requisita, necessariamente, fundamentação específica (Constituição Federal, artigo 93, inciso XI). (HC 40093 – RJ, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, *in DJ* de 12/09/2005, p. 375.)

O Supremo Tribunal Federal, a instância excelsa das franquias democráticas, tem afirmado e consolidado, em centenas de julgados, a alta dignidade do princípio sob enfoque. Citem-se, para fins de ilustração, excertos de alguns acórdãos:

Ementa: Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao

condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC 77.682, 22/10/98). (RHC 80.970 – SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *in DJ* de 10/08/2001.)

Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Paciente condenado por crime contra a ordem tributária. Alegada nulidade na dosimetria da pena. Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base. Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais. (RHC 83.493 – PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, *in DJ* de 13/02/2004.)

Ementa: I. Sentença condenatória: motivação bastante da participação no crime atribuída ao paciente, não se prestando o procedimento sumário e documental do *habeas corpus* para responder à indagação sobre o ajustamento de fundamentação ao conjunto da prova. II. Individualização da pena: limites da chamada “discricionariedade judicial”: fixação da pena no triplo do mínimo cominado ao crime que se funda exclusivamente nos resultados potenciais de um crime de mera conduta, como o de guarda de substância entorpecente, ainda que em grande quantidade: nulidade parcial da condenação. (RHC 84082 – SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *in DJ* de 04/06/2004.)

Ementa: Recurso em *habeas corpus*. Penal. Processo penal. Recurso do Ministério Público. Crime de extorsão qualificada. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Falta de fundamentação. 1. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer quer como parte, quer como fiscal da lei. Poderá fazê-lo, inclusive, em favor do réu. 2. É nulo o acórdão que reconhece o crime de extorsão qualificada, fixa a pena-base acima do mínimo legal e não desenvolve a necessária fundamentação. Desatendimento do método trifásico na individualização da pena-base. O acórdão do STJ deve ser anulado em relação aos réus cuja decisão foi denegatória. Outro deve ser proferido com a necessária fundamentação. Recurso conhecido e provido em parte. (RHC 80077 – RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, *in DJ* de 21/09/2001.)

Como anotado em trechos deste estudo, o nosso sistema penal caminha no sentido da humanização do *jus puniendi* e situa como objetivo principal a reforma do delinqüente para que ele seja reinserido no seu anterior espaço familiar, profissional e social.

Daí por que integra o nosso modelo penal o instituto da *progressão do regime prisional*, corolário do princípio da individualização da pena.

A fixação do regime inicial regula-se pela compreensão sistemática do art. 33, § 2º, e do art. 59, ambos do Código Penal, com a integração do critério relativo ao *quantum* da pena fixada e do critério pertinente às circunstâncias judiciais. Satisfeitas as condições previstas na lei, o apenado passa de um regime gravoso para o subsequente mais atenuado. Este o modelo geral para todos os que se encontrem submetidos a uma pena prisional.

Todavia, em 1990 foi editada uma norma dissonante, inserida na Lei 8.072/1990, que instituiu o cumprimento de pena em regime integral fechado, sem possibilidade de progressão, para os condenados pela prática dos chamados crimes hediondos.

Ora, a toda a evidência, tal preceito afrontava os princípios constitucionais da individualização da pena, da igualdade e da humanidade.

Apesar das críticas de todos os setores do mundo jurídico, o indigitado preceito sobreviveu por longos 15 anos.

Agora, um novo sol brilhou no horizonte da liberdade. Após preciosos debates, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prestigiando a posição do Ministro Nilson Neves, concedeu *habeas corpus* para afastar a vedação contida no § 2º do art. 1º da Lei 8.072/1990, merecendo destaque do acórdão que condensou o julgamento os seguintes excertos:

1. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria ao insucesso.

2. Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830.

3. É disposição eminentemente proibitiva e eminentemente excepcional a lei dos crimes denominados hediondos, portanto, proposição prescritiva e interpretação/exegese estrita.

4. Em bom momento e em louvável procedimento, o legislador de 1984 editou proposição segundo a qual “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transfe-

rência para regime menos rigoroso.” (HC 36.985 – MG, Relator Ministro Nilson Neves, *in DJ* de 10/10/2005, p. 440.)

Por último, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, por expressiva maioria, quando do julgamento do HC 82.959 – SP, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, na linha do voto do Relator, o ilustre Ministro Marco Aurélio, em sessão de 23/02/2006.

Expungiu-se, assim, do sistema, norma esdrúxula, destoante de toda a idéia de individualização da pena na fase de execução e que retirava do condenado qualquer esperança de antecipar a sua liberdade pelo mérito, fator de rebeliões e crises nos presídios.

8 Conclusão

Na epígrafe deste estudo, buscou-se no evangelista Mateus inspiração para traduzir, em síntese, a grandeza da missão de julgar semelhantes. No texto das Escrituras Sagradas, são inúmeras as referências que são feitas ao sublime *ato de julgar, de empunhar a balança*, símbolo sagrado da *Justiça*.

No ofício judicial, a mais árdua das missões é certamente aquela em que o Juiz, ser humano, aplica uma sanção penal a outro ser humano, fixando um tempo em que deverá permanecer no cárcere, segregado, fora do mundo, proscrito, como se mergulhado no escuro de sua existência. É nesse momento grave de sua atuação jurisdicional que deve o juiz buscar, com todas as energias do seu espírito o supremo *ideal do justo* e situá-lo sob o prisma do *humano* para decidir qual a pena aplicável. E nessa operação deve extrair do insípido relato dos autos a *singularidade* do caso, numa perspectiva sociológica que tenha por enfoque, além do fato criminoso com suas circunstâncias e conseqüências, o *agente do ilícito penal* na sua individualidade, com sua história de graças e desgraças, desde a vida intra-uterina.

O juiz verdadeiramente comprometido com o ideal de justiça deve fazer permanente referência ao princípio da individualização da pena.

De todo o contexto deste modesto estudo é possível extrair algumas afirmações que nos parecem irretorquíveis e que, por isso, devem constituir pontos de permanente reflexão por todos os que atuam no dia-a-dia da justiça criminal:

1 – O nosso sistema constitucional-penal colocou o homem (indivíduo) submetido a uma acusação criminal como destinatário de inúmeras garantias, que são dogmas de observância obrigatória, na linha da concepção filosófica que coloca a dignidade da pessoa humana como *valor supremo*, coluna central e fundamento básico da República.

2 – Nessa perspectiva dogmático-constitucional, que guarda sintonia com os princípios consagrados em importantes compromissos internacionais – Carta da Organização dos Estados Americanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Americana sobre Direitos Humanos –, o nosso sistema deve consolidar no campo da produção legislativa e da jurisprudência a afirmação dessas garantias. Não é tolerável o retrocesso que se delinea em influentes segmentos da mídia, pugnando nos espaços do Poder pela adoção de políticas do terror, similares aos tempos de Talião, sob o falso argumento de combate à criminalidade emergente.

3 – A construção legislativa que toma vigor no Congresso Nacional, que se caracteriza pela extravagante idéia de agravamento de penas e de proliferação de novos tipos penais, com absoluto despreço aos princípios da proporcionalidade e da humanidade, ao lado do chamado *Movimento da Lei e da Ordem*, apologista da exacerbação de acusações e condenações criminais, não se harmonizam, em absoluto, com o Estado Democrático de Direito emoldurado em nossa Carta Magna, à luz das garantias nela inscritas.

4 – A cada dia a doutrina e a jurisprudência proclamam *urbi et orbi* a imperatividade do primado da Constituição na área dos direitos fundamentais e das garantias processuais, entre os quais se situa, em plano de primeira grandeza, o *princípio da individualização da pena* pelo seu efetivo reflexo no sacrossanto direito de liberdade.

Há valores que são universais e atemporais, que se situam em altos patamares, extrapolando campos de interesses limitados às concepções de escolas ou de culturas. A *liberdade* do homem, assim como a *vida*, em todos os tempos, em todos espaços do planeta, desde o princípio da humanidade, sempre foi colocada como primado na escala dos bens e dos valores mais preciosos. Todas as guerras, todas as conquistas, todas as campanhas, todos os discursos, todos os esforços

do homem, nessa eterna caminhada empreendida em todos os dias e em todas as noites, foram animados pela defesa e pela garantia da *liberdade*.

Por isso, quando o Estado atua restringindo ou privando a liberdade do homem deve, por seus agentes, preservar esses valores eternos. Um dia a mais de privação da liberdade de um homem, conseqüente de erro ou imperfeição no ato judicial de fixação da pena prisional é causa de dano pessoal irreparável, insusceptível de recomposição, pois aquelas 24 horas subtraídas do convívio livre com o seu mundo não mais poderão ser vividas. Na vida, o tempo não vivido não é vida, é tempo perdido.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Canuto Mendes de. A individualização da pena e o Direito Judiciário. *RF, apud* Gilberto Ferreira.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro* (Comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*, Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. II.
- MAGALHÃES, Noronha. *Direito Penal*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1.
- MELO, José Tarcísio de Almeida. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Edição histórica. Senado Federal, 2003.
- ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar¹

1 Introdução

A justiça criminal consensual teve seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição da República de 1988, seguindo tendência do mundo globalizado, com a influência preponderante dos sistemas dos países da *common law*, para introduzir institutos que objetivam abreviar o processo penal, desburocratizando-o, através da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A abordagem da questão atinente à pretendida “despenalização” do Direito Penal, máxime no que toca à denominada transação penal, é, tanto no sistema brasileiro como no direito comparado, repleta de *nuances* — que exigem esforço interpretativo coerente do aplicador do Direito —, sendo tema mergulhado em controvérsias, verificadas nos âmbitos da doutrina e da jurisprudência.

Sem embargo, o estudo da transação penal, perquirindo-se sua natureza jurídica, revela-se instigante, interessante, máxime porque se vislumbra que, através de sua adequada aferição, é possível desatar as divergências que pairam sobre problemas de ordem prática, *verbi gratia*, quando o autor do fato não cumpre a pena restritiva de direitos aplicada em razão da homologação da proposta formulada pelo Ministério Público.

Decerto, a doutrina se apresenta vacilante, não havendo consenso sobre a natureza jurídica da transação penal no Brasil, seja pela leitura apressada da disciplina legal, sem contextualizá-la no plano constitucional, seja em razão de se querer, por vezes, assimilar o instituto pátrio com o *plea bargaining* e o *guilty plea* do sistema anglo-saxão. Por conseguinte — da equivocada noção da natureza da transação penal —, exsurtem dissensos que repercutem negativamente no princípio da segurança jurídica, mitigando de um lado a efetividade da justiça penal e de outro os direitos fundamentais do acusado.

Outrossim, a relevância de se deter mais atenção acerca da natureza jurídica da transação penal e

dos efeitos decorrentes do entendimento adotado é ainda mais depreendida sob o enfoque ideológico, a fim de que não se ceda aos discursos suaves que, aos olhos desarmados, inculcam que o advento da justiça criminal consensual, com o instituto da transação penal, deve ser festejado por ser baluarte do direito penal mínimo, por ter cunho “despenalizador”.

Todavia, a desconfiança assola o intérprete mais atento, quando percebe a existência de um lado falso da denominação metafórica “transação penal”, sendo, em verdade, instituto que legitima a doutrina neoliberal, para, de forma paradoxal — por aparentemente contradizer o Estado mínimo —, maximizar as possibilidades de punir infratores de bagatela, via de regra pessoas de baixa renda, antes mesmo de ocorrer a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Dessarte, iniciando com uma breve incursão histórica da justiça criminal de consenso, o estudo da transação penal visando desvendar sua natureza jurídica, nos limites estreitos do presente ensaio, passa — como se verá a seguir — pelo confronto do seu ingresso no Brasil com o direito comparado, para, ao final, constatar os efeitos que defluem de entendimento esposado, sem perder de vista a discrepância que há entre os juristas.

2 Escorço histórico

A idéia de consenso na justiça criminal não está desvencilhada das implicações do que se convencionou chamar de globalização. Decerto, o fenômeno da abreviação procedimental, como forma de desburocratizar o processo penal tem origem especial no sistema anglo-saxão, observando-se sua concreção em outros países, *mutatis mutandis*, em virtude da nítida “influência da experiência norte-americana encontrada na fórmula sinteticamente indicada pela expressão *plea bargaining*”².

Richard Vogler atesta essa afirmação ao pontificar que, “ainda que consciente de que a tentação de

¹ Juiz Federal Substituto em Salvador/BA

² KARAM, 2004: 37.

abreviar o processo penal por negociação seja universal, ela é claramente prevalecente nos sistemas da *common law*, sendo o *plea bargaining* “reconhecido como mais freqüente e intenso no Canadá que na Austrália e Nova Zelândia, onde opera um sistema não diferente do inglês”³.

Acompanhando a tendência mundial, a Constituição da República de 1988, em seu art. 98 e incisos — acrescido de um parágrafo único pela Emenda Constitucional 22/199 —, inaugurou, no Brasil, a justiça criminal consentida, com a previsão de criação de juizados especiais competentes para julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal.

Veiculando o aludido art. 98 norma de eficácia limitada, de princípio institutivo impositivo⁴, o legislador ordinário brasileiro iniciou seus trabalhos com apresentações de 6 (seis) projetos de leis objetivando conferir eficácia plena ao dispositivo constitucional, havendo a Comissão de Constituição e Justiça entendido pela aprovação de dois desses projetos, respectivamente de autoria do Deputado Federal Michel Temer e do então Deputado Federal Nelson Jobim, pelo que foi apresentado projeto substitutivo aproveitando a redação dos projetos Temer e Jobim⁵.

Nesse diapasão — ao final das atividades iniciadas pelo Congresso Nacional em 1989 —, a transação penal foi disciplinada pela Lei Federal 9.099, de 26/09/1995, que, por sua vez, teve o condão de traçar o perfil consensual de justiça penal para os delitos de menor potencial ofensivo, *a simili* do que ocorre em outros países para crimes mais graves inclusive, relevando notar que, na senda ampliativa da definição de delito de menor potencial ofensivo, a Lei Federal 10.259/2001, em seu art. 2º, parágrafo único, estatuiu como tal aqueles cuja pena abstrata máxima não exceda 2 (dois) anos, sem ressalvar os crimes cujo processo tinham rito especial.

Sem embargo, “é sabido que o objetivo da lei que criou os Juizados Especiais Criminais foi desburocratizar a Justiça penal, desafogando-a e fazendo-a seguir

mais célere”⁶, de forma comprometida com as idéias do mundo globalizado acerca da justiça penal de massa — dita “consensual” e “despenalizadora” —, exacerbando, assim, o poder de punir do Estado.

Dessarte — sem se olvidar que a norma infraconstitucional reguladora da transação penal encontra respaldo, ao menos de ordem formal, na Constituição do Brasil, motivando entusiastas a aplaudirem a suposta “despenalização” dos crimes de menor potencial ofensivo —, com a inserção da possibilidade de transação penal, pode-se arrematar, sob uma perspectiva crítica, parafraseando Maria Lúcia Karam, que as punições aumentaram “sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva” e que agora renuncia ao direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, sendo mesmo “a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como ‘ampliação da rede do controle penal, para inclusão na área da criminalização secundária do que, de fato, antes lhe escapava’”⁷.

3 Natureza jurídica

3.1 Noção

Questão relevante é saber a natureza jurídica de determinado instituto jurídico — *in casu*, o instituto transação penal, sem perder de vista suas origens no direito comparado, nem tampouco que transação tem por significados correntes “ato ou efeito de transigir”, “combinação, ajuste” ou “operação comercial”⁸ —, para, a partir desse ponto, estudar corretamente sua teoria, bem como identificar suas implicações de ordem prática.

Para tanto, não é desnecessário perلustrar, como leciona César Fiuza, que “conhecer a natureza jurídica de determinado instituto é saber o que é este instituto, é conhecer sua essência”⁹, indagar, pois, o que seja transação penal, analisando as diferenças entre o *plea bargaining* e o *guilty plea*, para aferir as decorrências práticas do entendimento que se venha a ter.

³ Justiça consensual e processo penal, in CHOUKR, AMBOS (ORG.), 2002: 281-282.

⁴ SILVA, 1999: 126.

⁵ JESUS, 2002: 1.

⁶ PINHEIRO, 2002: 65.

⁷ *Op. cit.*, 38-39.

⁸ FERREIRA, 2001: 680.

⁹ 2002: 146.

Bem colocada a *quaestio* inicial, pertinente é trazer à baila a advertência de Maria Lúcia Karam, que se amolda de forma genérica aos modelos de justiça penal consensual, de que “a anunciada negociação longe está de se inspirar, como seria da essência de qualquer modelo contratual, na autonomia e na igualdade entre as partes,” haja vista que se trata “de uma negociação desenvolvida, no dizer de Mário Cattaneo, entre quem tem ‘a faca e o queijo na mão (a acusação) e quem substancialmente teme uma chantagem (o réu). Decerto a ‘chantagem’ claramente surge nas ameaças, para quem se nega a negociar, de um tratamento mais rigoroso, de uma pena mais severa, do risco de um cálculo errado, do estrépito que se anuncia advir do processo regularmente desenvolvido até o julgamento”¹⁰.

3.2 *Plea bargaining*

Para a exata compreensão do *plea bargaining*, impende deixar bem vincado que não se confunde ele com a transação penal do sistema pátrio, indicando ter o sentido de barganha da acusação (*rectius*: imputação), com a incidência do princípio da oportunidade, em que é possível a exclusão de delitos, bem como onde “o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo),” aplicando-se a qualquer delito e podendo ser feito extrajudicialmente¹¹.

De outra banda, examinando a natureza jurídica sob uma perspectiva crítica, existe doutrina que acusa o *plea bargaining* de ser uma contradição que caracteriza uma fraude, um artifício ideológico ou uma crise de representação na justiça criminal, havendo Richard Vogler, a propósito, obtemperado que o *plea bargaining* é “curioso porque representa um paradoxo em certos níveis. Em um sistema comprometido com a confrontação contraditória, representa acordo e consenso. Em um sistema construído ao redor da presunção de inocência, presume culpabilidade. Em um sistema comprometido com a livre discussão de questões em um tribunal de portas abertas, é reservado, burocrático, discricionário e quase inapelável. Finalmente, em um sistema que enfatiza os direitos

do processo com um fervor quase religioso destrói, ao menos, quatro dos Direitos Fundamentais e Liberdades garantidos pela Convenção Européia de Direitos Humanos (...) e um número de direitos procedimentais consagrados na Constituição dos Estados Unidos”¹².

Destarte, como se vê, inclusive, do pontificado por Rogério Tadeu Romano, a proposta de transação penal feita em audiência (art. 72 da Lei 9.099/1995), que tem lugar frente a alguns tipos de delito chamados de menor potencial lesivo, é bem mais restrita que o *plea bargaining* norte-americano¹³, como ficará ainda mais evidenciado adiante.

3.3 *Guilty plea*

O *guilty plea* é autêntico reconhecimento de culpa sem processo, porquanto neste “não há transação, concordando o réu com a acusação. Admitindo a defesa a imputação, há julgamento imediato sem processo”¹⁴, “onde o acusado renuncia a importantes direitos constitucionais, observando-se que a confissão de culpa deve ser voluntária”¹⁵.

Como se vê, o *guilty plea* é instituto diverso da transação penal. Para o oferecimento e aceitação imediata da pena restritiva de direito, com supedâneo no art. 76 da Lei Federal 9.099/1995, não há reconhecimento de culpa pelo autuado — ao menos assim ele não se declara —, não se exigindo, portanto, que ele confesse autoria e materialidade delitiva.

3.4 Transação penal na Lei Federal 9.099/1995

Bastante controvertido é saber a verdadeira natureza jurídica da transação penal do direito brasileiro, ponto que leva a indagar a razão pela qual existe dissenso, podendo-se, de plano, dizer que o próprio nome eleito pelo legislador para o instituto é equívoco, por designar como “transação” — que induz significar negócio, acordo — a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito (art. 76 da Lei Federal 9.099/1995), quando, a seu turno, “proposta”

¹²VOGLER: 281-282.

¹³2003: 49.

¹⁴JESUS, 2002: 69.

¹⁵ROMANO, 2003: 50.

¹⁰*Op. cit.*, p. 39.

¹¹JESUS, 2002: 68.

significa “ato de propor”, “o que se propõe ou apresenta; proposição” ou “plano ou projeto proposto”¹⁶.

No que tange ao vocábulo “transação”, releve afirmar que a linguagem pela qual se expressa a norma jurídica, através do enunciado legal, é a base para a interpretação realizada pelo ser cognoscente, o operador do direito, haja vista que os enunciados, nas palavras de Gabriel Ivo, “são significativos porque cumprem o requisito de expressar cabalmente uma idéia. Apresentam-se como conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma consubstanciam a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação”, devendo-se ter presente o fato de que, malgrado o Direito não seja uma linguagem, “exprime e manifesta-se por conduto de uma linguagem, vazada em termos prescritivos, com vector dirigido ao comportamento social, nas relações de intersubjetividade”¹⁷.

Daí que se pode justificar o motivo pelo qual doutrina e jurisprudência discrepam a respeito da natureza jurídica da transação penal, fator este que torna insegura, por exemplo, a escolha da providência correta diante do descumprimento da pena restritiva de direito imposta, havendo, *exempli gratia*, tanto Damásio E. de Jesus quanto Rogério Tadeu Romano aventado, na linha do Supremo Tribunal Federal¹⁸, que a transação penal, “pela aceitação da proposta de aplicação de pena menos grave”, é mera “forma de despenalização”¹⁹.

Com a devida *venia* a esse entendimento e salientando o que já se disse linhas atrás sobre essa falsa “despenalização” através da transação penal, o que se obteve através deste instituto foi uma facilitação do trabalho do Ministério Público — em detrimento do direito de defesa do agente, que se submete a uma “chantagem” —, propiciando a efetiva punição da criminalidade de massa, sem necessidade de produzir prova bastante para o decreto condenatório, com “o alargamento dos meios de controle social formal, em especial do poder punitivo e, de preferência, num

Estado marcadamente policial”²⁰, o que revela a face perversa da transação penal, notadamente porque os delitos de menor potencial ofensivo, antes do advento da Lei dos Juizados Especiais, não eram punidos efetivamente em razão da deficiência do Estado para bem conduzir o *due process of law* previsto no Código de Processo Penal, motivo pelo qual desaguavam tais crimes, em sua maioria, na prescrição.

De outra vertente, há prestigiosa doutrina — talvez influenciada pelo *plea bargaining* norte-americano ou mesmo apegada ao teor literal da expressão — que sustenta ser a transação penal uma espécie de acordo, contrato (de adesão?) ou negócio jurídico, pelo simples fato de existir a condição, para a homologação da transação penal, de o autor do fato consentir em se submeter à pena proposta pelo *Parquet*. É o que se deduz da ilação de Fernando Capez, tendente a fazer crer que a transação penal se trata de “faculdade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições. Esse instituto vem atenuar o princípio da obrigatoriedade na propositura da ação penal pública pelo Ministério Público”²¹, sendo Fernando da Costa Tourinho Filho, na linha dessa corrente, explícito ao afirmar que, “aceita a proposta pelo autor do fato e seu defensor (com predomínio da vontade daquele), será homologado o consenso, ou a pena negociada, como se costuma dizer. Se o autor do fato não aceitar a proposta, isto é, se houver dissenso, observar-se-á o procedimento sumaríssimo”²².

Em verdade, esses que entendem ser a transação penal espécie de negócio jurídico descuram de que essa modalidade de fato jurídico exige, para assim ser considerada, que haja “poder de escolha de categoria jurídica e de escrituração do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”²³, sendo certo que não tem o atuado esse “poder de escolha”, mas de, tão-somente, submeter-se — ou não — a proposta unilateral formulada pelo *Ministerium Publicum*, com esteio no art. 76 da Lei Federal 9.099/1995.

¹⁶FERREIRA, 2001: 562.

¹⁷IVO, 1997: 117.

¹⁸HC 74.017, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 27/09/1996.

¹⁹Cf. ROMANO, 2003: 49; JESUS, 2002: 68.

²⁰FRANCO. Prefácio *in* KARAM, 2004: 15.

²¹2001: 542.

²²2003: 660.

²³MELLO, 1995: 162.

Também doutrinadores, partindo de um desvio de perspectiva — máxime por enxergarem o instituto unicamente sob o enfoque de uma das partes do processo penal —, verberam ser a transação penal direito público subjetivo do réu, conquanto reconheçam que decorrem problemas dessa afirmação, em face de que “não é possível nenhuma transação, como ato bilateral que é, senão com a participação de pelo menos duas partes”²⁴.

Paulo Rangel, seguindo essa posição, aviva que se trata “de direito subjetivo de índole constitucional do autor do fato a proposta de transação penal, desde que ausentes as causas que a impeçam”²⁵. Percebe-se, no ponto, que essa orientação, além de querer definir a transação penal pelos efeitos de sua previsão legal diante do autor do fato, tende a querer assimilar sua natureza jurídica a de um acordo, a exemplo da doutrina mencionada supra.

Já Afrânio Silva Jardim antes defendia entendimento minoritário, em interpretação literal do art. 76 da Lei Federal 9.099/1995, que induz o operador do direito a pensar ser faculdade do *Parquet* oferecer ou não a proposta de transação penal — princípio da discricionariedade —, pelo que sustentava a transação penal “como uma mitigação ao princípio da Obrigatoriedade do Exercício da Ação Pública” e não a considerava “direito subjetivo do réu”²⁶.

Depois, o ilustre processualista, reformulando sua posição, obtemperou que a Lei Federal 9.099/1995 “não mitigou o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória”, não aceitando “dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada.” Dessa forma, “quando o Ministério Público apresenta em juízo proposta de aplicação de pena não-privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995, estará ele exercendo ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral — como a denúncia —, fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá

de, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-se no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, em nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo a definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena)”²⁷.

Com linha de pensamento semelhante, Maria Lúcia Karam, aduzindo que o instituto é impropriamente rotulado de “transação”, esclarece que o que o *Ministerium Publicum*, ao propor transação penal, nada mais faz do que ajuizar uma demanda, vale dizer, o *Parquet* está, assim, apresentando uma ação penal condenatória, buscando, no que, sem dúvida, é um processo, um pronunciamento, também sem dúvida, de natureza jurisdicional, pelo qual seja imposta uma pena não privativa de liberdade ao apontado autor da infração penal de menor potencial ofensivo. Tal pronunciamento, como o denomina o próprio legislador (§ 5º do art. 76 da Lei 9.099/1995), é uma sentença, com eficácia condenatória, apta a ensejar a execução da pena aplicada”²⁸.

Deveras, a natureza jurídica da transação penal não é de direito público subjetivo do réu, nem de acordo, nem tampouco de forma de “despenalização” — não deixando de ser o procedimento para aplicação imediata de pena restritiva de direito “estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais”²⁹ —, sendo mesmo autêntica “ação penal”.

Anote-se, por oportuno, que a transação penal — “ação” — não é categoria de “direito subjetivo”, relevando trazer à ribalta o que bem explicita Ovídio Araújo Baptista da Silva, esclarecendo que se deve evitar “a freqüente confusão que se faz entre ‘ação’ e direito subjetivo público de invocar tutela jurisdicional, ou de suscitar a atividade dos órgãos estatais encarregados de prestar esta atividade. A ação não é um direito subjetivo pela singela razão de ser ela própria

²⁴ OLIVEIRA, 2003: 684.

²⁵ 2001: 108.

²⁶ 2002: 337.

²⁷ JARDIM, 2002: 127-128.

²⁸ 2004: 85-87.

²⁹ SHECAIRA, in CHOUKR; AMBOS (Orgs.), 2002: 312.

a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e no qual ela mesma se funda, para adquirir sua própria legitimidade”³⁰.

Bem examinadas as diversas correntes doutrinárias — sem olvidar o entendimento assentado em precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre o tema — e rechaçando as posições que analisaram a transação penal a partir de premissa falsa ou mesmo de desvio de perspectiva, pode-se concluir que este instituto é, de fato, espécie de ação penal, que deve preencher as condições exigidas para a sua regularidade, “que consiste em proposta feita pelo Ministério Público ao infrator (...) de imediata aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos”³¹, com a descrição de fato típico, antijurídico e culpável, lastreada em suporte probatório mínimo.

4 Efeitos decorrentes do entendimento adotado

Decifrada a natureza jurídica da transação penal do art. 76 da Lei Federal 9.099/1995, como de “ação penal”, que tem o devido processo legal regrado nesse diploma, as implicações de ordem prática que daí decorrem melhor se coadunam com os ditames da Constituição da República — se comparados com os reflexos que advêm das demais correntes doutrinárias a respeito —, de molde a não violar, ainda mais, os direitos do autuado, harmonizando princípios constitucionais protetivos do acusado com os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da legalidade.

Vê-se, como efeito decorrente de se considerar a transação uma ação penal, no magistério de Afrânio Silva Jardim, que “fica fácil compreender como o juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo réu. Não há violação do princípio *nulla poena sine iudicio*. Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o devido processo legal”, sendo também consectário prático o fato de que “ao juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao juiz provocar a sua própria jurisdição. Não pode o juiz acusar o autor do fato de ter praticado uma determinada infração

de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação assim instaurada teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitivo. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal que, pela Constituição da República é de exclusividade do Ministério Público. Também descabe dizer que o autor do fato tem direito subjetivo de ser acusado de uma infração de menor potencial ofensivo ...”³².

Destarte, a solução correta para a recusa do *Parquet* em propor transação penal ao autuado — por entender que este não preenche os requisitos exigidos por lei —, quando de tal proceder discorda o juiz, não é outra senão a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, haja vista que se cuida o instituto do art. 76 da *Lex Specialis* de verdadeira ação penal para “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, decorrendo desta natureza jurídica a possibilidade de o juiz, “no caso de considerar improcedentes as razões invocadas” para a recusa, remeter os autos “ao procurador-geral, e este oferecerá” a transação (ação) penal, designará outro membro para tanto ou insistirá na recusa, para que seja oferecida denúncia.

Sob outro prisma, considerando que a transação penal é ação, uma vez essa oferecida regularmente, não se vê plausibilidade para, no caso de descumprimento da pena imposta, o Ministério Público oferecer outra ação penal sob a forma de denúncia. O princípio da legalidade estrita, em matéria que fere direitos individuais, tem plena incidência, vedando o artifício, fácil para o Estado, de coagir o acusado a cumprir a pena fixada sob a ameaça de propositura de nova ação penal, à míngua de previsão legal.

No ponto, não se pode admitir como ajustada a um Estado garantista a forma criativa de burlar a legislação, condicionando a homologação, por sentença, da proposta de transação aceita pelo autuado ao efetivo cumprimento da pena restritiva imposta. Não. A uma, a pena não pode ser cumprida sem a homologação, porquanto é a sentença homologatória que a torna exigível, ao verificar o juiz o atendimento dos pressupostos legais, para, então, fixá-la. A duas, o atuar do Estado em matéria limitadora de direitos fundamentais deve se reger por uma exegese estrita,

³⁰2000: 77.

³¹COSTA, 2001: 48.

³²2002: 128.

sem perder de vista a noção de que na dúvida se interpreta *favor rei*. A três, se mostra inconcebível, *exempli gratia*, o autuado cumprir a pena e, *a posteriori*, constatar-se causa impeditiva da homologação, o que, no plano dos fatos, é passível de ocorrer.

Aliás, impende sublinhar que, *concessa venia*, ao considerar possível o oferecimento de denúncia, em caso de não cumprimento da pena fixada em transação penal aceita e homologada, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça partiu de falsa premissa sobre sua natureza jurídica, ao assentar ser “possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada”³³.

Realmente, percebe-se o equívoco quando a ilação decorre do fato de ter o Tribunal Superior considerado a transação penal espécie de acordo — semelhante ao *plea bargaining*? — para concluir pela possibilidade de condicionar o dever legal do juiz, consistente em prolatar sentença homologatória na audiência, ao cumprimento da pena aplicada nos termos do art. 76 da Lei Federal 9.099/1995.

Aqui, pode-se asseverar que a concepção que encontra enlace na *Lex Major*, que confere validade à Lei dos Juizados Especiais, na hipótese de não cumprimento da pena restritiva de direito ou multa fixada na sentença que homologa a transação penal, é a que não admite o oferecimento de denúncia, assim como não há que se falar em conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, por ausência de autorizativo legal nesse sentido.

Dessarte, só é de se concluir — na esteira de autorizada jurisprudência³⁴ — que o descumprimento da pena fixada, em decorrência da transação penal aceita, não autoriza o oferecimento de denúncia, porque a sentença homologatória gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a propositura de denúncia, sem prejuízo do uso das vias executivas cíveis.

³³RHC 11.392-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 26/08/2002.

³⁴TACRIMSP – Ap. 1.270.391/6, 7ª C, Rel. Juiz Pinheiro Franco, DOESP 13/09/2001.

5 Conclusão

A justiça penal consensual introduzida no Brasil teve a pretensão, através dos Juizados Especiais Criminais, de incutir a idéia de que, para os crimes de menor potencial ofensivo, estar-se-ia conferindo tratamento menos severo, mercê da transação penal ser instituto que não deixa antecedentes criminais, pelo que parte da doutrina aplaudiu a suposta “despenalização”, como se tal resultasse do acolhimento, pelo legislador, do que se conhece por “direito penal mínimo”.

Entrementes, logo se denunciou que a imprópriamente denominada “transação penal” seria uma espécie de embuste para ampliar o poder punitivo do Estado, mormente no que toca aos delitos de menor potencial ofensivo, atingindo, em regra, pessoas já excluídas socialmente, agravando, desse modo, a crise econômica e da justiça criminal.

Nesse diapasão, entender o caráter, a natureza jurídica da transação penal, é de extrema importância para, ao menos, minimizar os efeitos maléficos do agigantamento do controle social do Estado sobre as camadas sociais menos abastadas, garantindo que a Lei dos Juizados Especiais seja interpretada de acordo com a Carta Magna de 1988, regra estaomezinha, porém freqüentemente não observada por aplicadores do Direito que, frise-se, não são leguleios.

Assim, constatou-se, sob um enfoque histórico, de direito comparado e crítico, que a natureza jurídica da transação penal é de autêntica ação penal, ver-gastando, por conseguinte, os entendimentos de que ela seria acordo, medida de despenalização ou direito subjetivo público do réu, para a partir daí conferir os efeitos do entendimento adotado.

Decerto, a importância do estudo da natureza jurídica da transação penal reluziu pela verificação das implicações de ordem prática decorrentes de sua consideração, haja vista, notadamente, que o fato de ser ela ação penal constitui óbice à propositura de denúncia em caso de descumprimento do ajuste, bem como, sob outro prisma, permite a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, em caso de discordar o juiz da recusa do *Parquet* em fazer a proposta de aplicação imediata de pena.

Em suma, conhecendo a natureza jurídica da transação penal, em consonância com a Lei Maior de 1988, numa análise sistemática do assunto, imprime-

se efetividade aos direitos fundamentais do acusado do processo penal, limitando-se o poder de punir do Estado, que já se revela avassalador.

Bibliografia

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COSTA, Elaine Cristina Pimentel. Substitutivos Penais: uma evolução ideológica no sistema punitivo brasileiro. *Revista do Ministério Público de Alagoas*. Maceió: Direitos & Deveres, n. 5, 2001.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Processo penal e Estado de Direito*. São Paulo: Edicamp, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: A concreção antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.
- FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- IVO, Gabriel. *Constituição estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: A concreção antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves. Crime de pequeno potencial ofensivo: novo conceito dado pela Lei 10.259/2001. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Norte*. Natal: MPRN, ano IV, jan. dez. 2002.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ROMANO, Rogério Tadeu. A transação penal e o processo eleitoral. *Revista eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte*. Natal: TRE-RN. 2003, v. 17.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei 9.099/1995. In CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Processo Penal e Estado de Direito*. São Paulo: Edicamp, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*, 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VOGLER, Richard. Justiça Consensual e Processo Penal. In CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Processo Penal e Estado de Direito*. São Paulo: Edicamp, 2002.

Breve análise das sentenças civis ineficazes *ope legis*¹

Marcelo José Magalhães Bonício²

1 Introdução

A sentença é o ato mais importante do processo porque é por meio dela que, de maneira definitiva, é prestada a tutela jurisdicional.

Dessa primeira afirmação cumpre destacar, desde já, o aspecto mais importante para o presente estudo, consistente na estabilidade da tutela jurisdicional, sem a qual não haveria segurança jurídica e, em consequência, também não haveria paz social completa.

Essa é a utilidade da *coisa julgada* e, por conta dessa importante missão, naturalmente se presume que toda e qualquer sentença é conforme a lei³ ou, em outras palavras, não deve persistir nenhum estado de incerteza após o trânsito em julgado da sentença, principalmente sobre a justiça ou legalidade da decisão, caso contrário a função jurisdicional não terá atingido por completo seu objetivo de conferir segurança às relações jurídicas.

A maior prova da existência dessa presunção, no sistema processual brasileiro, está nas reduzidas hipóteses em que é possível alterar aquilo que foi decidido, após o esgotamento das vias recursais.

Somente por meio da interposição da chamada “ação rescisória,” nos casos taxativamente previstos no art. 485 do Código de Processo Civil (CPC)⁴, é que pode ocorrer alguma alteração das decisões judiciais transitadas em julgado.

O CPC brasileiro de 1939 já previa a possibilidade de interposição de ação rescisória nas hipóteses mencionadas em seu art. 798, I, as quais podem ser resumidas da seguinte forma: a) impedimento ou “peita” do juiz, ou incompetência *ratione materiae* dele; b) ofensa à coisa julgada; c) violação de literal disposição de lei.

Além dessas hipóteses, a lei processual permitia ainda a rescisão da sentença quando o seu principal fundamento fosse uma prova declarada falsa na esfera criminal ou na própria ação rescisória (art. 798, II), isso porque o art. 800 do CPC/1939 proclamava, solenemente, que a injustiça da sentença ou a má apreciação da prova, ou mesmo a errônea interpretação do contrato não autorizavam a interposição da ação rescisória.⁵

Mesmo não existindo regra semelhante no CPC atual, é correto dizer que a afirmação contida no art. 800 do diploma anterior, supramencionada, permanece válida. Dessa maneira, no sistema atual, não se pode cogitar de alteração das decisões judiciais definitivas fora das hipóteses taxativamente previstas em lei e, conforme foi visto, essa restrição decorre da preocupação com a estabilidade das decisões judiciais, inclusive daquelas injustas ou que resultaram de uma incorreta avaliação das provas.

Nos últimos anos, todavia, a importância da estabilidade das decisões judiciais foi sensivelmente mitigada, isso porque o sistema previsto no CPC revelou-se inepto para apresentar uma resposta satisfatória aos casos de *flagrante* injustiça, em que simplesmente não seria possível a interposição de uma ação rescisória e, ao mesmo tempo, também não seria tolerável a impossibilidade de revisão da decisão.

Assim, em prol da justiça das decisões, o rigor da coisa julgada foi relativizado para admitir, por exemplo, nova demanda de investigação de paternidade, ante a ausência de exame de DNA na primeira

¹ Originalmente publicado em *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v. 838, p. 101-112, 2005.

² Professor da Faculdade do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e Procurador do Estado em São Paulo.

³ CHIOVENDA, 1993: 406.

⁴ Trata-se, conforme ensina Flávio Luiz Yarshell, das únicas “ações típicas” previstas no sistema processual brasileiro (1999: 74). O sistema italiano, em vez de estabelecer a revisão da sentença por meio de uma ação, permite a interposição do “ricorso per cassazione” ou “della revocazione” (arts. 360 e 395, respectivamente, do CPC italiano), ambos evidentemente de natureza recursal. Por sua vez, o sistema alemão permite a interposição de uma “ação de nulidade” ou de uma “ação de revisão”, conforme o caso, nos termos previstos nos arts. 578 e ss. do CPC alemão (ZPO).

⁵ Caso contrário, haveria um novo julgamento, em que o juiz teria de resolver novamente todo o processo, possibilidade que levaria ao infinito o julgamento das ações, como afirma Pontes de Miranda (1957: 222).

demanda⁶, ou nova avaliação de um imóvel desapropriado, ante o evidente excesso no valor da avaliação feita por perito.⁷

Segundo ensina Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada é uma garantia constitucional que precisa conviver com outras garantias as quais também estão previstas na Constituição, entre elas a da “justiça das decisões judiciais”⁸.

Essa fortíssima corrente jurisprudencial e doutrinária⁹ colocou em xeque a segurança jurídica das decisões ao permitir, mesmo fora das hipóteses previstas em lei para interposição de ação rescisória, a possibilidade de revisão das decisões judiciais transitadas em julgado, por qualquer caminho processual idôneo¹⁰, inclusive com a simples desconsideração daquilo que foi decidido.¹¹

Em resumo, é correta a afirmação de que as decisões judiciais transitadas em julgado podem ser revistas por meio da ação rescisória e, de uma maneira geral, segundo a moderna teoria da relativização da coisa julgada, quando importarem em flagrante injustiça, mediante a simples desconsideração dos efeitos da decisão relacionada com essa injustiça.

Há, todavia, uma determinada categoria de decisões judiciais que não produzem efeitos, logo no início de sua existência, ou posteriormente, por conta de alguma nova circunstância, simplesmente porque o legislador assim determinou. Trata-se das sentenças civis ineficazes por força de lei (*ope legis*), as quais ainda não mereceram um tratamento sistematizado por parte da doutrina.

⁶STJ, 4.ª T., REsp 226.436/PR, Rel. Min. Sálvio Figueiredo, julgado em 28/06/2001. Cf. também o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), inserido na RT 808/240.

⁷STJ, 1.ª T., REsp 240.712/SP, Rel. Min. José Delgado, julgado em 15/02/2000.

⁸2003: 227.

⁹Cf. a coletânea de estudos organizada por Carlos Valder Nascimento, intitulada *Coisa julgada inconstitucional*. Cf. também WAMBIER e MEDINA, 2003 e, no Direito português, OTERO, 1993.

¹⁰STF, Pleno, RE 97.589, Rel. Moreira Alves, v. u., julgado em 17/11/1982, DJU de 03/06/1983.

¹¹Em sentido contrário, valorizando o papel da ação rescisória, cf. MESQUITA, 2004: esp. 121-123.)

Como essas decisões nem sequer produzem efeitos, não se pode cogitar da imutabilidade delas e, muito menos, da necessidade de interposição de ação rescisória ou, ainda, de qualquer esforço para “desconsideração” da coisa julgada.

Aliás, lembrando a célebre lição de Enrico Tullio Liebman¹², convém deixar claro que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim uma qualidade que a lei agrega aos efeitos os quais a sentença produz, para torná-los imutáveis ao longo do tempo e, assim, propiciar a estabilidade das decisões.

Logicamente, quando não há efeito algum, não se pode falar em imutabilidade da decisão e, nesse ponto, as hipóteses de ineficácia das decisões judiciais, previstas pelo legislador, merecem algumas considerações, principalmente num momento em que se discute com tanta ênfase a desconsideração dos efeitos das decisões judiciais.

Não se pode deixar de lado a análise das situações em que o próprio legislador tratou de evitar que a sentença produza efeitos porque, no mínimo, essa análise permitirá uma visão mais ampla do papel desempenhado pelos efeitos da sentença no sistema, permitindo, quem sabe, uma melhor sistematização desse fenômeno no futuro, ante a comparação entre as hipóteses legais em que as decisões judiciais não produzem efeitos e as hipóteses em que a doutrina e a jurisprudência rejeitam os efeitos produzidos, simplesmente desconsiderando-os.

Não serão, portanto, analisadas no presente estudo as hipóteses de desconsideração da coisa julgada ou as hipóteses de cabimento da ação rescisória, nem mesmo as complexas discussões que envolvem o problema da chamada “sentença inexistente”¹³, mas apenas os casos em que a própria lei não permite que as decisões judiciais produzam efeitos.

As situações em que, por força de lei, as decisões judiciais não produzem efeitos serão abordadas a seguir, sem a pretensão de esgotar todas as possibilidades.

¹²1984: 40.

¹³A questão da “sentença inexistente” foi amplamente estudada por Chiara Besso (1996), com abordagens muito interessantes. Dada a complexidade desse tema, todavia, que escapa aos estreitos limites do presente estudo, não será possível analisá-lo. Para uma análise histórica desse fenômeno, cf. COSTA (1995).

2 Hipóteses legais de ineficácia das sentenças

2.1 Formação incompleta do litisconsórcio necessário

Nos termos da regra prevista no art. 46 do CPC, duas ou mais pessoas *podem* litigar no mesmo processo quando, por exemplo, suas pretensões forem conexas. Nesse caso, estamos diante do chamado “litisconsórcio facultativo”, pois a formação, ou não, de um litisconsórcio pode ser livremente decidida pelo autor da ação.

Em outras situações, todavia, a lei *exige* a presença de duas ou mais pessoas no processo, por conta do chamado “litisconsórcio necessário”, previsto no art. 47 do CPC, dispositivo esse que encerra também, apesar da redação defeituosa que lhe foi atribuída, o chamado “litisconsórcio unitário”, decorrente da incidibilidade da relação jurídica de Direito Material afirmada na petição inicial.

Nesse último caso, embora a lei não seja expressa nesse sentido, exige-se a presença de duas ou mais pessoas no processo porque a relação jurídica de Direito Material não comporta tratamento diferenciado entre seus titulares, como ocorre no clássico exemplo da ação de anulação de casamento, em que os cônjuges precisam estar, em conjunto, no pólo passivo.

Da mesma forma, também não é possível, por exemplo, a anulação de um contrato sem a presença de todos os contratantes, isso porque o contrato não pode ser válido para alguns deles e inválido para os outros, ao mesmo tempo.¹⁴

Pois bem, caso algum dos litisconsortes não esteja presente, nas hipóteses supramencionadas, e o processo prossiga assim mesmo, então, conforme dispõe a última parte da regra prevista no art. 47 do CPC, a sentença não produzirá efeitos ou, como prefere a doutrina, terá sido dada inutilmente (*inutiliter datur*), daí resultando a “plena liberdade para a propositura e julgamento de nova demanda com o mesmo objeto”¹⁵.

Considerando que a sentença não pode prejudicar ou beneficiar, diretamente, aqueles que não fizeram parte do processo, é evidente que os integrantes da relação de Direito Material que não participaram do processo não podem ser atingidos pelos efeitos da decisão judicial e, entre permitir a produção de efeitos parciais e eventualmente perigosos ou não produzir efeito algum, optou o legislador por essa segunda solução, mais técnica e segura, consistente na vedação de que a sentença produza efeitos em situações assim.

Basta, nesse caso, que a sentença seja desconsiderada, em qualquer momento e a qualquer tempo, porque faltaria interesse de agir ao autor da ação rescisória que desejasse rescindir um ato jurídico que jamais produziu, ou produzirá, efeitos.¹⁶

2.2 Ausência ou nulidade da citação no processo de conhecimento, que correu à revelia do réu

Outra hipótese legal de ausência de efeitos de uma decisão judicial está prevista no art. 741, I, do CPC. Nesse caso, se a citação foi nula ou inválida e o réu não compareceu para se defender (art. 214, § 1º, do mesmo diploma legal), então esse réu não pode sofrer os efeitos decorrentes da sentença.

resistem ao reconhecimento de um vício no contrato (2004: 155). Se se tratar de ausência de algum dos réus, logicamente nenhuma dificuldade terá o autor em promover a ampliação do pólo passivo da demanda.

¹⁵DINAMARCO (1997: 293). Aliás, nessa mesma obra, o autor limita aos casos de litisconsórcio *necessário unitário* a regra da ineficácia prevista no art. 47 do CPC (p. 296). Em sentido contrário, MIRANDA (2000, t. 2: 48). No dizer de Ada Pellegrini Grinover, o STJ pode, independentemente de prequestionamento, determinar a nulidade do processo, quando um dos litisconsortes necessários não estiver presente (Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. Edição especial 30 anos do Código de Processo Civil, jan./dez. 2003: 39).

¹⁶STJ, 4ª T., REsp. 146.099/ES e 147.769/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 14/02/2000. Na doutrina, cf. WAMBIER, 1998: 173.

¹⁴São hipóteses em que, no dizer da doutrina italiana, ou todos os sujeitos titulares da relação jurídica estão no processo do começo ao fim, ou, então, devem ser chamados para “integrar o contraditório”, para que o processo possa prosseguir (FAZZALARI, 1996: 321). Ocorre que, no sistema italiano (art. 102 do CPC italiano), assim como ocorria no CPC brasileiro de 1939 (art. 91), na falta de um dos litisconsortes necessários, o juiz pode, *ex officio*, determinar a citação dele, para completar o litisconsórcio. No sistema atual, o juiz não tem esse poder, mas, se intimado o autor, ele não promover a inclusão do litisconsorte que falta, poderá o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, por ausência de legitimidade, sob pena de sua sentença não proferir efeito algum no futuro. José Roberto dos Santos Bedaque recomenda a inclusão do litisconsorte ativo (o qual se recusa a litigar em conjunto com o autor, no pólo *ativo* da demanda, portanto), no pólo *passivo* dessa mesma demanda, sob o argumento de que ambos, credor e co-devedor, por exemplo,

Trata-se da conhecida querela *nullitatis insana-bilis*, originária do “diritto intermedio” italiano¹⁷, que tanto pode ser exercida por meio de embargos à execução, incidentalmente, portanto, quanto de maneira autônoma, mediante a propositura de uma ação declaratória.

Nesse caso, conforme ensina Giuseppe Chiovenda¹⁸, o processo existe apenas entre o autor e o Estado, mas não existe em relação ao réu.

Por esse motivo, entende-se que a ação mencionada tem caráter meramente declaratório ou, em outras palavras, está destinada apenas a declarar que a sentença proferida no processo no qual a citação foi inválida ou inexistente nunca produziu nenhum efeito em relação ao réu.¹⁹

Não se trata de uma sentença inválida, que estaria sujeita a ser rescindida, mas sim de uma sentença que nunca produziu efeitos em relação ao réu, simplesmente porque, ante a ausência de citação desse, não houve obediência ao contraditório e, tampouco, chance de ampla defesa, razões mais do que suficientes para o sistema entender que a sentença não pode produzir efeitos em relação ao réu.²⁰

2.3 Inexigibilidade de decisão judicial fundada em lei (ou ato normativo) declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou cuja aplicação ou interpretação foi tida por incompatível com a Constituição da República

Nos termos da regra prevista no art. 741, parágrafo único, do CPC, quando o STF, aparentemente

apenas em regime de “controle concentrado” de constitucionalidade, nas ações diretas destinadas a esse fim, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou sua interpretação “conforme”, proferirá uma decisão que, a despeito da garantia da coisa julgada, atingirá reflexamente todas as decisões judiciais proferidas em demandas individuais ou coletivas que tenham por fundamento a lei (ou ato normativo) considerada inconstitucional, mesmo que tenha ocorrido o trânsito em julgado material dessas decisões.

Essa regra guarda relação com aquela prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999, segundo a qual o STF poderá, ao reconhecer uma inconstitucionalidade, tendo em vista razões excepcionais, restringir os efeitos desse reconhecimento ou decidir que a inconstitucionalidade só tenha eficácia a partir de um determinado momento²¹, não sendo difícil imaginar que essa “dimensão temporal” a ser fixada acabe atingindo decisões judiciais proferidas no passado.

Há controvérsias a respeito da constitucionalidade das regras supramencionadas, mas os fundamentos políticos e jurídicos dessas controvérsias não fazem parte dos propósitos do presente trabalho, os quais estão destinados apenas a traçar um panorama das hipóteses em que a própria lei determina a ineficácia dos efeitos da sentença.

Assim, cumpre apenas destacar que, na hipótese prevista no parágrafo único do art. 741, supramencionada, os efeitos da sentença, mesmo após o trânsito em julgado material dessa, poderão ser alterados e, ao menos quando a lei inconstitucional for o único fundamento da sentença, completamente eliminados do sistema (*rectius*: tornados ineficazes).²²

2.4 Decisões proferidas no âmbito do Juizado Especial Cível

Criado pela Lei 9.099/1995 para resolver litígios de pouca complexidade, o Juizado Especial Cível está

¹⁷CHIOVENDA (1920: 1000). Cf. também BESSO (1996: 37).

¹⁸1920: 654.

¹⁹“Com efeito, as nulidades dos atos processuais podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo. Ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser argüidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo. Há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso a sentença, embora tenha se tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência, e *carece de efeitos no mundo jurídico*” (LIEBMAN, 1976: 181) (Grifo nosso).

²⁰“No Decreto, Graciano estabeleceu a regra de que ninguém pode ser validamente condenado sem que tenha sido observada a ordem judiciária: *Quod autem nullus sine judiciaria ordine damnari valeat, autoritatibus probatur* (Causa II, Quaestio I)” (COSTA, 1995: 119). Sobre o tema, cf. FABRÍCIO (2004: 243).

²¹Adotou-se, neste ponto, conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a teoria de Hans Kelsen, a respeito da dimensão dos efeitos do reconhecimento de uma inconstitucionalidade (2004: 59-71). Do mesmo autor, cf. Inovações no controle de constitucionalidade (2003: esp. 241). Sobre o tema, mais amplamente, cf. Gilmar Ferreira Mendes (2004: 303) e Teori Albino Zavascki (2001: 51).

²²LUCON (2004: 2102).

limitado às causas que não excedam 40 salários mínimos²³ (art. 3º, I, da lei mencionada), mesmo porque, se o autor iniciar uma demanda de valor superior a esse limite, a lei considera que houve automática renúncia ao excedente (art. 3º, § 3º, do mesmo diploma legal). O rigor imposto pelo legislador, porém, foi além dessa drástica penalidade.

Nos termos do disposto no art. 39 da lei supra-mencionada, é *ineficaz* a sentença condenatória, apenas naquilo que exceder a alçada de 40 salários mínimos. Assim, por exemplo, se o juiz resolver condenar o réu em valor correspondente a 100 salários mínimos, no que diz respeito ao valor excedente (60 salários mínimos), a sentença é simplesmente ineficaz, tanto que o credor não tem título algum para cobrar esse excedente, dada a ineficácia da sentença nesse “capítulo.”²⁴

Esse é um critério que leva em consideração apenas o valor a ser fixado na sentença, mas, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco²⁵, também pode ocorrer que a sentença trate de um assunto o qual não é da competência do Juizado (critério qualitativo), como uma ação de alimentos ou, então, uma ação de interesse da Fazenda Pública. Nesse caso, pelos mesmos motivos, a sentença também não pode ser eficaz, não porque ultrapassou o valor máximo, mas porque tratou de assunto que não estava incluído na sua competência.

Não custa lembrar que as hipóteses de incompetência do Juízo, no Juizado Especial Cível, são tratadas de maneira peculiar, principalmente porque não acarretam a remessa dos autos ao Juízo competente, como normalmente ocorre no procedimento comum (sumário ou ordinário), mas sim a extinção do processo que estava em curso no Juizado Especial, conforme dispõe o art. 51 da Lei 9.099/1995, em seus incisos II e III.

Além disso, não se admite a interposição de ação rescisória das decisões proferidas no âmbito do Juiza-

do Especial Cível e, assim, entender que as decisões proferidas em causas que não são da competência desse Juizado podem subsistir significa, paradoxalmente, entender que o critério de fixação da competência pelo valor é mais importante do que o critério qualitativo, isso porque não haveria remédio, em tese, apto a corrigir um julgamento que versasse sobre uma matéria não incluída na competência do Juizado.

Na verdade, quando o legislador disse que a sentença é ineficaz naquilo que exceder a alçada prevista na Lei 9.099/1995, ele estava se referindo tanto à competência em razão do valor quanto à competência em razão da matéria, mesmo porque, como se sabe, é da tradição do processo considerar essa última de ordem pública e a outra, de caráter estritamente particular, de maneira que não faria sentido algum a inversão desses valores sem nenhuma justificativa plausível.

Por último, convém deixar claro que a limitação de valor prevista na lei dos Juizados Especiais leva em consideração apenas o valor do pedido no momento da propositura da demanda, sem que tenham influência, como corretamente entende Cândido Rangel Dinamarco²⁶, as elevações ulteriores do salário mínimo ou a fluência de correção monetária e juros moratórios que vencerem depois.

2.5 Coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*

Em determinadas circunstâncias, o legislador entendeu que a decisão de improcedência de certa demanda simplesmente não deve produzir efeitos, permitindo, com isso, que o autor ingresse novamente em juízo.

O exemplo mais comum está nas sentenças de improcedência, por falta de provas, proferidas no âmbito das chamadas “ações civis públicas”, pois, conforme dispõe o art. 16 da Lei 7.347/1985, a sentença não fará coisa julgada se o pedido for julgado improcedente por aquele motivo.

Nesse caso, assim como ocorre nas hipóteses previstas no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), trata-se da inaptdão da sentença de improcedência para produzir o efeito de

²³Por coincidência, a Lei 7.244/1984, que cuidava do Juizado de Pequenas Causas, tratava, também no art. 39, da ineficácia da sentença condenatória que excedesse a alçada prevista em seu art. 3º, fixada em 20 salários mínimos.

²⁴Sobre o tema “capítulos de sentença”, que cuida da análise das divisões que uma sentença pode sofrer e das interações existentes entre estas divisões, cf. DINAMARCO (2002) e, para as repercussões desse tema, no âmbito recursal, cf. BONÍCIO (2002).

²⁵2001: 73.

²⁶2001: 57.

declarar a inexistência da relação jurídica de Direito Material sustentada pelo autor, isso porque a coisa julgada, nesse ponto, é *secundum eventum litis*²⁷ e permite a formulação de pedido idêntico ao que foi rejeitado, desde que amparado em novas provas.

Igual tratamento foi dado às sentenças de improcedência de pedidos formulados em sede de ação popular, pois a Lei 4.717/1965 dispõe, em seu art. 18, que não haverá coisa julgada no caso de o pedido haver sido julgado improcedente por falta de prova.²⁸

Há, na Lei n. 1.533/1951, que cuida do mandado de segurança, situação semelhante a essa. Quando o julgamento proferido no mandado de segurança não aprecia o mérito, o autor pode, nos termos do disposto no art. 15 dessa lei, pleitear o reconhecimento de seus direitos por meio das vias ordinárias que o sistema processual lhe oferece, visto que o procedimento do mandado de segurança não oferece ao autor a possibilidade de realizar provas as quais não sejam escritas e, dessa forma, não pode impedir que esse autor tenha oportunidade de produzir essas provas em outra ocasião.

Trata-se, nesse caso, de um procedimento de cognição plena e exauriente, mas *secundum eventum probationis*²⁹, no qual a própria lei cuida de obstar a existência de um dos efeitos da sentença de improcedência, permitindo ao autor a formulação de um novo pedido, desde que seja feita pelas vias ordinárias que o sistema lhe oferece, agora sem restrição quanto aos meios de prova admissíveis.

2.6 Ausência do instrumento de procuração outorgado pelo autor

Consta no parágrafo único do art. 37 do CPC uma hipótese de ineficácia da sentença menos explícita do que as demais hipóteses legais dessa natureza, mas que encerra provavelmente a mais grave das situações.

Segundo essa regra, serão considerados *inexistentes* os atos processuais praticados, se o advogado do autor não apresentar a procuração para agir em juízo.

Trata-se de uma situação verdadeiramente ex-

cepcional, pois, em regra, o advogado nunca pode propor uma demanda em juízo sem apresentar a procuração do autor. A lei, entretanto, permite que o advogado ingresse em juízo e apresente a procuração no prazo de 15 dias, prorrogável pelo juiz por idêntico período, quando houver risco de perda do Direito Material ante a iminência do fim de um prazo prescricional ou decadencial, ou para praticar atos urgentes em geral.

Nesse caso, os atos processuais praticados devem ser ratificados quando a procuração for apresentada em juízo, sob pena, repita-se, de inexistência da eficácia desses atos.³⁰

Não há problemas quando o prazo estabelecido pela lei é observado pelo juiz, pois, nesse caso, ante a ausência de procuração, logicamente não há pedido formulado e isso significa que falta um pressuposto processual importantíssimo.

O juiz não pode atuar *ex officio* (arts. 2º e 262 do CPC)³¹, prestando tutela jurisdicional a quem nada pediu e, pior, causando insegurança jurídica e ônus desnecessário ao réu, pois, se o pedido for julgado improcedente, muito provavelmente o próprio autor afirmará que jamais formulou pedido algum, tanto que nem sequer outorgou procuração a um advogado. De maneira inexorável, portanto, deverá ocorrer a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do disposto no art. 267, IV, do CPC.

O problema está na hipótese em que a ausência de procuração não é percebida pelas partes ou pelo juiz, senão quando a sentença já foi proferida ou, pior, quando já ocorreu o seu trânsito em julgado.³²

Admitir a eficácia dessa sentença significa deixar em segundo plano importantes regras processuais, como aquelas mencionadas, e provocar uma grande instabilidade no sistema, pois a qualquer momento

²⁷GRINOVER, 1997: 710.

²⁸MANCUSO, 1996: 233 e ss.

²⁹WATANABE, 2000: 118. Cf. Súmula 304 do STF.

³⁰Todo ato jurídico deve ser analisado sob a perspectiva da existência, da validade e da eficácia. Sobre a importância da distinção entre inexistência e nulidade no sistema processual, cf. PASSOS (2002: 103).

³¹Cintra; Grinover; Pellegrini; Dinamarco (2003: 289).

³²“Na instância especial, é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (Súmula 115 do STJ). No que diz respeito às instâncias inferiores, não é esse o entendimento do STJ, conforme se vê na decisão proferida nos autos do REsp. 14.827-8/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *RSTJ*, 60/85.

podem surgir dúvidas a respeito da existência, ou não, dos atos praticados pelo autor por meio de um advogado que pode estar atuando em juízo sem a necessária autorização.³³

Ao contrário do que se pode imaginar, não obstante a gravidade do problema causado pela ausência de procuração, há uma forte tendência doutrinária a permitir que a procuração seja apresentada mesmo após o prazo previsto no art. 37 do CPC³⁴, tendo em vista a preservação dos atos praticados no processo.

A jurisprudência, no entanto, tem sido mais rigorosa a esse respeito, determinando a extinção do processo independentemente do oferecimento de prazo ao autor, para apresentação da procuração³⁵. Em todo caso, mesmo que seja admissível a apresentação tardia da procuração, deve haver um limite razoável para que isso ocorra.

Não pode o juiz, ao final do processo, quando todas as provas foram produzidas, permitir que o autor apresente a procuração e, com isso, ratifique os atos praticados em seu nome, porque obviamente há um risco de o autor simplesmente se recusar a assinar a procuração, caso entenda que as provas não lhe são favoráveis, entre outras situações possíveis e igualmente perigosas para a estabilidade do sistema.

Situação semelhante ocorre com a regra prevista no art. 267, III, do CPC, a qual cuida da hipótese em que o autor abandona o processo e, mesmo intimado pessoalmente (§ 1º do mesmo dispositivo), não promove os atos e as diligências que lhe competem.

Para impedir que o autor esvazie a garantia prevista no § 4º do art. 267 supramencionado, segundo a qual ele não pode desistir da ação sem autorização do réu, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que, quando o autor abandonar o processo, somente mediante *requerimento do réu* é que poderá ocorrer a

extinção do processo sem julgamento do mérito (Súmula 240 do Superior Tribunal de Justiça – STJ).

Assim, pelos mesmos motivos, voltados para a segurança do sistema, naturalmente não é a qualquer momento que o autor poderá sanar o vício existente, impondo-se a imediata extinção do processo quando for detectada a ausência de procuração do autor.

Numa execução, por exemplo, mesmo que seja possibilitada ao autor a apresentação *tardia* de procuração, deve o juiz considerar a possibilidade de suspender todos os atos de constrição sobre o patrimônio do executado, praticados até o momento em que foi detectada a ausência de procuração do exequente, e exigir que a procuração seja apresentada *imediatamente*, especialmente nas execuções amparadas por título executivo extrajudicial, porque nenhum risco pode correr o executado em circunstâncias assim.

Convém deixar claro, todavia, que, se foi o réu quem deixou de apresentar a procuração, os resultados serão outros, pois ele será apenas considerado revel, conforme o caso, e deverá suportar os efeitos dessa conduta, não sendo possível ao juiz aproveitar os argumentos contidos na contestação apresentada por um advogado que não tinha procuração para tanto.

3 Síntese conclusiva

A coisa julgada, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco³⁶, não possui dimensões próprias, mas sim as dimensões que tiverem os efeitos da sentença, e a análise das situações em que a sentença não produz efeitos, por força de lei, confirma amplamente esse entendimento.

Não se cogita de coisa julgada quando as decisões judiciais não produzem efeitos e, nesse ponto, importantes considerações foram feitas ao longo do texto, para melhor análise e dimensionamento desse fenômeno, cuja ocorrência atesta a ineficiência do sistema em algum momento de sua atividade, na medida em que produziu uma decisão judicial privada de efeitos.

A análise dos caminhos pelos quais os efeitos de uma decisão judicial podem ser desconsiderados fornece uma visão ampla da importância dada pelo

³³BEDAQUE, 2004: 136. A respeito da inexistência da sentença, cf. KOMATSU (1991: 159). No Direito italiano, cf. BESSO (1996: 239).

³⁴DINAMARCO (2001: 167). Mais amplamente, inclusive com enfoque jurisprudencial, cf. TESHEINER (2000: 39). Cf. também MARQUES (2000: 162-163) e WAMBIER e MEDINA (2003: 30).

³⁵Na jurisprudência tem prevalecido o entendimento de que deve ocorrer a extinção do processo se o advogado não juntou procuração nem protestou pela sua juntada posterior (STF, RSTJ 31/384; RT 735/203, 495/165, 503/175 e 503/218; STJ, REsp 29.223-6, 29.801-9 e 43.546-3 *apud* NEGRÃO, 2001: 148-149.)

³⁶2003: 221.

sistema a essa situação, porque, em determinados casos, mesmo diante da injustiça de uma decisão, não há remédio para alterar os efeitos de uma decisão judicial transitada materialmente em julgado.

Em determinadas situações, todavia, o sistema admite a interposição de ação rescisória e, em outras, a desconsideração dos efeitos da sentença por meio da teoria da flexibilização da coisa julgada, abordada no tópico I deste estudo.

Nesse cenário, porém, não se devem perder de vista as hipóteses em que a própria lei cuidou de evitar que as decisões judiciais produzam resultados, relacionadas aos casos de: a) ausência de citação de um ou mais dos litisconsortes necessários; b) ausência ou nulidade da citação, tendo o processo tramitado à revelia do réu; c) decisões do STF que reconheçam a inconstitucionalidade de uma lei na qual uma decisão judicial estiver fundamentada; d) extrapolação da alçada dos Juizados Especiais Cíveis, tanto em termos quantitativos quanto em termos qualitativos; e) ausência de procuração do advogado do autor.

Sem a pretensão de esgotar o assunto relativo à ineficácia das sentenças, o qual possui uma dimensão muito maior do que a abordada neste trabalho³⁷, ante os elementos colhidos, é possível afirmar que os critérios adotados pelo legislador para impedir que a sentença produza efeitos estão amparados em fundamentos puramente técnicos, mesmo porque, fora desse âmbito, seria muito difícil e pouco produtivo que a lei estabelecesse quais as situações em que a sentença seria ineficaz e quais as situações em que a eficácia deveria permanecer, sem levar em consideração as peculiaridades de cada caso.

Enfim, conforme adverte Cândido Rangel Dinamarco, são excepcionais as situações em que as decisões judiciais não produzem efeito e “o juízo da concreta excepcionalidade de cada situação pertence só e exclusivamente ao juiz, em cada caso concreto”³⁸, de maneira que seria mesmo indesejável a existência de lei que pretendesse disciplinar *todas* as hipóteses em que as decisões judiciais serão ineficazes.

Referências bibliográficas

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004. Obra coletiva.
- BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1996.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Breve análise das sentenças civis ineficazes *ope legis*. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, maio 2006. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1920.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Sulla cosa giudicata*. Saggi di diritto processuale civile. Reimpressão. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros: 2003.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Inovações no controle de constitucionalidade. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, n. 76, jun. 2004. Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A coisa julgada *secundum eventum litis*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. Edição especial – 30 anos do Código de Processo Civil, jan./dez. 2003.

³⁷BESSO, 1996; WAMBIER, 1998.

³⁸DINAMARCO, 2003: 266.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Notas de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Notas de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004. Obra coletiva.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. atualizada. Campinas: Millenium, 2000, v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. atualizada por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2000, t. 2.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. Obra coletiva.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença civil: perfil histórico-dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Contornos do mandado de busca e apreensão – requisitos e controle da atividade policial

Rodrigo Carneiro Gomes¹

Resumo indicativo

Tece considerações sobre supostas “invasões” em escritórios de advocacia. Mostra os requisitos legais do mandado de busca e apreensão e o controle da atividade policial através de instrumentos normativos e legais. É abordado “o que” se apreende, “quando”, medidas adotadas “antes” da busca e apreensão, “durante” e “após”. Explica a necessidade e o procedimento da busca quando abrange computadores e as circunstâncias em que o escritório de advocacia pode ser objeto de busca e apreensão.

1 A polêmica a respeito de “supostas” invasões em escritórios de advocacia

É tema entusiasmante a polêmica que se criou em torno da imputada conduta de “invasão” em escritórios de advocacia com suposta violação de prerrogativas e com mandados de busca e apreensão tidos como ilegais, porque genéricos e cumpridos em local diverso daquele da jurisdição da autoridade judiciária expedidora.

A realidade contada, no entanto, é muito diferente da cotidiana do trabalho policial.

Não há “invasão”, na concepção do Código Penal, ou semântica, além do que não se pode perder de vista que as diligências policiais são precedidas de ordem judicial, conjugada com o parecer do Ministério Público Federal, além de, em nome da transparência do serviço público policial, haver prévia comunicação à Comissão de Prerrogativas da OAB, apesar de o Departamento de Polícia Federal estar isento de tal obrigação por força de decisão liminar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que suspendeu a eficácia do art. 7º, II, parte final da Lei. 8.906/1994.

¹ Delegado de Polícia Federal, pós-graduado em Direito Processual Civil e em Defesa Social e Segurança Pública, em Brasília/DF. Foi Assessor de Ministro do STJ e Assessor de Desembargador do TJDF (rodrigo.rcg@dpf.gov.br)

2 Alegações genéricas e sem respaldo

Em que pese a apregoada ilegalidade de procedimentos policiais, apenas uma representação foi formulada perante o Ministério da Justiça e, pelo que, internamente, até agora se apurou, não houve nenhuma ilegalidade no cumprimento das ordens judiciais, até porque foram, efetivamente, encontradas pastas com a denominação “blindagem de bens”. Eu disse apenas *uma representação* e que, de plano, por determinação do Exmo. Sr. Ministro de Estado de Justiça, originou uma sindicância, iniciando-se a devida apuração, sem corporativismo.

As alegações genéricas e sem fundamentação partem da crença geral segundo a qual o Estado de Direito vale *para os pobres e não para os ricos*, em sua grande parte industriais e empresários com efetivo trânsito entre as altas autoridades brasileiras, que pensam estar imunes ao paquiderme que é o nosso Estado, seja pela sua lentidão, seja pelo arcaico arcabouço jurídico recursal, judicial e administrativo-tributário.

As acusações genéricas são levianas e denigrem a imagem institucional e dos profissionais de alta qualificação e comprometimento pessoal que fazem do risco de vida diário a sua maior contribuição para um Estado mais justo e igualitário, e nunca para um Estado em busca de manutenção do poder político.

Num país como o Brasil, que, ao lado de Serra Leoa, tem a pior distribuição de renda do mundo, com um índice de corrupção semelhante ao que tinha há 7 anos, *grassa a impunidade* e, assim mesmo, ainda querem amordaçar a Polícia Federal.

3 A imprescindibilidade da atuação do advogado e os limites da inviolabilidade do seu escritório

Já dizia Piero Calamandrei² que a parcialidade do advogado é a garantia da imparcialidade do juiz.

² 2000.

Em recente artigo publicado no “Jornal da Tarde”³, José Reinaldo Guimarães Carneiro, Promotor de Justiça do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO, pontuou:

... efetivadas as garantias, não se confunde a pessoa do advogado com a do cliente. Para o advogado ético, leal à causa defendida, foram instituídas as garantias. Ele é que tem a prerrogativa do sigilo. São para ele a inviolabilidade do escritório e a de comunicações, para bem representar o seu cliente às voltas com graves delitos do ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, essa parcialidade e a prerrogativa do sigilo guardam limites na Constituição Federal e na Lei 8.906/1994 e, especialmente, nas prerrogativas funcionais de magistrados, promotores e procuradores da República, delegados de polícia e servidores públicos em geral.

O sigilo profissional dos advogados é uma manifestação do direito de defesa, e não é esse o objeto das investigações e operações policiais e nem dos mandados de busca e apreensão. A incursão no inviolável local de exercício de atos da profissão nada interessa à Polícia Federal, enquanto ligado umbilicalmente à sua atividade-fim, qual seja a defesa de interesses de terceiros, em face do Estado.

Bem observou o Delegado de Polícia Federal Célio Jacinto dos Santos que⁴:

O *jus puniendi* estatal não pode ficar inerte diante da ofensa a bens jurídicos protegidos, não pode prescindir dos meios necessários ao esclarecimento dos fatos, suas circunstâncias, autores e partícipes, numa fase preparatória ou extraprocessual, aí surgindo então o direito à investigação estatal, que também coabita com a outra face da moeda, o direito à investigação do imputado ou do acusado, alçado a direito público subjetivo, equivalente aos direitos de ação e defesa, tudo isso, numa interpretação e integração já reconhecidas ao direito à prova.

É de clareza solar que a legislação processual penal *admite a busca em escritório de advocacia*, especialmente, se o advogado estiver na posse do *corpo delicto* (art. 243, § 2º, do CPP) ou se o próprio advogado

for *suspeito* da prática de algum ilícito. Nesse aspecto, os Tribunais Regionais Federais têm consignado, à exaustão, a legalidade do procedimento policial, que há décadas ocorre com fulcro na legislação citada.

Como assegurou o TARS⁵: “Mesmo que a coisa buscada seja determinada, e os executores devam limitar-se ao estritamente necessário para que a diligência se efetue, não há proibição legal de que sejam apreendidos outros objetos que constituem corpo de delito de infração penal”, e, complementado por acórdão do TRF 3ª Região: “não se poderia exigir que – a autoridade – conhecesse quais os documentos e arquivos continham, por assim dizer, as informações que interessavam à justiça”, pois era necessária a “análise de documentos fiscais envolvendo conhecimentos de finanças, de operações bancárias e de informática”⁶.

E é por isso que, com acerto, a eminente processualista Ada Pellegrini Grinover⁷ leciona que “todas as liberdades têm feito e finalidade éticos, não podendo ser utilizadas para proteger abusos ou acobertar violações”.

4 Os instrumentos normativos de controle da atividade policial e a doutrina

A Instrução Normativa 11-01/DG-DPF-MJ⁸ assegura, em compasso com o art. 245, § 7º, do CPP, o acompanhamento de toda a diligência de busca e apreensão por duas testemunhas, preferencialmente não policiais, ficando uma cópia do termo de diligências (auto circunstanciado) com o proprietário, morador ou preposto, com comunicação imediata do resultado à autoridade judiciária. Veja-se:

70 Após a realização da busca, mesmo quando resultar negativa, será lavrado auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas presenciais.

70.1 O resultado da diligência será imediatamente comunicado à autoridade judiciária.

⁵ JTAERGS 95/42 (atente-se para o art. 4º da EC 45/2004).

⁶ MS 247.735, processo 2003.03.00.017120-6, 1ª Seção do TRF 3ª Região, Rel. Desembargadora Federal Ramza Tartuce. *RTRF*, 62/120.

⁷ 1990: 60.

⁸ Publicada no *Boletim de Serviço* 129, de 09/07/2001 e no *DOU* 126, Seção 1, de 02/07/2001. Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal.

³ 2005: A-2.

⁴ Consultado em 03/08/2005.

70.2 Cópia do auto de apreensão será fornecida ao detentor do material apreendido.

Mirabete, no seu *Código de Processo Penal interpretado*⁹, p. 535, leciona:

240.1 A fim de que não desapareçam as provas do crime, a autoridade policial deve *apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o delito* (art. 6º, II). O art. 240 relaciona ainda objetos e pessoas que podem ser objeto da busca e apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem. Embora a busca e a apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como *medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas*.

...

243.1 É de se notar que *não se permite a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, em restrição advinda da necessidade de se manter o sigilo profissional e, mais ainda, do amplo direito de defesa. A proibição é restrita ao "documento", não se estendendo a outras coisas, como armas, instrumentos ou produto do crime etc.*¹⁰ (Sem grifo no original.)

Contudo, mais adiante, o autor doutrina que, embora não seja permitida a apreensão de documento confiado ao advogado, essa apreensão torna-se legal, permitida, aceitável, quando o documento se consubstancie em "corpo de delito". Veja-se:

Além disso, *a apreensão do documento é permitida quando se trata de elemento de corpo de delito*, como, por exemplo, falsidade documental, estelionato por meio de contrato etc. Também é permitida quando o advogado não é patrono do acusado, é co-autor do ilícito ou possui papéis não em razão de suas funções.

Portanto, o que não é corpo de delito, instrumento ou produto do crime e diga respeito exclusivamente ao exercício ético da advocacia não é objeto de apreensão. São excluídos:

I. documentos relativos a outros clientes do advogado ou da sociedade de advogados, que não tenham relação com os fatos investigados;

II. documentos preparados com o concurso do

advogado ou da sociedade de advogados, no exercício regular de sua atividade profissional, ainda que para o investigado ou réu;

III. contratos, inclusive na forma epistolar, celebrados entre o cliente e o advogado ou sociedade de advogados, relativos à atuação profissional destes;

IV. objetos, dados ou documentos em poder de outros profissionais que não o(s) indicado(s) no mandado de busca e apreensão, exceto quando se referirem diretamente ao objeto da diligência;

V. cartas, fac-símiles, correspondência eletrônica (*e-mail*) ou outras formas de comunicação entre advogado e cliente protegidas pelo sigilo profissional (art. 4º da Portaria 1.288/05-MJ).

A fim de corroborar a lisura dos procedimentos do Departamento de Polícia Federal, trago à colação outros dispositivos da IN 11/01-DG/DPF/MJ, que regem a nossa instituição desde o ano de 2001 e que, antes mesmo dessa data, recebiam o mesmo tratamento:

SEÇÃO VI

DA BUSCA DOMICILIAR

65. A busca domiciliar será feita mediante mandado judicial, precedida de investigação sobre o morador do local onde será realizada, visando colher elementos sobre sua pessoa (atividades, periculosidade e contatos), sempre que possível com a presença da autoridade policial e de testemunhas não policiais, observando-se as regras estabelecidas nos arts. 240 a 250 do CPP.

...

67. Ao representar perante a autoridade judiciária pela expedição de mandado de busca, a autoridade policial deverá fazê-lo de forma fundamentada, indicando o local onde será cumprido e, sempre que possível, o nome do morador ou sua alcunha e os fins da diligência.

68. No curso da busca domiciliar, os executores adotarão providências para resguardar os bens, valores e numerários existentes no local, preservar a dignidade e evitar constrangimentos desnecessários aos moradores.

68.1 Os executores da busca providenciarão para que o morador e as testemunhas acompanhem a diligência em todas as dependências do domicílio.

69. Ocorrendo entrada forçada em virtude da ausência dos moradores, os executores adotarão medidas para que o imóvel seja fechado e la-

⁹2001: 535.

¹⁰2001: 539.

crado após a realização da busca, que será assistida por duas testemunhas não policiais.

70. Após a realização da busca, mesmo quando resultar negativa, será lavrado auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas presenciais.

70.1 O resultado da diligência será imediatamente comunicado à autoridade judiciária.

70.2 Cópia do auto de apreensão será fornecida ao detentor do material apreendido.

71. A busca em repartições públicas, quando necessária, será *antecedida de contato com o dirigente do órgão* onde será realizada. (Sem grifo no original.)

5 O cumprimento do mandado de busca e apreensão – requisitos e execução. O que e quando

Destaco os principais pontos da Portaria 1.288¹¹, relacionados ao cumprimento de mandados de busca em escritórios de advocacia:

a) participação de advogado na prática delituosa sob investigação;

b) instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito em poder de advogado;

c) documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração (art. 2º da Portaria 1.288).

Outros pontos importantes:

Requisitos da representação de busca:

- instrução do pedido com todos os elementos que justifiquem a adoção da medida;
- indicação, com a maior precisão possível:

a) das *razões* da diligência do local, de forma fundamentada;

b) da *finalidade* da busca;

c) dos *objetos* que se pretende apreender. (art. 1º da Portaria 1.287/MJ);

- mencionar na representação *se no local de busca funciona escritório de advocacia* (art. 1º da Portaria 1.288).

Recomendação de execução da busca:

- *comunicação à respectiva Seção da OAB*, antes do início da busca, facultando-lhe o acompanhamento da execução da diligência (art. 1º da Portaria 1.288);
- leitura prévia do conteúdo do mandado para preposto encontrado no local da diligência;
- comando e responsabilidade de delegado de Polícia Federal;
- discricção, com meios proporcionais, adequados e necessários;
- sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento à diligência;
- preservação da rotina e do normal funcionamento do local da diligência;
- *backup* de suportes eletrônicos, computadores, discos rígidos, bases de dados, por perito criminal federal especializado (art. 3º da Portaria 1.287/MJ).

Medidas após a execução do mandado de busca:

- comunicação ao magistrado;
- objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos (art. 4º, § 2º, da Portaria 1.287/MJ);
- faculdade do interessado de extrair cópia dos documentos apreendidos, inclusive dos dados eletrônicos, que não foram objeto de restituição, mediante justificativa, para evitar o uso protelatório em prejuízo da investigação.

A comunicação à Seccional da OAB, ao advogado plantonista da Comissão de Prerrogativas, está prevista na parte final do inciso II do art. 7º da Lei 8.906/1994. Teve sua eficácia suspensa pela liminar deferida na ADI 1.127-8/PE, Rel. Min. Paulo Brossard, julgada em 06/10/94.

A revitalização do disposto legal em Portaria ministerial, em uma releitura da interpretação conforme a Constituição, só pode ser entendida, para que haja razoabilidade e proporcionalidade, com as ponderações feitas pelo Ministro Relator da ADI, *in verbis*:

Se a busca e apreensão é determinada por Juiz competente, ela há de fazer-se sob a sua autoridade e responsabilidade e não ficar na dependência de quem não exerce poder jurisdicional, ense-

¹¹O *Diário Oficial da União* 125, Seção I, p. 50, de 01/07/2005, publicou as Portarias 1.287 e 1288, ambas de 30/06/2005.

jando a frustração da medida. Pode haver urgência na sua execução, e é natural, a maior reserva, sob pena de tornar-se inócua; se o Juiz antes de executar sua decisão dela devesse dar ciência à OAB, algumas pessoas dela teriam prévia notícia, com as inevitáveis e óbvias conseqüências; *ou o caso é de busca e apreensão ou não é; se for, tem de ser executado com presteza, exaço e reserva, se não for, o Juiz não o determinará.*¹² (Sem grifo no original.)

Posteriormente, em julgamento de mérito proferido em 17/05/2006, tendo sido designado Relator o Min. Ricardo Lewandowski, decidiu o STF “que a exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão, a partir do momento em que a OAB, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, deixar de indicar o representante.”¹³

De qualquer forma, o julgamento do STF deixa claro que devem ser adotadas as “cautelais próprias” e a comunicação à OAB deve ocorrer com a garantia de que as provas não sejam alteradas, podendo-se alcançar o resultado útil da diligência desde que controlado o perímetro e o acesso de pessoas ao local objeto da busca. Não há exigência legal ou jurisprudencial de que a comunicação seja feita com vinte e quatro horas de antecedência, sendo suficiente que seja no momento imediatamente anterior à busca.

Alguns propalam, ainda, que gera intranqüilidade a incursão em escritórios de advocacia, porque é impossível que a autoridade policial não tome conhecimento de outros casos, de outros nomes e de outros dados, estranhos à investigação.

Tal preocupação é desarrazoada. A autoridade policial está vinculada aos fatos investigados num determinado inquérito policial e, quando no escritório de advocacia, não poderá violar o sigilo profissional entre advogado e cliente que não seja objeto da investigação, sob pena de, se a prova atingir clientes estranhos à investigação, ser considerada ilícita.

Toda documentação ficará intacta e, caso errônea ou equivocadamente arrecadada, no momento

imediatamente subsequente à diligência, será devolvida, mediante recibo. Destaca-se, ainda, a existência do incidente de restituição de coisas previsto nos art. 118 do CPP. O item 148 da Instrução Normativa 11/01-DG-DPF/MJ, de 27/06/2001, muito antes da edição do art. 4º, § 2º, da Portaria 1.287/MJ, já previa a restituição de bens que não interessem à investigação:

148. Quando cabível, a restituição de coisas apreendidas será feita mediante termo próprio, observando-se o disposto no art. 120 e parágrafos do CPP.

Inexiste no ordenamento jurídico o aludido mandado de busca e apreensão “genérico” e um outro tradicional. O que existe é uma ordem judicial na modalidade de busca e apreensão, que pode ser domiciliar ou pessoal, cujos requisitos estão no art. 243 do CPP: *indicação* da casa em que será realizada a diligência e o *nome do respectivo proprietário ou morador*; o *motivo* e os *fins da diligência*; subscrição pelo escrivão e *assinatura do magistrado*; constar, se houver, ordem de prisão.

Falhas pontuais e isoladas na representação por buscas ou na expedição de mandados não geram nenhuma nulidade ou prejuízo, desde que haja a fundamentação exigida constitucionalmente pelo art. 93, IX, da CF/1988, aplicando-se o princípio *pas de nullité sans grief*: é legítima e válida a diligência e provas produzidas, respeitados o sigilo e a garantia do exercício da advocacia.

Não se propala que o mandado de busca e apreensão deve ser amplo e irrestrito ao extremo de admitir a apreensão de tudo o que esteja no local objeto de busca, contudo deve incumbir à autoridade policial, com bom senso e equilíbrio, o exame daquilo que se apreende, com observância dos parâmetros legais: produto ou instrumento do crime, corpo de delito, dados, informações e indícios relativos ao delito investigado, e não às atividades inerentes ao exercício da advocacia, quando o advogado não for o próprio investigado.

Veja-se a redação expressa dos arts. 6º e 240 do CPP:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

II – apreender os *objetos* que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

¹² ADI 1127-8/PE, Rel. Min. Paulo Brossard, julgada em 06/10/1994.

¹³ Informativo nº. 427 do STF – Brasília, 15 a 19 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info427.asp>. Acesso em: 10/08/2006.

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

...

VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

a) prender criminosos;

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

...

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

...

h) colher *qualquer elemento de convicção*.

(Sem destaques no original.)

Assim, a legislação processual trata de “objetos”, “coisas achadas”, “qualquer elemento”, ou seja, não consigna a obrigatoriedade prévia de determinação do objeto buscado, por falta de previsibilidade da autoridade investigante, que, justamente, “procura” os indícios e provas, sob pena de frustração da futura ação penal.

Um outro ponto que deve ser tocado é que não há previsão legal para que os mandados de busca e apreensão, expedidos em uma comarca ou seção judiciária e cumpridos em outra diversa, sejam precedidos de carta precatória, em especial, se o delito tem repercussão interestadual e exige repressão uniforme. Contudo, *por analogia*, admite-se essa interpretação, *ex vi* dos arts. 289 e 353 do CPP.

Reza o art. 289 do CPP:

Art. 289. Quando o réu estiver no território nacional, em lugar estranho ao da jurisdição, *será deprecada a sua prisão*, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

Parágrafo único. Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por telegrama, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica será autenticada a firma do juiz, o que se mencionará no telegrama.”

Na verdade, sob a ótica da “homologação”, o tema, quando é abordado, tem tratamento no art. 780 do CPP, que prevê a necessidade de confirmação em

hipótese de sentença e diligências instrutórias penais *estrangeiras*¹⁴.

Frise-se, contudo, que não existe exigência legal expressa ou regimental quanto à homologação de mandado de busca e apreensão, e, mesmo nas hipóteses de mandados de prisão “em aberto”, ou seja, não cumpridos, pode, diante das circunstâncias, uma autoridade municipal, estadual ou federal, ainda que não policial, ou mesmo um segurança contratado pela Justiça eleitoral (na oportunidade em que um foragido vai buscar o título eleitoral, por exemplo) proceder à prisão do “procurado”, com encaminhamento à autoridade policial mais próxima para adoção das medidas cabíveis.

De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou algumas vezes, para atenuar a exigência de expedição de carta precatória para cumprimento de mandado de prisão. Com muito mais razão, a atenuação também deve ocorrer no cumprimento de mandado de busca e apreensão que colide com um direito fundamental menor que a liberdade.

Veja-se:

Processual penal – recurso de *habeas corpus* – prisão preventiva – falta de fundamentação – inócorrença – prisão efetuada fora de jurisdição do juiz que a decretou.

1. Não cabe alegar falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, quando este se apresenta fundado nos pressupostos do art. 312 do CPP.

2. A lei processual penal não impede seja a prisão do réu efetuada fora da jurisdição do juiz que a decretou, desde que solicitada e a vista do respectivo mandado.

3. Recurso improvido.¹⁵

Habeas corpus. Prisão preventiva decretada fora da jurisdição do juiz que a decretou. *Custódia que atendeu as formalidades* do art. 289 do CPP. Ordem denegada¹⁶.

¹⁴Art. 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.”

¹⁵RHC 4576/CE, Ministro Anselmo Santiago, 6ª Turma do STJ, publicado no *DJ* de 21/08/1995, p. 25408 e *RSTJ*, vol. 81, p. 394.

¹⁶HC 15893/PI, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do STJ, publicado no *DJ* de 24/09/2001, p. 324.

6 Conclusão

Não existe, pois, mandado de busca e apreensão genérico, e nem pode ser assim classificado qualquer um que reúna os requisitos mínimos do art. 243 do CPP.

Frise-se que não tem a autoridade policial, quando faz a representação, e a autoridade judiciária, quando a atende, noção exata das características do objeto buscado, pois podem ser indícios, provas ou documentação contábil, por exemplo.

Nem de outra forma poderia ser, pois caracterizaria que a autoridade policial obteve acesso não autorizado ao domicílio, escritório ou local de trabalho do investigado, o que tornaria a prova ilícita e seria incompatível com o Estado de Direito.

As pretendidas exigências de delimitação do fato delituoso, identificação do investigado e indicação do objeto a ser buscado não encontram amparo legal.

O mandado judicial de busca e apreensão nada mais é do que um traslado, um extrato, da decisão judicial que afastou a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, em colisão contra outro direito fundamental, que é o bem-estar social, a incolumidade da sociedade, consubstanciada no *jus persequendi* estatal.

O mandado de busca e apreensão é medida cautelar, antecipatória para garantir a subsistência da prova, do resultado útil da investigação policial, e não juízo de certeza de culpabilidade. Exigir a antecipação do objeto buscado é desconhecer os percalços da atividade policial.

A qualquer tempo, podem os advogados requerer o *backup* de seus arquivos ou cópia dos documentos apreendidos. A devolução de material equivocadamente apreendido é objeto de restituição imediata, mediante provocação, ou de ofício. Embora a Portaria 1.287/MJ preveja que deve ser feito o *backup* dos computadores, e não sua apreensão, não se pode desconhecer que existem programas que ocultam os arquivos do computador e que, inclusive, há ferramenta do sistema operacional Windows que permite a ocultação mencionada, podendo, inclusive, haver perda de dados valiosos num *backup*.

Por fim, o exercício da atividade de polícia judiciária não tem como escopo violar prerrogativas da

nobre classe dos advogados, que muito contribuem para a melhor distribuição de justiça, mas apenas separar o joio do trigo, pelo combate à criminalidade organizada que coopta profissionais de todas as áreas, como inclusive demonstra recente estatística divulgada pela OAB-RJ, pela qual foram desligados 13 profissionais por ligação com o crime organizado¹⁷.

Conclui-se que as apreensões de computadores são evitadas, procedendo-se ao *backup* das máquinas, quando não haja possibilidade de perda de dados ou de arquivos ocultos. Contudo, quando assim ocorrer, é facultado o *backup* de todos arquivos, a fim de não prejudicar a atividade do nobre mister dos advogados. A representação da busca e apreensão só será feita quando os computadores consubstanciarem corpo de delito, instrumento ou produto de crime ou na hipótese de o advogado ser o objeto da investigação. Tudo isso será objeto de decisão fundamentada do magistrado, dentro do inquérito policial (com preservação do sigilo na relação advogado-cliente daqueles não envolvidos), e não no mandado de busca e apreensão, que não é a sede própria, além de prejudicar o sigilo das diligências e a intimidade do investigado.

Referências bibliográficas

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*. Tradução de Eduardo Brandão, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIMARÃES CARNEIRO, José Reinaldo. Ação policial nos escritórios de advocacia. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 26 jul. 2005.

JACINTO SANTOS, Célio. Sigilo profissional do advogado: análise à luz do direito à investigação e da legalidade. Disponível em: <http://www.fndpf.com.br/materia.asp?id=84>. Acesso em: 03/08/2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal – Interpretado*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

¹⁷VASCONCELOS, 31/7/2005.

Rito secular e esfera etérea¹

Eros Roberto Grau²

Teologia política, de Carl Schmitt, é uma obra múltipla. Não apenas porque se compõe de duas teologias políticas — a de 1922 e a de 1969 — ou por conta do prefácio de 1933, mas porque de um lado é um livro sobre a soberania e o decisionismo, de outro, uma lição sobre o lugar da exceção no bojo do direito.

Esta “segunda obra”, embora incluída na “primeira teologia” — a de 1922 —, versa sobre a inserção do espaço do não direito no direito. Porque a exceção está no interior do direito, não fora dele. Por isso o confirma. A exceção não é trazida para dentro do direito, uma vez que já se encontra nele ...

A *Teologia política* é também um livro sobre as ambigüidades, que Carl Schmitt explora com fineza de artista, produzindo literatura pura.

Decolando da situação de exceção para explicar a soberania e o seu sujeito (= sujeito da soberania), Carl Schmitt abre o texto afirmando que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. Essa afirmação — na qual a definição de soberania — exige detido cuidado em relação ao que se deva entender como “estado de exceção”. A exceção é o caso que não cabe no âmbito da normalidade abrangido pela norma geral — a norma geral deixaria de ser geral se a contemplasse. A exceção, dela não se encontra descrição no discurso da ordem jurídica vigente; define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. É como se nesses textos de direito positivo não existissem palavras que tornassem viável a sua descrição. Por isso dizemos que a exceção está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo.

Schmitt dedica os dois primeiros capítulos da primeira parte da *Teologia política* precisamente à impossibilidade estrutural de a norma geral apreender o caso de exceção. Como ela escapa à norma, ainda que esteja no interior do direito — e neste ponto a ambigüidade é extremamente rica —, ao soberano, aquele

que decide sobre ela, incumbe a definição da decisão que a inclua no marco das normas jurídicas.

À afirmação de que a exceção é o caso que não cabe no âmbito da normalidade abrangido pela norma geral corresponde uma outra, a de que as normas só valem para as situações normais; a normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”.

Insisto em que a exceção não está inserida para além do ordenamento, senão no seu interior. Pois o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença não obstante capturada pelo direito. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

Um outro ponto marcante na *Teologia política* está em que Schmitt, nas considerações preliminares sobre a segunda edição — o prefácio de novembro de 1933 —, faz nítida opção pelo pensamento institucionalista, preparando o pensamento da ordem jurídica concreta.

É este modo de pensar que nos permite compreender que a violação de uma norma não é apenas expressão de uma conduta adversa ao que está escrito em um texto, no plano abstrato do mundo do dever ser, mas violação de uma ordem concreta, histórica situada no espaço e no tempo. Por isso mesmo tenho insistido em que não existe o direito, existem os direitos; cada um deles correspondendo a uma determinada cultura, cada direito positivo (= direito posto) sustentando-se sobre um determinado direito pressuposto.

A situação de exceção, embora não prevista pelo direito positivo (= pelas normas), há de ser decidida em coerência com a ordem concreta, da qual a Constituição é a representação mais elevada no plano do direito posto. Esta ordem concreta é anterior ao direito posto pelo Estado. Arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um *nomos*.

O fato é que o processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não tem início na emanação

¹ Resenha do livro *Teologia política*, de Carl Schmitt, publicada no jornal *Estado de Minas*, em 12/08/2006.

² Ministro do Supremo Tribunal Federal.

de uma regra, mas sim em um momento anterior; no qual aquela ordem é culturalmente forjada. As normas não são senão uma entre as distintas manifestações do fenômeno jurídico. O ordenamento jurídico — é Santi Romano quem o diz — “é uma entidade que em parte se move segundo regras, mas, sobretudo move ela mesma as regras como figuras de um tabuleiro; por isto as regras representam o objeto e o meio da sua atividade, não um elemento da sua estrutura”.

Refiro-me a uma ordem geral concreta, situada geograficamente e no tempo, com as marcas históricas e culturais que a conformam tal como ela é. Por isso mesmo incompleta e contraditória, reclamando permanentemente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas o Judiciário, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento. Aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

Na tarefa de concretização da Constituição, o Judiciário — especialmente o Supremo Tribunal Federal — deve aplicar-se a prover a força normativa da Constituição e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção; pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações. A tanto leva a prática da interpretação da Constituição, que supõe caminharmos de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. Daí que ela exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada.

É realmente curioso que o tema da exceção não tenha exercido fascínio sobre os nossos juristas, o que há de ser atribuído ao prestígio que assumiu entre nós, desde o século passado, o pensamento Hans Kelsen. Schmitt, aliás, com indisfarçável ponta de ironia, observa ser natural que um neokantiano como Kelsen não saiba, por definição, o que fazer com a situação excepcional.

O fato é que a analogia estabelecida por Carl Schmitt entre o direito e a teologia permite a compreensão de aspectos que o racionalismo do iluminis-

mo (Aufklärung) não considera. O discernimento de que alguns conceitos da teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados, de que o Deus onipotente se tornou o legislador onipotente, esse discernimento se completa na verificação de que a situação de exceção assume, para a jurisprudência, o mesmo significado que o milagre para a teologia. Somente à medida que tomarmos consciência dessa analogia poderemos perceber a evolução pela qual passaram as idéias atinentes à filosofia do Estado nos últimos séculos. Prossegue Schmitt: a idéia de Estado de direito moderno se impõe junto com o deísmo, com uma teologia e uma metafísica que expulsam o milagre para fora do mundo e recusam a ruptura das leis da natureza, ruptura esta contida no conceito de milagre, que implica uma exceção devida a uma intervenção direta. Assim também é recusada a intervenção direta do soberano na ordem jurídica vigente. O racionalismo do Iluminismo (Aufklärung) condena a exceção sob todas as suas formas (a convicção teista dos autores conservadores da contra-revolução, diz Schmitt, pôde então tentar fundamentar ideologicamente a soberania pessoal do monarca em analogias extraídas de uma teologia teísta).

A teologia política é um domínio extremamente polimorfo. E a tal ponto que se poderia mesmo indagar se há algo em comum entre eles, a justificar a publicação conjunta dos dois textos de Schmitt, o de 1922 e o de 1969. Não me deterei em observações a respeito do segundo deles, ainda que me permita observar inexistência de separação entre política e religião e de neutralidade no cristianismo.

Retorno à primeira *Teologia política* menos em razão da minha falta de legitimidade para cuidar da teologia do que em razão do rico horizonte de reflexão que este texto de Schmitt instala. A crítica incisiva ao liberalismo, as variações sobre o tema da soberania, a identificação do lugar da exceção no espaço do direito — o que nos levará à conclusão de que é nela que ele encontra seu ponto de partida — ou apenas a alusão a esses temas evidencia a atualidade de Carl Schmitt.

Crime de porte de arma de fogo ou correlato cometido por integrante de órgão público ou entidade privada

Damásio de Jesus¹

Nos termos do art. 20 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22/12/2003), “nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º” da mesma lei.

A agravação da pena só é aplicável aos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14), disparo de arma de fogo (art. 15), posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido (art. 16), comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18). Além disso, exige-se que o fato seja cometido por integrantes dos órgãos e empresas mencionados nos arts. 6º, 7º e 8º. O texto refere-se a integrantes das Forças Armadas, órgãos policiais etc.; quanto às empresas, diz respeito às de segurança privada e entidades de desporto.

Interpretação literal da norma conduz à errônea afirmação de que é suficiente que o sujeito ativo do crime seja integrante de órgão público especificado na lei ou de empresa privada referida no texto legal para que incida a agravação da pena. Tal conclusão é insustentável. A circunstância só pode atuar quando praticado o delito no exercício da função ou em razão dela, ainda que fora da atividade funcional, ou na realização de atividade profissional ou empregatícia². Exige-se nexo de causalidade entre o crime e a função de natureza pública ou atividade privada. Caso contrário, não se aplica a circunstância agravadora da pena³.

O legislador, ao elaborar o art. 10, § 4º, da revogada Lei 9.437/1997⁴, que previa aumento de pena em face da qualidade funcional do agente, sabiamente preferiu a expressão “servidor público” a “funcionário público”, empregada no art. 327 do Código Penal, fonte de infindáveis críticas e dúvidas de interpretação⁵. Adotado pelo estatuto constitucional⁶, atualmente o termo “servidor” é recomendado pela doutrina em face de sua abrangência, estendendo-se a todos que estão ligados à Administração Pública por uma relação de caráter profissional⁷.

A Emenda Constitucional 19, de 04/06/1998, alterando a redação dos arts. 37, V, X e XIV, 38, *caput*, e 39, §§ 2º e 8º, da Constituição Federal, consagrou a expressão “servidor público”. O art. 20 da Lei 10.826/2003, contudo, emprega os termos “integrante dos órgãos referidos nos arts. 6º, 7º e 8º”. Ocorre que a locução “servidor público” dava a impressão de que bastava à agravação da pena a qualidade funcional do autor, qualquer que fosse a sua classificação. Daí por que a lei nova restringiu o seu alcance, devendo ser aplicada somente aos integrantes de determinados órgãos de natureza pública.

Perdura, entretanto, a orientação da nossa interpretação, válida também para as empresas privadas: não é suficiente que o sujeito seja integrante de órgão público, sendo necessário que o fato se relacione com o exercício da sua atividade, de forma direta ou indireta (no exercício da função ou fora dela, mas por sua

¹ Presidente e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, doutor *honoris causa* em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália), diretor-geral da FDDJ, membro do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e autor de mais de 20 livros publicados pela Editora Saraiva.

² Nesse sentido, abordando o art. 10, § 4º, da antiga Lei 9.437/1996: TACrimSP, 2ª Câmara, ACrim 1.262.505, rel. Juiz Osni de Souza, *RT*, 794-626.

³ Nesse sentido, apreciando a legislação anterior: TACrimSP, 1ª Câmara, ACrim 1.145.331, rel. o então Juiz Damião Cogan, *RT*, 771/621; TACrimSP, 2ª Câmara, ACrim 1.262.505, rel. Juiz Osni de Souza, *RT* 794/626.

⁴ Antiga Lei de Armas de Fogo.

⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956, vol. 4, p. 59; FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: *RT*, 2001, vol. 2, nota ao art. 327; GOMES, Eloy Ojea. Lei 9.437/1997: quem é servidor público? *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 70, p. 7, set. 1998.

⁶ Carta Magna, arts. 37 a 43.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 50-51.

causa). Como afirmou o então Juiz Damião Cogan, analisando a lei antiga, só é admissível a agravação da pena na hipótese de a condição funcional pública “servir como meio de tornar mais gravosa a conduta”, sendo inaplicável “quando o servidor acusado estiver agindo como qualquer do povo”⁸. Suponha-se que um policial militar, em período de férias, numa pescaria, dispare arma de fogo pertencente a um dos colegas. O fato não se relaciona com o exercício da função pública, nem é cometido em razão dela. Se atendidos os elementos do tipo, deve responder pelo delito do art. 15 da Lei 10.826/2003. Mas sem a causa de aumento da pena.

⁸TACrimSP, 1ª Câmara, ACrim 1.145.331, rel. o então Juiz Damião Cogan, *RT*, 771-621.

A proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário¹

Carlos Alexandre de Azevedo Campos²

1 Introdução

A constante evolução do Estado de Direito se confunde com a própria busca ininterrupta da limitação do Poder; o princípio da legalidade e o controle da legalidade dos atos do Poder Administrativo pelo Judiciário representaram uma grande vitória do Estado Liberal e um largo passo na caminhada evolutiva do Estado de Direito; neste atual momento histórico, com a vigência da *supremacia da Constituição* e a declaração feita por esta dos direitos humanos preexistentes, passou-se a controlar os atos do próprio legislador, por meio do controle de constitucionalidade das leis (devido processo legal em sua feição substancial), e assegurou-se o cumprimento de mais uma etapa evolutiva do Estado de Direito: a etapa da proteção dos direitos fundamentais e da contenção da inteira liberdade que possuía o legislador.

Por sua vez, faz parte também desta evolução de conteúdo do Estado de Direito a ponderação do princípio da legalidade com os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva.

Tanto os atos jurídicos do Poder Público de caráter geral e abstrato quanto aqueles de caráter individual e concreto, quando realizados, podem criar legítimas expectativas no cidadão que devem ser protegidas em nome da segurança jurídica e do próprio Estado de Direito; esta proteção se dá pela aplicação dos princípios da *tutela da confiança legítima e da boa-fé objetiva*, que atuam obstaculizando os efeitos dos atos públicos contraditórios (*Nulli Conceditur Venire Contra Factum Proprium*).

Nossa pretensão é demonstrar o conteúdo e a aplicação destes princípios especificamente no campo tributário, analisando situações que afrontam os referidos princípios e que, por esta razão, exigem uma ponderação de modo a relativizar a aplicação da legalidade e assegurar a *justiça no caso concreto*.

Porém, antes deste estágio final, fixamos algumas premissas metodológicas, no sentido de situar a tributação no âmbito do vigente Estado Democrático de Direito e de seu conteúdo material: a moderação do poder e a realização dos direitos fundamentais dos contribuintes, como a segurança jurídica e a proteção das expectativas legítimas, as liberdades fundamentais, a igualdade e a capacidade contributiva, a dignidade humana e a imunidade do mínimo existencial, os direitos sociais e o direito ao meio ambiente sadio.

2 Os direitos fundamentais dos contribuintes no Estado Democrático de Direito

Ainda é comum afirmar-se que o Estado de Direito é aquele em que o Estado, sobretudo o Poder Administrativo, submete-se ao império da lei como produto da atuação do Poder Legislativo; porém, tal concepção, sem nenhum desprezo ao tão importante princípio da legalidade, representa amesquinhamento do verdadeiro alcance e significado do *primado do Direito* caracterizador deste modelo de Estado, não permitindo a percepção da completude do seu conteúdo.

Conceber o Estado de Direito como o Estado submetido meramente à lei *stricto sensu* consiste em ato de ignorância à *supremacia da Constituição* e em especial à *normatividade de seus princípios*, pois entrega ao Legislativo superioridade que não condiz com os postulados básicos de um legítimo Estado de Direito, contemplando a prevalência de um Estado Legal em detrimento do Estado de Direito em sua concepção máxima: o de Estado Constitucional³.

Na vigente era da supremacia da Constituição, do pós-positivismo e da normatividade dos princípios, encontramos um Estado Democrático de Direito que se traduz como Estado submetido a uma

¹ Tese vencedora do Prêmio “Sacha Calmon” entregue no X Congresso de Direito Tributário da ABRADT em Minas Gerais, de 08/08 a 11/08 deste ano.

² Professor de Direito Tributário na Graduação e da Pós-Graduação das Universidades Cândido Mendes e Estácio de Sá. Advogado.

³ CANOTILHO (2000: 245) afirma ser o Estado de Direito um verdadeiro Estado Constitucional porque é “na supremacia normativa da lei constitucional que o <<primado do direito>> do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”; portanto, a idéia de Estado de Direito como Estado limitado pelo *Direito* é antes de tudo a idéia do Estado limitado pela Constituição.

Carta Política que representa a expressão máxima da vontade popular, onde o Poder Público deve respeitar os direitos fundamentais e a causa da humanidade⁴, bem como assegurar que os particulares façam o mesmo⁵. Neste cenário, revela-se determinante para a nova hermenêutica jurídica e aplicação do Direito a normatividade dos princípios constitucionais que asseguram os direitos fundamentais do cidadão.

Na presente era, com a busca da reaproximação entre a Ética e o Direito (*virada kantiana*), com a superação do positivismo formalista, importa mais na Constituição sua parte que recepciona, sob a forma de princípios explícitos e implícitos, os valores prestigiados por toda a comunidade⁶: a segurança jurídica, as liberdades fundamentais, a igualdade, a dignidade humana e o respeito ao mínimo existencial, os direitos sociais e o direito ao meio ambiente sadio.

No Estado Democrático de Direito, o fim maior do Estado é a proteção dos *direitos humanos*, positivados ou não e que preexistem ao Estado (direitos supra-estatais, *überstaatlichem Recht*)⁷, pois são direitos anteriores à própria Constituição, que apenas os declara⁸ e, portanto, na linguagem de Otto Bachof, direitos *supralegais* (*übergesetzliches Recht*)⁹; direitos humanos que, conforme evoluem as *gerações de direitos fundamentais*¹⁰, têm seu conteúdo aumentado, não se restringindo mais aos tradicionais direitos de índole liberal.

O conteúdo material do Estado de Direito, assegurado pela supremacia da Constituição, é, portanto, a limitação e o controle do Poder do Estado em favor dos direitos fundamentais; mas não basta a previsão

abstrata dos direitos fundamentais e a idéia destes como direitos inalienáveis — embora admitida moderada restrição desde que plenamente justificada —, deve o Estado exercer concretamente seu fundamental papel de assegurar plenamente a concreção destes valores.

Como bem expresso por Konrad Hesse, a *ordem estatal* (*staatliche Ordnung*) ganha realidade no cumprimento das *funções estatais* (*staatlichen Funktionen*)¹¹, ou seja, deve haver um desempenho efetivo do Estado para que possa a sociedade usufruir os direitos fundamentais: seja por um comportamento negativo, em que o Estado não realiza nenhum ato que venha a lesar qualquer direito fundamental, seja por um comportamento positivo, por meio de ações que viabilizem a concreção destes direitos fundamentais.

As circunstâncias acima apontadas ganham relevo em matéria tributária, principalmente diante do conteúdo amplo de nossa *Constituição Tributária*.

Com efeito, a natureza e conteúdo da relação tributária ganharam, durante os últimos três séculos, incluindo o atual, diversas concepções devidamente defendidas pelos mais prestigiosos doutrinadores de cada época.

Com referência apenas às mais importantes teorias, temos que, (i) após a relação tributária ter sido vista como mera relação de poder (*Finanzgewalt*), similar ao poder de polícia (*Polizeigewalt*)¹², (ii) acabou por transitar para o conceito de *relação jurídica tributária* (*Steurrechtsverhältnis*) de natureza obrigacional¹³ e, (iii) logo depois, por forte influência da doutrina italiana, também foi concebida como uma relação procedimental com ênfase na atividade administrativa de imposição tributária (*potestà di imposizione*)¹⁴.

⁴ BARROSO, 2004.

⁵ STF – Pleno, RE 201.819, Min. Gilmar Ferreira Mendes, Inf. STF 405.

⁶ Cf. ZAGREBELSKY, 2005: 146.

⁷ BACHOF, 1951: 27.

⁸ TORRES, 1999: 85/86.

⁹ 1951: 27. O Mestre alemão conceitua os direitos anteriores à Lei Fundamental como “*übergesetzliches Recht*”, cuja tradução literal significa *direito supralegal*, porém a terminologia empregada não significa redução do seu conteúdo, pois o adjetivo *supralegal* vinculado ao substantivo *direito* refere-se, no contexto da obra magistral em tela, às normas jurídicas pré-constitucionais.

¹⁰ STF – Pleno, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/1995; AgR em RE 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000; Bonavides, 2001: 516/526; Souza Neto, 2006: 39.

¹¹ 1995: 207.

¹² MAYER, 1982: 185 e ss.

¹³ BLUMENSTEIN, 1951: 8/9; MYRBACH-RHEINFELD, 1906: 54 e ss.; HENSEL, 2004: 141 e ss.; GIANNINI, 1937: 22 e ss., em especial a p. 26, que contém a teoria da relação jurídica tributária de conteúdo “*compleso*”, para a qual a inspiração de Giannini foi o conceito firmado por Chiovenda quanto à relação processual também de estrutura complexa (cf. CHIOVENDA, 1919: 91).

¹⁴ MICHELI, 1981: 110 e ss; PERES DE AYALA, 1997. Não se pode deixar de notar que a base desta construção dogmática é a obra pioneira de Enrico Allorio (1962: 33/35).

Ao contrário do que pretendia Otto Mayer, no âmbito do Estado Democrático de Direito em que vivemos, nunca poderíamos aceitar a relação tributária como mera relação de poder, como um mero reflexo da soberania estatal; quanto às idéias da relação tributária como relação obrigacional e como procedimento, que encontram, respectivamente, seus fundamentos simplesmente na lei de imposição tributária e na função administrativa, conforme construção da doutrina tributária positivista da época (Blumenstein, Hensel, Giannini, Micheli, etc.), a despeito da importância histórica de cada uma, hoje representam teorias insuficientes e que não exprimem os ideais do estágio atual de nosso Estado Democrático de Direito.

Nos dias atuais — a época da normatividade dos princípios que expressam valores e da reaproximação do Direito e da Ética —, a leitura a ser feita do sistema normativo tributário deve passar primeiro pelos direitos fundamentais dos contribuintes incorporados à Constituição material (*Verfassung im materiellen Sinn*)¹⁵, que acabam por vincular todo o sistema normativo infraconstitucional, de modo que não basta a Administração Tributária exigir o tributo exatamente como previsto em lei para se atestar positivamente a legitimidade da imposição, mas deve primeiro esta imposição passar pelo *teste de compatibilidade* com a ordem objetiva de valores incorporada à Constituição.

Como observa Ricardo Lobo Torres¹⁶, a relação jurídica tributária é totalmente vinculada aos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, verdadeiros instrumentos de proteção individual e coletiva em face da possibilidade do arbítrio estatal, o que, de certa forma, neutraliza a *superioridade* do Estado, tanto no que se refere à produção das leis quanto no momento de concretizá-las.

Acompanhando tendência mundial, nossa Constituição positivou os princípios que exprimem valores de segurança jurídica e de justiça material, inclusive em matéria tributária; porém, como observou Geraldo Ataliba¹⁷, a nossa Constituição foi além das demais

constituições modernas, pois criou um verdadeiro subsistema constitucional exaustivo no trato da matéria tributária, estipulando regras de competência tributária (regras de estrutura), regras e princípios limitadores do exercício de imposição tributária e regras acerca da partilha do produto da arrecadação dos tributos.

Em países em que a Constituição, embora rígida, não detalha a matéria tributária, o Sistema Tributário é substancialmente construído pelo legislador infraconstitucional, consistindo assim em um sistema normativo tributário flexível.

No Brasil, esta flexibilidade não ocorre, pois, tendo em vista o nosso exaustivo *Sistema Constitucional Tributário*, portador de posição de supremacia hierárquica em nosso ordenamento e consistente em um conjunto de regras e princípios constitucionais veiculadores de direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, há uma margem reduzida de liberdade do legislador ordinário.

Por meio destas regras e princípios, a Constituição protege o cidadão tanto em relação à previsão de leis tributárias arbitrárias quanto em relação a atos administrativos arbitrários, ou seja, estas normas jurídicas consistem em verdadeiras “limitações constitucionais ao poder de tributar” (Aliomar Baleeiro), no sentido de representarem verdadeiras restrições ao exercício da competência tributária, por meio das quais a Constituição protege valores subjacentes que são tidos por altamente relevantes e meritórios de proteção, como a justiça, a igualdade, a segurança jurídica e a liberdade.

Entre as limitações impostas ao Estado pela Constituição, no que se refere tanto à produção quanto à aplicação das leis tributárias, temos os princípios da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, da igualdade, da capacidade contributiva e também os princípios da *proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva dos contribuintes* como expressões do valor segurança jurídica e, portanto, princípios extraídos diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito.

¹⁵Sobre a distinção entre Constituição em sentido formal e material, cf. BACHOF, 1951: 25/27.

¹⁶TORRES, 2005: 199.

¹⁷ATALIBA, 1968: 21: “Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que aperfeiçoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe so-

mente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo.” O professor Sacha Calmon chamou este quadro de “constitucionalização do Direito Tributário brasileiro” (2005: 3).

2.1 Legalidade e segurança jurídica

O princípio da legalidade consiste em princípio formal de imposição tributária, no sentido de vincular o modo do Estado de criar os tributos¹⁸. Com efeito, princípios desta estrutura nada dizem quanto ao conteúdo da imposição, mas, sim, quanto ao modo de sua criação, quanto a sua vigência e eficácia.

Nos termos do art. 150, I, da CF/88, os tributos só podem ser criados ou majorados por lei, observadas as exceções feitas no art. 153, § 1º; por outro lado, não está sujeita ao princípio da legalidade a fixação do vencimento das prestações tributárias e de sua correção monetária¹⁹, mas a instituição de sanções em face do descumprimento das obrigações principal e acessória está inexoravelmente sujeita à legalidade estrita²⁰. O princípio da legalidade tributária, portanto, é expressão da segurança jurídica, do próprio Estado de Direito²¹.

Em nossa doutrina, majoritariamente positivista, vigora o dever de a lei prescrever, de modo exaustivo, todos os aspectos da obrigação tributária. Neste sentido, a lei formal consiste na fonte exclusiva para a criação e majoração dos tributos, nada restando a ser implementado pelo chefe do Executivo, ou pela Administração Pública que irá aplicar o direito.

Nos dizeres de Alberto Xavier, “o princípio da legalidade da tributação (*nullum tributum sine lege*) não pode caracterizar-se apenas pelo recurso ao conceito de ‘reserva de lei’ [...] Vai mais além, exigindo uma lei revestida de especiais características. Não basta a lei; é necessária uma ‘lei qualificada’. Esta ‘qualificação’ da lei pode ser designada como ‘reserva absoluta de lei’, o que faz com que o princípio da lega-

lidade da tributação se exprima como um princípio da tipicidade da tributação.”²²

Pelo princípio da tipicidade tributária, o legislador estaria adstrito a uma rigorosa prescrição dos elementos do tributo, a estabelecer taxativamente todos os aspectos da imposição tributária. Porém, o STF, ao decidir pela constitucionalidade do SAT, admitiu a possibilidade de o Poder Executivo, por meio de delegação legal, expedir atos normativos que completem o tipo tributário quando este procedimento for indispensável para a fiel execução das leis (decretos de execução). Esta decisão do Supremo, longe de admitir a delegação pura e simples da competência tributária, reflete exigência moderna de validade dos regulamentos concretizadores de normas²³, na qual o Executivo, mais próximo da realidade dos fatos, procede à tipificação complementar do fato gerador, encerrando a valoração da realidade iniciada na lei e buscando melhor realizar a igualdade e a justiça material.

O que nunca poderia ter sido admitida é a inteira criação do tributo pelo Poder Executivo, como ocorre com as medidas provisórias; sob uma interpretação literal do Texto Constitucional, o STF (Súmula 651, *DJU* 09/10/2003) ignorou o fundamento do princípio da legalidade em matéria tributária, permitindo que a imposição tributária vigorasse por vontade exclusiva do *Imperador*.

2.2 Igualdade e capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva, como princípio de justa repartição das cargas públicas entre os cidadãos, desde Adam Smith, foi desenvolvido pela Ciência das Finanças²⁴, sendo assim considerado como um princípio econômico.

Com efeito, a ausência de positivação do princípio o enfraquecia. Na Itália, por exemplo, antes da Constituição de 1947, doutrina autorizada o entendia como mero princípio de “norma de vida”, que, por sua abstração, não consistia em norma obrigatória, sendo

¹⁸MACHADO, 2001: 17/56; LACOMBE, 2000: 45/75; FEDELE, 2001: 158/203; ABBAMONTE, 2000: 117/119; DE MITA, 1993: 14; AYALA E GONZALEZ, 1975: 180/185; CASÁS, 2002: 232 e ss.; COSTA, 2004: 121/161.

¹⁹STF – Pleno, RE 172.394, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 15/09/1995.

²⁰STF – 1ª TRE 100.919, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 04/03/1988.

²¹“O princípio da legalidade, outrossim, é a forma de preservação da segurança, tem-se que o ser instituído em lei garante maior grau de segurança nas relações jurídicas. O princípio da legalidade, todavia, não quer dizer apenas que a relação de tributação é jurídica. Quer dizer que essa relação, no que tem de essencial, há de ser regulada em lei. Não em qualquer norma jurídica, mas em lei, no seu sentido específico.” (MACHADO, 2001: 17/18.) (Itálico nosso.)

²²XAVIER, 2001: 17.

²³STF – Pleno, RE 343.446/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 04/04/2003; cf. TORRES, 2005: 254/260.

²⁴WAGNER, 1891: 882/947; LEROY-BEAULIEU, 1906: 223/305; RICCA SALERMO, 1890: 40/83; GERLOFF: 281/285; SHIRRAS, 1924: 121/149.

os requisitos de igualdade e proporcionalidade apenas oportunas diretivas ao legislador, não possuindo estes princípios nenhum significado para o estudo do ordenamento jurídico.²⁵

Pensavam também que um juízo sobre a idoneidade de determinado fato constituir ou não um índice de capacidade contributiva seria um juízo reservado unicamente ao legislador, sendo o princípio, portanto, um *conchetto paragiuridico*, que interessaria ao economista, mas não ao jurista.²⁶

Posteriormente, o reconhecimento nas Constituições modernas deste princípio e de seu papel na fixação da *medida da tributação*, da estrutura e do conteúdo do sistema normativo tributário, embora não tenha resolvido por completo a questão quanto ao seu conteúdo próprio, *confirmou* seu caráter de direito fundamental: direito a uma tributação justa (justa repartição da carga tributária), entendida como aquela que se baseia em critérios de justiça material e de igualdade, na impossibilidade de incidência sobre fatos que não denotem riqueza, na generalidade com respeito à imunidade do mínimo existencial, na progressividade e na mais completa vedação de privilégios odiosos.

Como observado por Francesco Moschetti²⁷, a Constituição italiana de 1947 não se limitou a afirmar o tradicional princípio da legalidade (art. 23 da CI), mas também interveio no plano substancial da imposição tributária, ou seja, não estabeleceu apenas princípios formais vinculadores da forma de criação dos tributos, mas também princípios materiais que vinculam a estrutura e conteúdo dos tributos (art. 53 da CI). A partir do Texto Constitucional, a doutrina italiana oscila em enxergar o princípio da capacidade contributiva ora como decorrência do princípio geral da igualdade²⁸, ora como fundamento de tributação²⁹, como critério de justiça e coerência da tributação³⁰,

²⁵GIANNINI, 1937: 4/5.

²⁶BERLIRI, 1952: 255/256, nota 2.

²⁷MOSCHETTI, 1998: 3/4.

²⁸ABBAMONTE, 1975: 71/86 e 213/216; FALSITA, 2003: 56/73.

²⁹GIARDINA, 1961: 118; BERLIRI, 1990: 491/535. Este último autor, neste estudo, modificou entendimento anterior que não reconhecia relevância ao princípio; DE MITA, 2000: 79/104.

³⁰Cf. os estudos de Griziotti, que caracterizam a capacidade contributiva como causa da tributação que se reflete pela per-

como decorrente dos deveres de solidariedade³¹, como princípio autônomo³² e até mesmo integrando estes conceitos para definir o conteúdo pesquisado³³.

O mesmo ocorre com a Constituição espanhola, onde também há princípios formais (art. 31.3) e materiais (art. 31.1)³⁴, como a capacidade contributiva.

Ambas as Constituições vinculam o legislador a observar o princípio da capacidade contributiva e a construir um sistema tributário progressivo.

A Constituição alemã vigente (Lei Fundamental de Bonn, *Booner Grundgesetz*), diferentemente da anterior (Constituição de Weimar, *Wermairer Verfassung*) — art. 134 —, não prescreve nenhum princípio material específico em matéria tributária, mas nem por isso o legislador tributário alemão está livre no momento de criação dos tributos; tanto a doutrina³⁵ quanto o Tribunal Constitucional reconhecem o princípio da *tributação conforme a capacidade contributiva* (*Besteuerung nach der Steuerfähigkeit, Leistungsfähigkeitsprinzip*) como princípio fundamental de *justiça impositiva* (*Steuergerechtigkeit*) e de critério adequado de medida da igualdade tributária, a partir do próprio princípio do *Estado de Direito* (*Rechtsstaatprinzip*), do direito de propriedade e do *princípio da igualdade jurídica material* (*Prinzip inhaltlicher Rechtsgleichheit*) previsto no art. 3º, alínea 1, da *Grundgesetz* (“*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*”)³⁶.

cepção de serviços públicos: “*Intorno al concetto di causa nel diritto finanziario*” e “*Il principio della capacità contributiva e sue applicazioni*”, ambos in *Saggi sul rinvio dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario* (GIUFFRÈ 1953: 295/317 e 347/369).

³¹MOSCHETTI, 1980; VANONI, 1961: 69.

³²DAMATI, 1985: 78/85.

³³TESAURO, 2003: 64/79; AMATUCCI, 2004: 62/68; POTITO, 1978: 18/23.

³⁴Cf. TABOADA, 1976: 377/426; SAINZ DE BUJANDA, 1963: 181/289; OLLERO, 1982: 185/235; AYALA e GONZALEZ, 1975: 185/193; MOLINA: 1998; BEREIJO, 1999: 127/180.

³⁵TIPKE e LANG, 1997: 77/83.

³⁶O *Bundesverfassungsgericht*, inicialmente, interpretou o princípio da igualdade tributária somente no sentido de exigência de tributação com *interdição da arbitrariedade* (*Willkürverbot*), isto é, o tratamento desigual seria lícito somente na presença de critérios justos (*gerechte Kriterien*) de diferenciação; evoluindo sua jurisprudência, em virtude da dificuldade natural de identificar os critérios justos diante de cada caso concreto, o Tribunal ampliou o controle de observância do conteúdo do

Nossa Constituição também prevê o princípio da capacidade contributiva³⁷, embora formalmente exija sua aplicação apenas nos impostos pessoais³⁸ (art. 145, §1º, CF/88); mas, na realidade, este se aplica, em maior ou menor medida, a todos os tributos, por decorrência do ideal do Estado de Direito e da tributação conforme a justiça material, da igualdade, do direito de propriedade, da dignidade humana e da imunidade do mínimo existencial, da liberdade de exercício de profissões e de atividades econômicas e até mesmo da própria condição de cidadania.

O princípio da capacidade contributiva consiste em norma fundamental de justiça tributária, pois, com seu conteúdo indeterminado, porém determinável, ele pode ser interpretado e aplicado a partir de todos os princípios que justificam um Estado de Direito, que tem por conteúdo material a plenitude dos direitos fundamentais; assim, o presente princípio pode ser tido por justificativa do dever fundamental de contribuição e ao mesmo tempo medida dela, garantia de liberdade enquanto limite de imposição, e também critério de proteção do mínimo existencial.

2.3 Anterioridade e irretroatividade

O princípio da irretroatividade impõe ao legislador criar tributos que alcancem apenas os fatos futuros (art. 150, III, *a*, da CF/88); o princípio da anterioridade geral veda a exigência de tributos no mesmo exercício financeiro em que foi publicada a lei que os instituiu ou majorou (art. 150, III, *b*, da CF/88), enquanto a nonagesimal veda a exigência de tributos no prazo de noventa dias contados da publicação da lei que os instituiu ou majorou (art. 150, III, *c*, e art. 195, § 6º, ambos da CF/1988)³⁹.

princípio da igualdade com a aferição pelo princípio da proporcionalidade, resultando isso em um controle mais rígido da discricionariedade do legislador (HESSE, 1995: 168/169).

³⁷Cf. TORRES (2005: 288/329; 2000: 26/31; ÁVILA, 2004: 317/375; MACHADO, 2001: 57/85. LACOMBE, 2000: 27/44.

³⁸STF – Pleno, RE 199.281/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 12/03/1999.

³⁹Cf. STF – Pleno, RE 138.284/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/08/1992; RE 232.896, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01/10/1999; RE 96.000, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 29/04/1983.

Os princípios da irretroatividade e da anterioridade são extraídos do próprio Estado de Direito e do corolário valor segurança jurídica; com a irretroatividade, ao vedar-se a tributação de fatos passados, a segurança interage com a justiça material, pois atende também à atualidade da capacidade contributiva⁴⁰; enquanto a anterioridade faz interagir a segurança com a liberdade do exercício das atividades econômicas, uma vez que estabelece o dever de previsibilidade da tributação.

2.4 A proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva

Como dito, o Estado Democrático de Direito possui como conteúdo material a realização dos direitos fundamentais; a normatização dos princípios, que possuem em seu conteúdo estes direitos fundamentais, impõe sua própria observância como condição de idoneidade de todos os atos jurídicos — gerais e abstratos, individuais e concretos.

Por sua vez, a tutela das liberdades fundamentais, como realização da idéia do Estado de Direito, deve ser plena; neste sentido, podemos afirmar a alta relevância de dois critérios de legitimidade da ação estatal: o *princípio jurídico da proteção da confiança legítima* e o *princípio da boa-fé objetiva*.

Com efeito, os atos estatais podem gerar expectativas para os indivíduos que, acreditando na realização e validade destes atos, orientar suas condutas no sentido indicado por eles, ou seja, comportam-se conforme as expectativas legitimamente criadas. Em nome do próprio Estado de Direito, estas condutas precisam ser imunizadas aos *atos contraditórios* supervenientes do Poder Público e até mesmo à posterior declaração de nulidade destes atos estatais.

Os princípios da *proteção da confiança legítima e da boa-fé* cumprem, não obstante terem nascido como princípios de Direito Privado, decisivo papel na proteção das expectativas legítimas dos particulares contra estas mudanças de orientação do Poder Público: (i) na hipótese de a expectativa ter sido criada por norma geral e abstrata, esta será protegida pelo *princípio da proteção da confiança legítima*; mas, (ii) na hipótese de a expectativa ter sido produzida a partir de norma individual e concreta, entra em jogo o *princípio da boa-fé objetiva*.

⁴⁰TESAURO, 2003: 72.

Para Humberto Ávila⁴¹, os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé “estabelecem o dever de buscar um ideal de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação do Poder Público”, sendo “*limitações implícitas*, decorrentes dos sobreprincípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, sendo, todas elas *limitações materiais*, na medida em que impõem ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de estabilidade e previsibilidade normativa”.

Realizando suas funções, os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva importam em relativização da *legalidade no caso concreto*.

Com apoio no princípio da confiança legítima e da boa fé objetiva, pode a Administração deixar de exercer um seu direito, sendo afastadas as consequências da lei no caso concreto, se o exercício deste direito representa uma conduta contraditória com o seu anterior comportamento que influenciou objetivamente nos atos do administrado (*Nulli conceditur venire contra factum proprium*).

Ponderados com o princípio da legalidade, resultando na relativização ou até mesmo na não aplicação desta em nome da proteção das expectativas legítimas, assegurando assim a *justiça do caso concreto* por meio da realização da *segurança* como valor subjacente, estes princípios atuam como *elo* entre a *Justiça* e a *Segurança*, apesar de ilustres juristas de índole positivista insistirem na absurda tese de uma convivência “dramática” entre estes valores.

Na verdade, embora ocorram conflitos entre princípios, que se resolvem com a busca de pontos intermediários entre estes ou até mesmo com o afastamento completo de um deles no caso concreto (*ponderação*), *nunca ocorre conflito entre os valores Segurança e Justiça, pois da harmonia destes depende a realização do Estado de Direito. Ou será que pode se falar de legitimidade na Segurança do Injusto ou na Justiça a qualquer preço?! Não basta a existência da ordem normativa; a segurança, como valor subjacente desta, exige que este mesmo ordenamento seja justo, seja eticamente aceitável, seja construído de modo que prevaleçam os valores superiores frente ao mero legalismo!!!*

⁴¹ÁVILA, 2004: 311.

Usando a linguagem de Bachoff⁴², existem sim constantes conflitos entre *Direito* e *Não-Direito* (*Recht und Unrecht*), e os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva cumprem justamente o papel, ao lado de outros princípios e com estes balanceados, de buscar a realização do *Direito* (*Recht*), ou melhor, com apoio em Larenz⁴³: a realização do *Direito Justo* (*Richtiges Recht*).

É em Larenz que encontramos o conteúdo jurídico destes princípios: são princípios de Direito Justo, princípios de conteúdo ético-jurídico, de aproximação do Direito à Ética, originados do próprio Estado de Direito, portanto voltados a assegurar os direitos fundamentais e que vinculam o Poder Público a agir com previsibilidade, honestidade, moralidade, coerência, lealdade e fidelidade.

Sem nenhum embargo, os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva, como princípios gerais do Direito, imperam também no Direito Tributário, vinculando tanto a Administração quanto os contribuintes⁴⁴.

Em matéria tributária, todos os princípios acima estudados — capacidade contributiva, legalidade, anterioridade e irretroatividade, bem como a proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva — são normas jurídicas que possuem os direitos fundamentais dos contribuintes como valores subjacentes e interagem de forma a assegurar justamente a realização otimizada destes direitos.

3 Aplicação dos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário

Como dito, os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva cumprem papel altamente relevante nas relações entre o Fisco e os contribuintes: uma vez que o contribuinte se com-

⁴²BACHOF, 1951: 56, nota 106.

⁴³LARENZ, 1985: 90/98, O Mestre alemão, deixando claro o papel constante de vínculo existente entre a *Segurança* e a *Justiça* que cumprem estes princípios, afirma que eles têm um elemento componente de Ética jurídica e outro que se orienta em direção à *Segurança* das relações, e que um e outro elementos não podem se separar. (Ibidem: 95.)

⁴⁴PAULICK, 1971: 123, nota 312.

portou de acordo com convicções firmadas a partir de condutas objetivas e reiteradas do Poder Público, qualquer mudança radical de orientação deste último, rompendo assim com a confiança criada e frustrando as expectativas legítimas, não pode vir a atingir diretamente a esfera jurídica daquele que depositou confiança nos comportamentos anteriores e, como dito, por esta confiança pautou suas condutas, sob pena de se menoscar a segurança jurídica e *realizar a injustiça no caso concreto*.

O princípio da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário suscita uma série de conseqüências, como a proibição de retroatividade das leis que agravam a imposição tributária, as regras de não-supresa e de vedação da imprevisibilidade, a irreversibilidade do ato de lançamento por erro de direito e de valoração dos fatos, o caráter vinculante das informações e respostas das autoridades financeiras feitas aos obrigados tributários, a proibição de revogação de isenções onerosas, a exclusão ou redução de multas em certos casos, a proibição de analogia na fixação do tipo tributário⁴⁵, enfim, não é possível neste trabalho monográfico elencar todas as manifestações destes princípios no Direito Tributário, mas a seguir suscitaremos algumas hipóteses de clara lesão a estes princípios em nossa matéria.

3.1 Benefícios fiscais de legalidade não confirmada

A presente hipótese enquadra-se no quadro amplo da revogação de benefícios, seja porque a lei concessiva foi declarada inconstitucional, seja porque foi originariamente prevista em medida provisória depois não convertida em lei.

Fenômeno comum nos dias de hoje é a criação de leis estaduais concessivas de isenção de ICMS sem prévio Convênio, em clara afronta ao art. 155, XII, g, da CF/88, bem como de medidas provisórias concessivas de parcelamentos sob certas condições a encargo dos contribuintes, como foi o caso da MP 38/2002; gozando da presunção de durabilidade e de constitucionalidade, estes diplomas legais criam expectativas nos contribuintes, que orientam suas condutas no sentido de realizar sacrifícios voltados para o gozo destes benefícios.

Porém, a questão que se levanta é a seguinte: e na hipótese de serem julgadas inconstitucionais estas leis, ou não ser convertida em lei a medida provisória, podem ser cobrados retroativamente os tributos antes isentos? Revoga-se o parcelamento concedido sob o pálio de medida provisória não convertida?

Evidente que estamos diante da necessidade de se ponderarem os princípios da proteção da confiança legítima e da legalidade, sendo certo que este último “não é nem o único e nem o mais importante princípio constitucional”, devendo ser harmonizado com o princípio da proteção da confiança legítima⁴⁶.

Privilegiando-se assim a justiça no caso concreto, todos os atos praticados pelos contribuintes, durante a vigência das leis ou medidas provisórias presumidamente válidas, devem ser reputados como válidos e eficazes, mesmo que posteriormente estes diplomas normativos sejam declarados inconstitucionais ou não confirmados, pois estes atos, pautados pelas expectativas criadas, encontram tutela no princípio da proteção da confiança legítima.

O Poder Público é vinculado “às palavras proferidas na lei”, que, enquanto vigente e presumidamente válida, legitima a conduta dos contribuintes com ela condizente. No caso das leis de isenção de ICMS, estas só podem ser declaradas inconstitucionais com efeito *ex nunc*, enquanto no caso das medidas provisórias não convertidas em lei, como a MP 38/02, os parcelamentos concedidos devem ser mantidos, pois, embora os atos de concessão não estejam mais protegidos pela legalidade, estão pela tutela da confiança legítima do contribuinte⁴⁷.

3.2 Mudanças na legislação do PAES

Como se sabe, o denominado PAES foi instituído pela Lei 10.684/2003; os incisos I e II do § 3º do art. 1º desta lei tratam do regime jurídico geral do PAES, aplicável para as empresas em geral; porém o próprio inciso I prevê um regime de exceção, pois excluiu de sua aplicação as microempresas e pequenas empresas; para estas, aplica-se exclusivamente o regime jurídico previsto no § 4º do mesmo artigo.

⁴⁶ÁVILA, 2002: 100.

⁴⁷Ibidem: 107.

⁴⁵Ibidem: 123, nota 313; DERZI: 270/272; TORRES, 2005: 571.

Regulamentando a presente lei, foi editada a Port. Conj. PGFN/SRF 1, de 25/06/2003, prescrevendo, em seu art. 4º, § 6º, que, no caso do regime de exceção de que trata o § 4º do art. 1º da Lei 10.684/2003 — o caso das microempresas e empresas de pequeno porte —, “o quantitativo total de parcelas poderá exceder a cento e oitenta, quando o valor da prestação, calculado com base na receita bruta, não for suficiente para liquidar o parcelamento naquele número de parcelas.”

Como a presente Portaria foi publicada antes do fim do prazo de ingresso no PAES, criou-se uma expectativa, para as microempresas e pequenas empresas, de um número de parcelas superior a cento e oitenta; por outro lado, para ingressar no PAES, o contribuinte deveria cumprir certas condições: desistência de recursos administrativos ou de ação judicial referentes ao débito, renúncia a qualquer direito em que se fundava a ação, etc., ou seja, o PAES consiste em benefício oneroso.

Assim, depositando confiança na referida interpretação administrativa do § 4º do art. 1º da Lei 10.684/2003, as microempresas e empresas de pequeno porte desistiram de seus recursos administrativos e ações judiciais para, mesmo não possuindo condições de efetuar o pagamento do débito em cento e oitenta parcelas, ingressarem no PAES com a certeza de um prazo maior de pagamento.

Por outro lado, mais de um ano após o início do PAES, o Poder Público “mudou as regras do jogo” em clara *afrenta ao princípio da boa-fé objetiva dos contribuintes* e à *moralidade pública*⁴⁸: a Administração revogou o art. 4º, § 6º, da Port. Conj. PGFN/SRF 1/2003 por meio do art. 18 da Port. Conj. PGFN/SRF 3 de 25/08/2004, que, ainda em seu art. 4º, dispôs: “O quantitativo total das prestações não poderá exceder a cento e oitenta, devendo o sujeito passivo, até o vencimento da última parcela, liquidar o total do débito sob pena de rescisão.”

A situação é extrema: como fica o contribuinte que não pode efetuar o pagamento em cento e oitenta

parcelas, mas desistiu de seus recursos administrativos, de ações judiciais, confessou de modo irretroativo sua dívida e renunciou a direitos para ingressar no PAES acreditando em um prazo maior de pagamento porque assim o fez acreditar a Administração Tributária quando do ingresso no aludido programa?

Ora, o PAES consiste em benefício condicionado e, independentemente da espécie de renúncia de receitas, deve haver uniformidade de solução para as hipóteses de revogação ou modificação de benefícios fiscais concedidos sob condições: se o benefício ingressou no patrimônio do contribuinte, às custas de sacrifícios e de uma conduta pautada na boa-fé e na expectativa legitimamente criada, este não pode ser revogado ou *ter suas regras modificadas com prejuízo para o contribuinte*, sob pena de lesão aos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva⁴⁹. Assim, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, não tem aplicabilidade a modificação da interpretação administrativa, devendo prevalecer a interpretação anterior, que assegurava o número maior de parcelas.

3.3 Revogação da isenção gratuita de ICMS e anterioridade

Questão difícil é aquela relativa aos efeitos da revogação da lei concessiva de isenção. Com efeito, toda norma de isenção pode ser revogada a qualquer tempo, sob pena de limitação inaceitável da discricionariedade política do legislador.⁵⁰ Por sua vez, situar no tempo os efeitos da revogação não é fácil, tendo em vista as expectativas legitimamente criadas pelas normas do benefício.

O art. 178 do CTN permite a revogação a qualquer tempo da lei que concede isenção gratuita e por prazo indeterminado, mas sujeita a revogação ao disposto no inciso III do art. 104 do mesmo Código; este último dispositivo estabelece que a presente revogação tem seus efeitos limitados pela observância do princípio da anterioridade, porém restringe sua aplicação aos impostos sobre o patrimônio e a renda.

Esta restrição se deu por ter sido o CTN cria-

⁴⁸Em Itália, Enrico de Mita, após vincular o princípio da boa-fé ao espírito de leal colaboração que deve haver entre o Fisco e o contribuinte, bem como a razões de justiça e do princípio da honestidade, acaba por extrai-lo do art. 97, § 1º, da CI, ou seja, do “*principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione*” (moralidade pública). (DE MITA, 2000: 272/277.)

⁴⁹TORRES, 2005: 579.

⁵⁰STF – 2ª Turma, RE 116.880/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/02/1993.

do tendo a EC 18/1965 como pano de fundo; e, neste sistema normativo constitucional, apenas os impostos sobre o patrimônio e a renda eram sujeitos à anterioridade (anualidade).

Hoje a situação é oposta, pois, além de a CF/1988, como já havia feito a Constituição de 1967, vincular os demais tributos, e não só os demais impostos, ao princípio da anterioridade, com exceção do disposto no § 1º do art. 150, o ideal de Estado Democrático de Direito também não tolera restrições desta envergadura.

Ocorre que, esquecendo-se das bases constitucionais sobre as quais foi construído o art. 104 do CTN, o STF ignorou o moderno conteúdo e alcance do princípio constitucional da anterioridade tributária e vem decidindo que a revogação da isenção do ICM(S) não está sujeita a este princípio (Súmula 615)⁵¹.

Partindo das premissas fixadas pelo STF, também não se sujeita à anterioridade, por exemplo, a revogação das isenções das contribuições especiais.

Doutrina autorizada, partindo da premissa de a isenção ser uma biquificação normativa, isto é, de ser resultado da interação da norma de imposição com a própria norma de isenção, em que esta última não impede que a primeira surta “certos efeitos” como o de qualificar o fato como “tributado”(!!!), aplaude o posicionamento do STF, concluindo que, uma vez afastada a norma de isenção, retira-se o impedimento à plena incidência da norma de tributação, não ocorrendo aplicação da anterioridade por não se tratar de *uma nova incidência*.⁵²

De todo lamentável é a decisão do STF, que, em nome de um positivismo formalista e desmedido, acaba por interpretar um princípio positivado na Carta Magna a partir da norma infraconstitucional, quando deveria ser o oposto.

Com Sainz de Bujanda⁵³, entendemos que os efeitos da norma de isenção situam-se no plano da incidência da norma impositiva, tendo a primeira como

efeito tornar débeis os efeitos da segunda, ou seja, resulta precisamente em uma supressão ou anulação dos efeitos da norma de imposição no que respeita às hipóteses contempladas como isentas. Sendo assim, a norma de isenção não cria o fato gerador nem permite a continuidade da qualificação do fato como “tributado”, mas, sim, procede a formular uma nova definição: a do *fato isento*.

A teoria acima, por si só, presta para afastar a tese da inexistência de “nova incidência” a justificar a não aplicação da anterioridade, pois, uma vez revogada a isenção, restauram-se os efeitos da norma de imposição, o que equivale a uma nova incidência tributária; porém, o principal a ser discutido, a fim de se efetuar uma completa revisão da posição do STF, inclusive com a revogação da Súmula 615, é a *lesão às expectativas legítimas dos contribuintes*.

Ora, se o contribuinte acredita na palavra da lei que outorga a isenção, seja esta condicionada ou não, tal como acredita na lei que fixa uma determinada alíquota para um determinado imposto, e pauta suas condutas por esta confiança, dirigindo seus atos negociais no sentido objetivamente figurado pela lei, projetando-os para pelo menos um exercício financeiro, resta evidente que esta confiança legítima deve ser protegida contra a revogação inesperada das isenções, tal como as expectativas são protegidas contra a majoração de alíquotas.

Portanto, o conteúdo jurídico da proteção da confiança legítima dos contribuintes, além da própria previsão normativa atual da anterioridade, exige uma mudança de orientação de nosso STF, devendo a revogação das isenções gratuitas de todos os tributos, inclusive o ICMS e exclusive os mencionados no § 1º do art. 150 da CF/1988, sujeitar-se ao princípio da anterioridade.

3.4 Revogação de isenção onerosa

Menos problemática que a revogação das isenções gratuitas e da aplicação da anterioridade, a impossibilidade de revogação das isenções onerosas e a termo encontra porto seguro no STF⁵⁴, até mesmo

⁵¹Súmula 615 – “O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da CF) não se aplica à revogação de isenção do ICM.” (DJU 29/10/84); STF – 1ª Turma, RE 102.593-0, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 12/06/1984.

⁵²GRECO, 2000: 602.

⁵³SAINZ DE BUJANDA, 1963: 447/451.

⁵⁴STF – 2ª Turma, RE 186.264-5, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/04/1998, e RE 169.880-2, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/12/1996; STF – 1ª Turma, RE 218.160-3, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 06/03/1998.

por conta do art. 178 do CTN. Prevalece aqui a tese, que não se estende às isenções gratuitas, dos *derechos tributarios adquiridos* (Sainz de Bujanda).

Evidente que aqui se trata de homenagear a segurança jurídica e preservar a expectativa legítima do contribuinte, fazendo justiça no caso concreto. Porém, qual é o verdadeiro alcance desta proteção?

Se a Administração, por meio de despacho competente, outorga a isenção onerosa por ter o contribuinte atendido às condições da lei, estamos diante de um *ato jurídico perfeito*, sendo a impossibilidade de *exclusão* desta isenção, antes de encerrado o prazo predeterminado e mesmo na hipótese de revogação da lei de isenção, uma exigência do *princípio da boa-fé objetiva* como decorrência do próprio Estado de Direito e de sua positivação no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Por sua vez, e se o contribuinte, já tendo preenchido todos os requisitos para o gozo da isenção onerosa quando da revogação da lei de isenção, ainda não tem a seu favor o despacho de que trata o *caput* do art. 179 do CTN? Existe direito adquirido a ser protegido e a legitimar a concessão da isenção? A proteção da boa-fé objetiva, sendo ponderada com o princípio da legalidade, autoriza a concessão da isenção no caso concreto?

Pensamos que sim. Uma vez atendidos os requisitos dentro do prazo de vigência da lei de isenção, estaremos diante de um direito adquirido, embora a ausência do despacho administrativo não nos permita falar de ato jurídico perfeito; sendo assim, merecem proteção as expectativas legítimas e a conduta do contribuinte pautada na confiança no legislador, devendo a isenção, como medida de *Direito Justo* e em nome da proteção da boa-fé objetiva sob o modelo positivado no art. 5º, XXXVI, da CF/88, ser concedida e respeitada até seu termo final.

Questão muito mais complexa é a de o contribuinte, ao tempo da revogação da lei concessiva de isenção onerosa e de prazo determinado, não ter ainda atendido a todos os requisitos para dela usufruir, mas, pautando sua conduta pela confiança depositada na lei e no prazo nela fixado para aquisição e gozo da isenção, ter planejado seus negócios e realizado diversos investimentos e gastos voltados a preencher os requisitos legais da isenção, tudo, repete-se, em função da confiança depositada nas palavras da lei.

Por certo que não se trata de direito adquirido, mas de mera expectativa de direito; mas a questão é: esta expectativa criada pela lei, na qual o contribuinte depositou confiança e planejou seus negócios, merece ser tutelada de modo que seja assegurada a isenção quando do preenchimento das condições?

O Direito Positivo é insuficiente para proteger as expectativas legítimas nestas hipóteses, devendo o intérprete buscar a solução na própria concepção de Estado de Direito, nos fundamentos de *Direito Justo*, na interpretação do princípio da proteção da confiança legítima como princípio jurídico de conteúdo ético que impõe ao Estado uma atuação “segundo a moralidade e a equidade.”⁵⁵

Com efeito, todo o Poder Estatal, inclusive o legislador constituinte derivado, está vinculado ao *Direito*, assim entendido como aquele cujo conteúdo exprime valores morais e éticos aceitos pela sociedade e pela Constituição material.

Assim, mesmo o contribuinte atendendo às condições da isenção apenas quando não mais vigorava a lei que a concedia, deve-se valorizar sua conduta durante a vigência da lei concessiva, quando ele, firme em suas expectativas legitimamente fixadas a partir da confiança depositada na lei, empregou esforços e sacrifícios voltados ao preenchimento das condições, chegando a estar em via de alcançá-los; a proteção da confiança legítima no caso concreto, ponderada com a legalidade, autoriza a concessão da isenção mesmo no vazio normativo.

4 Conclusões

4.1 Como modo de realização do conteúdo material do Estado Democrático de Direito, temos, em nossa ordem jurídica, normas que especificam e asseguram os direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade, as liberdades fundamentais, a igualdade, a dignidade humana e os direitos sociais; na otimização da tutela destes direitos fundamentais, cumprem papel altamente relevante os *princípios jurídicos da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva*.

4.2 Os *princípios jurídicos da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva* são princípios de

⁵⁵TORRES, 2005: 570.

Direito Justo (Larenz), princípios de conteúdo ético-jurídico que protegem e asseguram as expectativas legítimas; são princípios originados da própria idéia de Estado de Direito e que atuam como elo entre a *Justiça* e a *Segurança*, vinculando o Poder Público e os particulares a agirem com Ética, moralidade, coerência, lealdade e fidelidade.

4.3 No Direito Tributário, ao lado dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, os *princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva* dos contribuintes são normas jurídicas que têm os direitos fundamentais como valores subjacentes.

4.4 Os *princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva* dos contribuintes se manifestam através da proibição de retroatividade das leis gravosas, da exigência de não-supresa e de vedação da imprevisibilidade, da relativização da legalidade em favor da proteção da expectativa legítima, da irreversibilidade do ato de lançamento por erro de direito e de valoração de fatos, da autovinculação pela regulamentação, informações e respostas das autoridades financeiras, da proibição de revogação de isenções onerosas e da sujeição plena da revogação das isenções gratuitas à anterioridade, da exclusão ou redução de multas e da proibição de analogia na fixação do tipo tributário.

Bibliografia

- ABBAMONTE, Giuseppe. *Principi di Diritto Finanziario*. Nápoles: Liguori, 1975.
- ALLORIO, Enrico. *Diritto Processuale Tributario*. 4. ed. Torino: UTET, 1962.
- AMATUCCI, Andrea. *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Nápoles: Jovene, 2004, 7ª ed.
- ATALIBA, Geraldo (Coord.). Sistema constitucional tributário. *Conferências sobre temas tributários*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, p. 182.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Benefícios inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 42.
- AYALA, Jose Luiz Perez de. e GONZALEZ, Eusebio. *Curso de Derecho Tributario*, I. Madrid: EDERSA, 1975.
- BACHOF, Otto. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Recht und Staat*, 163/164, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1951.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, de Gustavo Binembomj. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEREJO, Álvaro Rodríguez. Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición. *Garantias constitucionales del contribuyente*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- BERLIRI, Antonio. *Principi di Diritto Tributario*. Milão: Giuffrè, 1952, v. I.
- BERLIRI, Antonio. L'obbligo di contribuire in proporzione della capacità contributiva come limite alla potestà tributaria. *Scritti Scelti di Diritto Tributario*. Milão: Giuffrè, 1990.
- BLUMENSTEIN, Ernst. *System des Steuerrechts*. Zúrique: Polygraphischer, 1951, v. I.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASÁS, José Osvaldo. *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente*. A partir del principio de reserva de ley tributaria. Buenos Aires: AD-HOC, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1919.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COSTA, Ramón Valdes. *Instituciones de Derecho Tributario*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2004.
- D'AMATI, Nicola. *Diritto Tributario*. Teoria e Pratica. Torino: UTET, 1985.
- DE MITA, Enrico. La legalità tributaria. Contributo alla semplificazione legislativa. Milão: Giuffrè, 1993.
- DE MITA, Enrico. Il principio di capacità contributiva e La buona fede in Diritto Tributario. *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milão: Giuffrè, 2000.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Buena fe en el Derecho Tributario*. *Estudios de Derecho Tributario constitucional e internacional*. Homenage a Victor Uckmar. Buenos Aires: Abáco.
- FALSITA, Gaspare. *Corso istituzionale di Diritto Tributario*. Padova: CEDAM, 2003.
- FEDELE, Andrea. La reserva de ley. *Tratado de Derecho Tributario*. Org.: Andrea Amatucci. Bogotá: Temis, 2001, tomo I.

- GARCÍA, Eusebio Gonzáles. e AYALA, José Luis Peres de. *Curso de Derecho Tributário*, I. Madrid: EDERSA, 1975.
- GERLOFF, Wilhelm. *Die Steuern. Handbuch der Finanzwissenschaft*, 2. ed. Orgs.: Wilhelm Gerloff e Fritz Neumark. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- GIANNINI, Achille Donato. *Il rapporto giuridico d'imposta*. Milão: Giuffrè, 1937.
- GIARDINA, Emilio. *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*. Milão: Giuffrè, 1961.
- GRECO, Marco Aurélio. ICMS – Benefícios Fiscais – Isenções, Convênios, Imunidades – Produtos Semi-Elaborados. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRIZIOTTI, Benvenuto. Intorno al concetto di causa nel diritto finanziario e Il principio della capacità contributiva e sue applicazioni. *Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*. Milão: Giuffrè, 1953.
- HENSEL, Albert. *Derecho Tributario*. Rosário: Nova Tesis, 2004.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- LACOMBE, Américo Lourenço Masset. *Princípios Constitucionais Tributários*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LANG, Joachin. e TIPKE, Klaus. *Steuerrecht*. 15. ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 1997.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- LEROY-BEAULIEU, *Trattato di Scienza delle Finanze*. Torino: UTET, 1906.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982, tomo II.
- MICHEL, Gian Antonio. *Curso di Diritto Tributario*. 6. ed. Torino: UTET, 1981.
- MOLINA, Pedro Manuel Herrera. *Capacidad económica y sistema fiscal*. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- MOSCHETTI, Francesco. La capacita contributiva, profili generali. *La Capacità Contributiva*, org. Francesco Moschetti. Padova: CEDAM, 1998.
- MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Madrid: IEF, 1980.
- MYRBACH-RHEINFELD, Franz Freiherrn von. *Grundriss des Finanzrechts*. Leipzig: Dunder & Humblot, 1906.
- OLLERO, Gabriel Casado. El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). *Revista española de Derecho Financiero*, n. 34. Madrid: Civitas, 1982.
- PAULICK, Heinz. *Lehrbuch des allgemeinen Steuerrechts*. Würzburg: Carl Heymanns, 1971.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis. e GARCÍA, Eusebio Gonzáles. *Curso de Derecho Tributário*, I. Madrid: EDERSA, 1975.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis. Dinámica de la relación jurídica tributaria en el Derecho español. Madrid: Dykinson, 1997.
- POTITO, Enrico. *Lordinamento tributario italiano*. Milão: Giuffrè, 1978.
- RICCA SALERMO, Giuseppe. *Scienza delle Finanze*. Firenze: G. Barbèra, 1890.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Temas Generales de Derecho Tributário. *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, v. III e IV, cap. III.
- SHIRRAS, G. Findlay. *The Science of Public Finance*. Londres: Macmillan & Co., 1924
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,
- TABOADA, Carlos Palao. Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva. *Estudios jurídicos em homenaje al professor Federico de Castro*. Madrid: Tecnos, 1976, v. II.
- TESAURO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Tributario*. 8. ed. Torino: UTET, 2003, v. I.
- TIPKE, Klaus. e LANG, Joachin. *Steuerrecht*. 15. ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 1997.
- TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. III.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TORRES Ricardo Lobo. Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado. In: Estudios de Derecho Tributário constitucional e internacional. Homenaje a Victor Uckmar. Buenos Aires: Ábaco, 2005
- TORRES Ricardo Lobo. Valores e princípios constitucionais tributários. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II.
- TORRES Ricardo Lobo. Direitos humanos e tributação. *Derechos humanos y Tributación*, Anais da XX Jornada do ILADT. Brasil: ABDF, 2000.
- VANONI, Ezio. Natura e interpretazione delle legge tributaria. *Opere Giuridiche*, v. I. Milão: Giuffrè, 1961.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, v. I.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- WAGNER, Adolfo. *La Scienza delle Finanze*. Torino: UTET, 1891.

Corte Especial

Mandado de Segurança

2001.01.00.041566-6/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida
Impetrante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA
Procuradora: Dra. Célia Maria Elizabete Santos
Impetrado: Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação: DJ 2 de 21/07/2006

Ementa

Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Possibilidade. Acórdão prolatado em agravo regimental que impugna decisão proferida nos autos de precatório. Procedimento do Presidente da Corte que não extrapola os limites de sua atuação.

I – A Corte Especial deste Tribunal, em julgamento de agravo regimental incidente ao Precatório 1999.01.00.058704-0, determinou que o INCRA efetuasse o pagamento integral do requisitório, afastado o parcelamento previsto pelo art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional 30.

II – Na esteira de precedente do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte entende cabível mandado de segurança contra ato do Presidente de Tribunal em processamento de precatório, uma vez que a decisão tem natureza administrativa, e não judicial.

III – O Tribunal expediu ofício em 07/07/1999, objetivando o pagamento do precatório no exercício financeiro seguinte, ou seja, no ano 2000. Expediu a ordem para que a autarquia disponibilizasse os recursos necessários ao pagamento no ano seguinte, situação que não se subsume à definição feita pelo art. 78 do ADCT, no sentido de que “precatórios pendentes” são os que não tiveram “seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo”.

IV – Precatórios pendentes são aqueles referentes a orçamentos não aprovados à época da EC 30. Os precatórios referentes a orçamentos anteriores ao ano de 2001 não são considerados pendentes, não se lhes aplicando o parcelamento de trata o art. 78 do ADCT.

V – São diferentes as normas do art. 33 e 78 do ADCT pois o primeiro diz respeito a precatórios pendentes de pagamento e o segundo refere-se apenas a precatórios pendentes.

VI – O Presidente do Tribunal agiu dentro das atribuições de seu cargo, em perfeita consonância com o art. 100, §§ 2º e 6º da Constituição. Precedentes.

VII – Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 06/07/2006.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra impugnando decisão do ex-Presidente deste Tribunal Tourinho Neto ratificada pela Corte Especial em sede de agravo regimental que afastou a aplicabilidade do art. 78 do ADCT no que tange o pagamento 1999.01.00.058704-0 mantendo a decisão que determinou a intimação do impetrante para depósito no prazo de 15 dias o débito remanescente.

Afirma que a citada emenda constitucional alterou a redação do art. 100 da Constituição e acrescentou o art. 78 ao ADCT, permitindo o parcelamento dos precatórios pendentes na data de sua promulgação.

Relata que, atendendo ao disposto no referido dispositivo legal, providenciou o pagamento de 10% (dez por cento) do valor requisitado no precatório, mas o Presidente desta Corte determinou o pagamento dos 90% (noventa por cento) restantes, por entender inaplicável o artigo aos precatórios com previsão de pagamento para o ano de 2000.

Sustenta que os atos praticados pelos tribunais na condução dos procedimentos relativos aos precatórios têm cunho meramente administrativo, sendo-lhes vedado adentrar em qualquer questão de cunho jurisdicional, afeta à competência do juízo de origem do precatório — o da execução.

Conclui que o procedimento do Tribunal afronta o § 2º do art. 100 da Constituição, ferindo, ainda, o princípio do juiz natural.

Requer, ao fim, a liminar para que sejam suspensos os efeitos da decisão proferida, obstando-se, assim, a determinação de depósito da totalidade dos valores requisitados. No mérito pede a confirmação da liminar, invalidando-se a decisão atacada.

O pedido de liminar foi indeferido, fls. 112/114.

O então Presidente do Tribunal prestou suas informações, fls. 118/122, nas quais sustenta, em síntese, que “não pode a nova sistemática constitucional violar autoritariamente direitos adquiridos dos credores. Os precatórios atualizados em 01/07/1999 foram, nos termos da normatização vigente à época, incluídos no orçamento do exercício financeiro seguinte. Naquele momento surgiu para os credores da Fazenda Pública

o direito subjetivo de receber o pagamento até o final do ano 2000. A quebra da situação já constituída representa, inegavelmente, a fragilização dos princípios de segurança jurídica, fundamentais à estabilidade da vida social.” (fls. 121)

Citados por edital, os credores do precatório não se manifestaram, fl. 183.

O Ministério Público Federal proferiu parecer impugnando pela denegação da segurança, fls. 185/191.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — O INCRA impetra mandado de segurança contra acórdão da Corte Especial deste Tribunal em julgamento de agravo regimental incidente em precatório. O v. acórdão determinou que o impetrante fizesse o pagamento integral do requisitório e afastou a aplicação da Emenda Constitucional 30/2000, a qual estabeleceu o parcelamento dos precatórios pendentes. A Emenda Constitucional 30/2000 deu nova redação ao art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 78 ao ADCT, o qual dispõe que poderão ser parcelados, em até dez vezes, os precatórios pendentes quando da promulgação da EC 30, ressalvados os de natureza alimentícia, os tratados no art. 33 do ADCT e os que já tiveram seus recursos liberados ou depositados em juízo.

Inicialmente, cumpre ressaltar o cabimento do mandado de segurança contra ato do Presidente de Tribunal em processamento de precatório, uma vez que a decisão tem natureza administrativa, e não ju-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa (convocado em substituição ao Des. Federal Mário César Ribeiro, por motivo de férias), Neuzá Maria Alves da Silva (convocada em substituição ao Des. Federal Carlos Olavo, por motivo de férias), Carlos Fernando Mathias, Olindo Menezes e Luciano Tolentino Amaral. Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves (por motivo de cirurgia) Aloísio Palmeira Lima (por motivo de férias), Ítalo Fioravanti Sabo Mendes (por motivo de afastamento temporário), José Amílcar Machado (convocado em substituição ao Des. Federal Jirair Aram Meguerian, por motivo de férias e ausente, (por motivo de afastamento temporário), Daniel Paes Ribeiro (por motivo de férias), João Batista Moreira (por motivo de férias) e Souza Prudente (por motivo de férias).

dicial. Tal entendimento, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.098, tem sido acompanhado pelos julgados desta Corte, *verbis*:

Constitucional. Precatório. Requisição de pagamento. Impugnação através de mandado de segurança. Possibilidade. Data de apresentação. Art. 100 da CF/88.

1. O plenário do STF firmou entendimento no sentido de que, mesmo a decisão do Tribunal, tomada em agravo regimental interposto contra decisão do Presidente da Corte, em matéria relativa a processamento de precatório, tem natureza administrativa, contra ela sendo incabível recurso extraordinário (ADI 1.098-SP; AGRRE 213696-SP, Rel. Min. Carlos Velloso).

2. Não sendo cabível recurso extraordinário, segundo o pacífico entendimento do STF, não se configura, *in casu*, o obstáculo do art. 5º, II, da Lei 1.533/1951, segundo o qual não se dará mandado de segurança quando se tratar “de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais”. Precedente do TRF – 1ª Região (MS 1998.01.00.072823-3/DF, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral).

3. A jurisprudência do TRF – 1ª Região, na esteira do entendimento do colendo STF e do egrégio STJ, pacificou-se no sentido de que o dia 1º de julho, a que se refere o § 1º do art. 100 da CF/88, é a data limite para a apresentação dos precatórios nos tribunais, e não para a requisição de verbas às entidades públicas devedoras, eis que a apresentação e a atualização dos precatórios faz-se perante o Tribunal, ao qual compete zelar pela correta ordem de pagamento, e não perante os diversos entes devedores.

4. Preliminar rejeitada. Mandado de segurança denegado. (MS 1998.01.00.072826-4/DF, Relatora Juíza Assuete Magalhães, Corte Especial, DJ 13/08/2001, p. 1.030.)

O IN CRA impetrou o presente mandado de segurança contra a decisão proferida em sede de agravo regimental interposto nos autos do Precatório 1999.01.00.058704-1/MG, com o seguinte teor:

O precatório incluído no orçamento do ano de 2000 não está sujeito ao parcelamento de que trata o art. 78 do ADCT. Direito adquirido.

1. Precatórios pendentes são aqueles referentes a orçamentos não aprovados à época da promulgação da Emenda Constitucional 30. Nesse sentido, os precatórios referentes a orçamentos anteriores ao ano de 2001 não são considerados pendentes, não se lhes aplicando, portanto, o par-

celamento de que trata o art. 78 do ADCT.

2. Os preceitos estabelecidos nos arts. 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT se distinguem, uma vez que o primeiro se refere a precatórios pendentes de pagamento, ao passo que o segundo menciona apenas precatórios pendentes, merecendo, assim, interpretação diferenciada.

3. A inclusão de precatório, no orçamento do ano de 2000, constitui-se em direito adquirido. (Fl. 79.)

Afirma o impetrante que a decisão atacada extrapolou os limites de atuação conferidos ao Tribunal na condução do precatório, usurpando a competência do juízo da execução.

Em que pesem os argumentos expendidos na inicial, a pretensão autoral não merece prosperar.

O texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tem a seguinte redação:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31/12/1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

Na hipótese dos autos, este Tribunal expediu ofício em 07/07/1999 (fls. 83/100), objetivando o pagamento do precatório no exercício financeiro seguinte, ou seja, no ano 2000. Expediu, portanto, a ordem para que a autarquia disponibilizasse os recursos necessários ao pagamento no ano seguinte.

Por óbvio, essa situação não se subsume à definição feita pelo dispositivo legal, no sentido de que “precatórios pendentes” são os que *não* tiveram “seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo.

Oportuno transcrever as ponderações do ilustre Desembargador Federal Tourinho Neto, então Presidente do Tribunal, no voto condutor do acórdão:

Após a expedição do precatório, ocorre a atuação e atualização no âmbito desta Corte, seguindo-se, depois, à requisição de pagamento para

a entidade devedora, através de ofício subscrito pelo Presidente do Tribunal. Em seguida, para que a operação se complete, resta, apenas, o ato de aprovação da verba necessária para quitação da dívida, por ocasião da aprovação da lei orçamentária anual.

Verifica-se, portanto, a existência de três momentos distintos no ciclo de formação do precatório: 1º) a expedição do ofício requisitório, pelo juízo de origem, 2º) a expedição da requisição para a entidade devedora, pelo Presidente do Tribunal e 3º) a aprovação do valor devido por ocasião da aprovação da lei orçamentária anual.

A lei orçamentária anual constitui-se no instrumento de que o administrador público dispõe para equacionar as atividades futuras, sendo, portanto, o suporte autorizador para a realização da despesa pública. Uma vez aprovado o orçamento, completa-se o ciclo de formação do precatório como instrumento de requisição para quitação da dívida proveniente de sentença judiciária. Após isso, o credor apenas espera a sua vez na longa fila estabelecida pelo Tribunal.

Além do mais, a inclusão do precatório no orçamento de 2000 constitui-se em direito adquirido. Sobre isso, a própria Lei 4.320/1964 se refere quando estabelece que “a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo débito”.

Precatórios pendentes são, portanto, aqueles referentes a orçamentos não aprovados à época da promulgação da Emenda Constitucional 30. Nesse sentido, os precatórios referentes a orçamentos anteriores ao do ano de 2001 não são considerados pendentes, não se lhes aplicando, assim, o parcelamento de que trata o art. 78 do ADCT. Admitir a tese de que precatório pendente é aquele que ainda não foi objeto do despacho mencionado do art. 64 da Lei 4.320/1964, significa permitir que o credor torne-se refém da burocracia da entidade devedora, vez o que ritmo de processamento da despesa pública é definido unicamente pelo órgão pagador. (Fl. 65.)

Diante do mencionado procedimento, afigura-se descabida a tese autoral de que o Presidente do Tribunal extrapolou sua função administrativa ao determinar o pagamento integral do requisitório. Ao contrário, agiu em perfeita consonância com os dispositivos constitucionais atinentes à matéria:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de

sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

(...)

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

(...)

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

Não é outro o entendimento da jurisprudência desta Corte, sobre o tema:

Processual Civil. Mandado de segurança: precatório incluído no orçamento antes da edição da EC 30/2000. Pagamento parcelado. Impossibilidade. Quitação do valor do integral. Perda de objeto do writ.

1. Os precatórios incluídos no orçamento de 2000, antes da edição da Emenda Constitucional 30/2000, não se enquadram na hipótese de precatório pendente, incabendo seu parcelamento nos termos do art. 78 do ADCT.

2. “Pretendendo o impetrante parcelar o pagamento do precatório com fulcro na Emenda Constitucional 30/2000, posterior pagamento integral do precatório, ainda que em virtude de decisão judicial anterior, perde objeto a impetração, já que não é possível na via processual estreita escolhida, provimento judicial determinando devolução do valor já pago.” (AgMS 2001.01.00.035990-4/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, DJ de 11/12/2003, p. 1.)

3. Perda do objeto do presente writ. Ação extinta sem apreciação de mérito. (MS 2001.01.00.039409-7/DF, Rel. Des. Federal Carlos Olavo, Corte Especial, DJ de 12/09/2005, p. 4.)

Constitucional. Precatório de 1988 incluído no orçamento de 2000. Não sujeição ao parcelamento de que trata o art. 78 do ADCT. Direito adquirido.

1. O Presidente deste Tribunal e a Corte

Especial que julgou o agravo regimental agiram dentro dos limites impostos ao procedimento do precatório.

2. A inclusão da verba no orçamento para quitação de requisito firma um direito adquirido ao credor.

3. Precatórios pendentes são aqueles relativos a orçamentos não aprovados quando da promulgação da Emenda Constitucional 30.

4. Segurança denegada. (MS 2001.01.00.037939-2/DF, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Corte Especial, DJ de 23/03/04, p. 2.)

Processual Civil. Precatório. Empenho realizado anteriormente à edição da Emenda Constitucional 30/2000. Pendência. Parcelamento. Impossibilidade.

I – Os precatórios incluídos no orçamento de 2000 (em data anterior à promulgação da EC 30/2000) não são considerados pendentes para fins do parcelamento de que trata o art. 78 do ADCT.

II – Segurança denegada, prejudicado o agravo regimental. (MS 2001.01.00.037589-9/DF, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, Corte Especial, DJ de 12/03/2004, p. 1.)

Preciso, portanto, o parecer do Ministério Público Federal, no sentido de que “postos os fatos (...) não assiste razão ao impetrante, que nada mais fez do que sofismar a redação do art. 78 do ADCT.” (Fl. 187.)

O texto constitucional fala em precatório pendente e não em precatório pendente de pagamento. Precatório pendente é aquele que não teve seu recurso liberado ou que não foi depositado em juízo. No caso *sub examen* o Tribunal expediu ofício em 07/07/1999, para que o precatório fosse incluído no exercício financeiro de 2000. Em conseqüência, o crédito, na espécie, estava incluído na ressalva do art. 78 do ADCT.

Se é verdade que o art. 33 do ADCT da CF/1988 menciona “precatórios pendentes de pagamento”. Mas o legislador da EC 30/2000 não utilizou a expressão “precatórios pendentes de pagamento”. Disse apenas “precatórios pendentes.” A regra hermenêutica é que a lei não contém palavras inúteis. Em resumo, o v. acórdão objeto deste *mandamus* interpretou corretamente a norma do art. 78 do ADCT.

Pelo exposto, denego a segurança.

Custas na forma da lei. Sem honorários advoca-

tícios (Súmulas 512, do eg. Supremo Tribunal Federal e 105, do eg. Superior Tribunal de Justiça).

É como voto.

Primeira Seção

Embargos de Declaração na Medida Cautelar Incidental

96.01.20281-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado
Requerente: Universidade Federal da Bahia – UFBA
Procuradores: Dr. Pedro Gomes Moura e outros
Requerida: Nevolândia Sampaio Meirelles
Advogado: Dr. Francisco Antônio de Sousa Porto
Embargante: Nevolândia Sampaio Meirelles
Publicação: DJ 2 de 13/07/2006

Ementa

Embargos de declaração. Contradição e omissão. Medida cautelar incidental em ação rescisória. Julgamento da principal. Prestações negativas (tutela liminar indeferida na cautelar e pedido improcedente na rescisória). Superveniente falta de interesse processual. Processo extinto. Pretensão resistida. Honorários advocatícios. Possibilidade.

I – Não há contradição evidente na decisão embargada, mas mero erro material no breve relatório, passível, entretanto, de corrigenda nesta via.

II – O julgamento da ação principal, com a dirimência da relação jurídica-material fundamental não implica, de plano e necessariamente, extinção da ação cautelar por superveniência da questão prejudicial da qual decorra o decreto extinto fulcrado na falta de interesse processual: cautelar e principal são ações autônomas cujos pressupostos processuais não se confundem.

III – No caso, não subsiste interesse processual ante a espécie incidental da cautelar, sem nenhuma utilidade após o indeferimento da tutela liminar e o julgamento da ação rescisória com dispositivo de improcedência, que enseja recursos com efeito exclusivamente devolutivo (RE e REsp), donde não sobre existir nenhuma situação acautelanda no que concerne à pretendida obstrução executória na ação originária.

IV – Instalada a lide (conflito de interesse) na cautelar com a pretensão resistida, mesmo na hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, VI, CPC) é impositiva a condenação em honorários advocatícios, estes fixados na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

V – Recurso provido.

Acórdão

Dicide a Seção, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 06/06/2006.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado:
—Trata-se de Recurso de Embargos Declaratórios em Medida Cautelar Incidental proposta no curso da Ação Rescisória 95.01.22018-4/DF, inquinando-se de contradição e omissão a decisão monocrática deste Relator, que decretou a extinção do procedimento cautelar, após julgamento unânime desta 1ª Seção que indeferira o pedido inicial na referida ação rescisória.

2. Aduz a embargante que a decisão é contraditória ao declinar que a tutela liminar requerida na ação cautelar fora *deferida*, quando na realidade tal pleito fora *indeferido*.

3. Demais, há defeito na decisão no que concerne à omissão, porquanto constata-se no *decisum* que este não se pronunciou sobre honorários advocatícios.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Almicar Machado:
— 4. *Contradição* – Consoante verifica-se a fl. 23 a tutela liminar foi *indeferida*, pelo então relator Des. Federal Plauto Ribeiro. Cuidando-se de inequívoco erro material, ótico mesmo, e de ser questão anódina neste passo processual, entendo de concertar a equivocada referência, para, com remissão ao teor da decisão de fl. 23, declarar que na decisão embargada, onde se lê: “a liminar foi deferida”, leia-se “a liminar foi indeferida”.

5. *Omissão*. De fato, a decisão extintiva não cogitou de verba honorária. Tratando-se de decisão extintiva, sem julgamento de mérito, na forma do art. 267-VI do CPC, muitos na doutrina e na jurisprudência entendem que não deve ser imposta condenação em honorários advocatícios. Nada obstante, adoto a tese de que havendo pretensão resistida, mesmo que sobrevenha prejudicialidade, como no caso em presença, onde não remanesce interesse processual no procedimento incidental, temos que ter em mira quem deu

causa à ação. Sempre sustentei que o julgamento da principal — relação jurídica-material funcional — não induz, só por só, a extinção da cautelar. Isso porque, a par de outras desinteligências a propósito, na ação cautelar há *lide* (conflito de interesses) e referida ação comporta mérito, ou seja, *mérito da cautelaridade*; obviamente não se trata do mérito da ação principal, onde o litígio envolve a relação jurídica fundamental.

Na hipótese, ocorreu perda superveniente de objeto, por ausência de interesse processual, ante as sucessivas prestações negativas: na incidental foi indeferida a medida liminar que tinha por escopo impedir a execução no processo originário; na principal o pedido improcedente de rescisão do julgado. Ora, os recursos cabíveis contra o julgado (RE e REsp) só detêm efeito devolutivo, o que significa dizer que não será procedido nenhum ato executório no processo originário. Por consequência, não há interesse processual algum na cautelar, donde o decreto extintivo. No entanto, mesmo ante o decreto de extinção, há de ser imposta a condenação nos consectários de direito. As ações, cautelar e principal, são autônomas; seus pressupostos processuais diferentes; há *lide* e mérito na cautelar; há pretensão resistida (contestação) e a autora deu causa à ação. Daí, impõe-se a condenação em honorários, mesmo na hipótese de prejudicial superveniente.

Com essas considerações, sendo o valor atribuído à ação cautelar de R\$ 5.000,00, entendo razoável à remuneração do causídico a quantia de R\$ 500,00 que arbitro na forma do art. 20, § 4º, do CPC, que será corrigida a partir da data deste julgamento.

Em suma, dou provimento aos embargos de declaração para concertar o erro material verificado, e arbitrar a verba honorária, nos termos *retro* expendidos.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Carlos Moreira Alves e os Exmos. Srs. Juizes Mônica Jacqueline Sifuentes, Mônica Neves Aguiar da Silva e Manoel José Ferreira Nunes (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo.

Segunda Seção

Mandado de Segurança

2003.01.00.028296-4/BA

| | |
|------------------------|--|
| Relator: | O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes |
| Impetrante: | Ministério Público Federal |
| Procurador: | Dr. André Luiz Batista Neves |
| Impetrado: | Juízo Federal da 2ª Vara – BA |
| Litisconsorte passivo: | Valdemar Coelho Brito |
| Litisconsorte passivo: | Alberto França Cajazeira |
| Publicação: | DJ 2 de 21/07/2006 |

Ementa

Processo Civil. Mandado de segurança. Ministério Público Federal. Procurador da República. Atuação em Tribunal Regional Federal. Ausência de capacidade postulatória. Mandado de segurança extinto.

I – A atuação do Ministério Público Federal, no âmbito de Tribunal Regional Federal, é feita através de procurador Regional da República.

II – Não possui o procurador da República, que oficia em primeiro grau de jurisdição, capacidade postulatória para impetrar o presente mandado de segurança, que constitui processo de competência originária desta Corte Regional Federal.

III – Aplicação dos arts. 68 e 70, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 70/1993.

IV – Mandado de segurança extinto, sem julgamento do mérito.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 05/07/2006.

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes: — Trata-se de mandado de segurança, impetrado pelo Ministério Público Federal contra ato do MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, em que requereu fosse concedida a segurança, a fim de que, em resumo, “(...) se reforme a r. decisão guerreada, declarando competente a Justiça Estadual e determinando a remessa dos autos *a quo* ao Judiciário do Estado da Bahia – Vara Criminal da Comarca de Itaparica, BA” (fls. 14/15).

Em defesa da sua pretensão, alegou o impetrante, de início, que “(...) presentes se fazem os pressupostos de admissibilidade da presente ação mandamental” (fl. 5).

Apontou, ainda, o impetrante que “(...) o mero fato de ter tido eventualmente lugar em praia ou mar territorial, não lesando, de forma qualificada, qualquer serviço ou interesse da União, não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal” (fl. 12).

Argumentou, também, que “Nenhum dos elementos do caso concreto, portanto, serve-se à deter-

minação como competente o Judiciário Federal. O processo e julgamento do feito, portanto, competem à Justiça Estadual” (fl. 14).

Por meio da decisão de fl. 74, determinei a citação dos ora litisconsortes passivos necessários.

Solicitadas informações, o MM. Juízo Federal impetrado prestou-as às fls. 84/87, ocasião em que esclareceu:

Atendendo determinação de V.Exa., cumpre-me prestar-lhe as seguintes informações para o julgamento MS 2003.01.00.028296-4/BA, impetrado contra este Juízo:

1. Aos dias 20/09/2002, foi lavrado, pela autoridade policial civil, o auto de prisão em flagrante aonde autuados Alberto França Cajazeira e Valdemir Coelho Brito, como incurso nas penas do art. 35, inciso I, da Lei 9.605, de 12/08/1998 (doc. I);

2. Segundo consignado naquela peça, os aludidos cidadãos teriam sido flagranteados, na Baía de Todos os Santos, no exercício ilegal de pesca predatória;

3. Acolhendo parecer ministerial (doc. II), houve por bem o MM. Juiz Estadual, declinar da competência para eventual processamento e julgamento do feito para esta Justiça, *ex vi* do quanto disposto nos arts. 20, VI, e 109, VI, da CF (doc. III);

4. Recebidos neste Juízo — aonde foram distribuídos como IPL registrado sob o número 2002.26182-4 —, seguiram os autos ao órgão ministerial que se manifestou pela realização de diligências complementares a serem realizadas pela DPF/SR/BA, consubstanciadas na realização de perícia técnica, tendo por finalidade a constatação da materialidade delitiva (doc. IV);

5. Em decisão proferida nos Autos 2002.23928-1, pelo então MM. Juiz Federal Substituto desta Vara, foi concedido o benefício da liberdade provisória aos indiciados supra referidos;

6. Traslada para estes autos cópia da decisão proferida nos Autos 2003.2530-2 — no qual Valdemir Coelho Brito fora, anteriormente, denunciado, na Justiça Estadual, pela prática do tipo previsto no art. 35 da Lei 9.605, de 12/08/98 —, reafirmando a competência desta Justiça Federal para o processamento do presente feito, malgrado manifestação contrária do *parquet* federal (doc. V);

7. Por fim, foi aberta vista ao MPF da aludida decisão transladada, sendo que, até a presente data, não foi concluído o IPL em tela.

Mister destacar, que a decisão combatida foi

proferida nos Autos 2003.2530-2, sendo determinado o seu traslado para estes autos em razão de apensamento informal existente entre ambos os procedimentos, tendo por finalidade a apreciação da existência de conexão entre eles, em face da similitude entre as matérias, bem como a identidade de uma das partes passivas, qual seja, Valdemir Coelho Brito.

Dito isto, cumpre registrar que aludido *decisum* firmando a competência da Justiça Federal fundamentou-se não só no fato da tentativa delitiva, ali tratada, ter ocorrido em área de domínio federal.

Registro, ainda, que a posição defendida por este Magistrado encontra-se em harmonia com as lições contidas na obra *Competências da Justiça Federal* – Saraiva, 2001 – assinada pela jurista Raquel Fernandez Perrini:

“Portanto, o âmbito de competência da Justiça Federal comum será determinado pelo critério *ratione personae*, levando-se em conta a titularidade do bem jurídico lesado pela conduta típica” (fls. 219).

”Tome-se como exemplo o crime de pesca irregular (arts. 34 e 35 da Lei 9.605/1998), que, em regra, será de competência da Justiça Estadual; todavia, a Justiça Federal comum poderá ser competente para apreciar a matéria, desde que o crime seja praticado dentro das 12 milhas do mar territorial brasileiro ou nos lagos e rios de propriedade da União (art. 20, III, da CF)” (fls. 220).

Por fim:

“É que a competência da Justiça Federal é constitucionalmente expressa, enquanto a Estadual é remanescente ou residual” (fls. 221).

Ora, encontrando-se a Ilha de Itaparica, como ilha costeira que é, dentre as hipóteses elencadas no inc. IV do art. 20 da nossa Carta Magna, como bem da União, permito-me divergir da doutra representação ministerial.

Isto posto, convencido de que informei a V.Exa. tudo quanto necessário ao julgamento deste mandado de segurança, permaneço disponível para quaisquer outros esclarecimentos acaso necessários (fls. 85/87).

A Coordenadoria da Corte Especial e das Seções deste Tribunal Regional Federal certificou, à fl. 102, que “(...) decorreu o prazo legal sem os litisconsortes passivos necessários Valdemir Coelho Brito e Alberto França Cajazeira, devidamente citados, conforme avisos de recebimento juntados às fls. 77 e 78-verso, tenham apresentado contestação”.

O douto Ministério Público Federal ofereceu parecer em que opinou “(...) pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, art. 267, VI, do CPC ou pela denegação da segurança” (fl. 108).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes: — O mandado de segurança ora em análise foi impetrado pelo Ministério Público Federal, com a finalidade, em resumo, de, reconhecida a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o Processo 2003.33.00.026182-4, seja determinada “(...) a remessa dos autos *a quo* ao Judiciário do Estado da Bahia – Vara Criminal da Comarca de Itaparica, BA” (fl. 15).

Ocorre que, ao se examinar a matéria em comento, verifica-se a necessidade de se examinar questão suscitada pelo d. Ministério Público Federal com atuação neste Tribunal Regional Federal, em seu parecer de fls. 104/108, acerca, em síntese, da possibilidade jurídica de o procurador da República, com capacidade postulatória no primeiro grau de jurisdição, impetrar mandado de segurança nesta Corte Regional Federal.

E, *data venia* de eventual posicionamento em contrário, verifica-se que o presente *writ* deve ser extinto, sem resolução de mérito, pela ausência de legitimidade da parte.

Neste sentido, encontra-se pacificada a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, que, *venia concessa*, entendendo aplicável ao caso ora em apreciação, *verbis*:

Processual. Mandado de segurança. Recurso. Legitimidade.

I – A Constituição (art. 103, § 1.) dispõe que tem competência privativa para oficiar perante o Supremo Tribunal Federal, exclusiva e unicamente, o procurador-geral da República, seja como *custos legis* seja como parte. Perante este Superior Tribunal de Justiça atuam o procurador-geral ou

os subprocuradores-gerais, com proibição de outro representante do Ministério Público. Assim, cabe ao procurador-geral de Justiça exercer as suas atribuições junto aos Tribunais de Justiça, podendo delegá-las aos procuradores de Justiça. Os promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos tribunais, e desse modo, para requererem mandado de segurança perante órgão superior de jurisdição.

II – Promotor de Justiça não tem legitimidade para recorrer de decisão proferida por Tribunal de Justiça.

III – Precedentes (STJ – ROMS 199500011301/RS, Relator Ministro Jesus Costa Lima, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 30/08/1995, publicado no *DJ* 25/09/1995, p. 31.120).

– Ementa da decisão de 04/08/1993, Rel. Sr. Min. Américo Luz: Competência. Prática de ato infraconstitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Autos remetidos ao Exmo. Sr. Ministro Presidente, para fins de redistribuição, em face da competência de uma das Turmas da egrégia Terceira Seção do STJ, por se tratar de prática de ato infracional previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Recurso não conhecido.

– Ementa da decisão de 04/04/1994, Rel. Sr. Min. Assis Toledo: Mandado de segurança. Ministério Público. Legitimidade. Capacidade postulatória. Mandado de segurança impetrado, na segunda instância, por promotor de Justiça. Carência de capacidade postulatória para atuar perante órgão superior de jurisdição. Precedente jurisprudencial (RMS 1.722-9/São Paulo). Recurso em mandado de segurança a que se nega provimento. (STJ – ROMS 199100239801/SP, Relator Ministro Assis Toledo, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 04/04/1994, publicado no *DJ* 13/09/1993, p. 18.550).

Merece ser ressaltado, sobre a atuação dos procuradores da República, no âmbito dos órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria, que o art. 70, parágrafo único, da Lei Complementar 75/1993, assim dispõe:

Art. 70. Os procuradores da República serão designados para oficiar junto aos juízes federais e junto aos Tribunais Regionais Eleitorais, onde não tiver sede a Procuradoria Regional da República.

Parágrafo único. A designação de procurador da República para oficiar em órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria dependerá de autorização do conselho superior.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Olindo Menezes, Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Klaus Kushel (convocado). Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e Cândido Ribeiro.

Acrescente-se, ainda, que, na forma do art. 68 da acima referida Lei Complementar 75/1993, “Os Procuradores Regionais da República serão designados para officiar junto aos Tribunais Regionais Federais.”

Nesse contexto, resulta que a atuação do Ministério Público Federal, no âmbito de Tribunal Regional Federal, é feita através de procurador regional da República, o que, ao menos na data da impetração deste mandado de segurança, não era o caso do em. membro do Ministério Público Federal que subscreve a petição inicial de fls. 2/15.

Assim sendo, é de se entender, *data venia* de eventual posicionamento em contrário, não possuir o procurador da República, que oficia em primeiro grau de jurisdição, capacidade postulatória para impetrar o presente mandado de segurança, que constitui processo de competência originária desta Corte Regional Federal.

Assim, verifica-se que o d. Ministério Público Federal, com atuação neste Tribunal Regional Federal, em parecer da lavra da em. Procuradora Regional da República, Dra. Maria Célia Mendonça, bem examinou a questão, quando asseverou:

O Ministério Público Federal, pelo Procurador da República que atua no 1º grau da jurisdição federal, impetra mandado de segurança, apontando como autoridade coatora o Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Bahia, que declarou-se competente para processar e julgar Valdemir Coelho Brito e Alberto França Cajazeira, denunciados pela prática do crime ambiental previsto no art. 34, parágrafo único, da Lei 9.605/1998.

Narra a impetração que o Ministério Público Estadual da Bahia denunciou Valdemir Coelho Brito e Alberto França Cajazeira como incurso nas penas do art. 34, parágrafo único, da Lei 9.605/1998, pela prática tentada, de pesca predatória mediante a utilização de explosivos nas proximidades de um dos manguezais da Ilha do Medo – Itaparica – BA. O juízo de direito da comarca de Itaparica declinou a competência para a Justiça Federal.

O impetrante, intervindo no feito como *custos legis* sustentou a inexistência de lesão a bens, serviços ou interesse da União, apto a firmar a competência da Justiça Federal, opinando pela suscitação do conflito de competência.

A autoridade apontada coatora entretanto

indeferiu o pleito ministerial, declarando-se competente para processar e julgar o denunciado, ao argumento de que o crime ocorreu em área de propriedade da União (ilhas costeiras), de acordo com o art. 20, IV, da Constituição Federal.

O argumento de que se vale o impetrante para sustentar o cabimento da ação mandamental é a ausência de previsão de recurso ou correição contra a decisão que reputa ilegal.

Segundo o impetrante, o processamento de ação penal, por juiz absolutamente incompetente, acarreta manifesto dano pelo vício de nulidade que contamina o processo.

Embora a peça exordial não explicita, porém, dela se pode inferir que o direito líquido e certo dado como violado pela decisão impugnada é o *due process of law* e ao princípio do juiz natural.

Há uma questão preliminar que se antepõe ao exame de mérito da impetração e diz respeito à legitimação do Ministério Público Federal para impetrar mandado de segurança e, especificamente, a inexistência de capacidade postulatória do impetrante.

Impende, de logo, ressaltar que o procurador signatário do presente *writ* não está investido de capacidade postulatória para atuar em processos da competência originária desse Tribunal, sendo de assinalar-se que a sua atuação funcional em juízo está delimitada no art. 70 da LC 75/93 que dispõe:

“Art. 70 – Os Procuradores da República serão designados para officiar junto aos Juizes Federais e junto aos Tribunais Regionais Eleitorais, onde não tiver sede a Procuradoria Regional da República.

Parágrafo único – A designação de Procurador da República para officiar em órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria dependerá de autorização do Conselho Superior.”

A representação da instituição em juízo de 2º grau é atribuída ao Procurador Regional da República como ressaí do art. 68 da LC 75/1993, *verbis*:

“Art. 68 – Os Procuradores Regionais da República serão designados para officiar junto aos Tribunais Regionais Federais.

Parágrafo único – A designação de Procurador Regional da República para officiar em órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria dependerá de autorização do Conselho Superior.”

A egrégese que o Conselho Superior do Ministério Público Federal empresta aos citados

dispositivos está expressa no enunciado 5 a dizer que:

“Constitui infração disciplinar a atuação, perante Tribunal Regional Federal, de Procurador da República ou de Procurador Regional da República quando este estiver, por força do § 2º do art. 270 da LC 75/1993, designado exclusivamente para atuar em primeiro grau (arts. 70 e 240, IV, da Lei Complementar 75/1993).”

Em fundamentação do seu voto no Processo 08100 – 1.00056/93-29 que ensejou a edição do referido enunciado, assim se pronunciou o em. Subprocurador-Geral da República Antônio Fernando de Barros e Silva de Souza:

“Esse Colegiado já decidiu que ‘constitui infração disciplinar a atuação em 1º grau, de Procurador Regional da República designado exclusivamente para officiar junto a Tribunal Regional (arts. 68 e 240, IV, da Lei Complementar 75/1993),’ conforme ressei do Enunciado 1, aprovado na sessão extraordinária de 21/02/94. Se se preserva a área de atuação privativa dos Procuradores da República é igualmente necessário que se resguarde aquela que é própria dos Procuradores Regionais da República.”

O Superior Tribunal de Justiça nas oportunidades em que examinou matéria semelhante concluiu pela ausência de capacidade postulatória do Promotor de Justiça para impetrar mandado de segurança perante órgão de jurisdição superior onde não officia. Cf. RMS 8802/SP, DJ 11/05/1998; RHC 4730/GO; RMS 1421-0/SP; RMS 1719-9/SP; RMS 1722-9/SP; RHC 2576-5; RMS 1428-0/SP.

A ausência de capacidade postulatória do impetrante obsta a prestação jurisdicional de mérito, ante a ausência de uma das condições da ação (legitimidade da parte), conforme preceitua o art. 267, VI, do CPC.

Entretanto, se o apontado obstáculo for ultrapassado, opina este órgão ministerial pela denegação da segurança à vista das seguintes considerações.

Efetivamente, está consolidada a jurisprudência que admite a via mandamental para impugnar ato judicial, inclusive os atos jurisdicionais de natureza penal.

Entretanto, esse entendimento jurisprudencial que se construiu para emprestar exegese mais correta ao art. 5º, II, da Lei 1533/1951, exige o atendimento de certos pressupostos.

Em primeiro lugar, a segurança só é cabível contra ato ilegal ou abusivo de poder e violador de direito líquido e certo.

A nosso ver a impetração não atende aos

pressupostos constitucionais nem aos requisitos específicos exigidos pela jurisprudência, ante a ausência de demonstração do dano, não desincumbindo-se o impetrante de demonstrar a feição teratológica da decisão impugnada. Poder-se-á dizer que a questão competencial na hipótese de crime ambiental é controvertida; porém, teratológica não.

Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, art. 267, VI, do CPC ou pela denegação da segurança (fls.104/108).

Diante disso, julgo o presente feito extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

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

É o voto.

Terceira Seção

Embargos de Declaração na Ação Rescisória

2000.01.00.074218-0/DF

| | |
|---------------------|---|
| Relator: | O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira |
| Relator p/ acórdão: | O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente |
| Embargante: | Caixa Econômica Federal – CEF |
| Advogado: | Dr. João Cardoso da Silva |
| Embargados: | Márcia Barbosa Safe de Matos e outros |
| Advogados: | Dra. Zoraide de Castro Coelho e outro |
| Publicação: | DJ 2 de 13/07/2006 |

Ementa

Processual Civil. Embargos de declaração. FGTS. Sucumbência recíproca. Omissão e contradição inexistentes. Harmonização do julgado embargado com o entendimento jurisprudencial já uniformizado sobre a matéria. Caráter excepcional. Embargos acolhidos em homenagem ao princípio da razoabilidade da tutela jurisdiccional.

I – A pretensão recursal consistente na compensação da verba honorária fixada no acórdão embargado possui natureza infringente do julgado e, por isso, incompatível com a via dos embargos de declaração, que somente se prestam para suprir omissão, obscuridade, contradição e/ou erro material, hipóteses não caracterizadas, na espécie.

II – Pleiteada, na inicial, a concessão de 4 (quatro) índices distintos, relativos à correção de conta vinculada ao FGTS, e deferidos apenas 2 (dois) deles, há evidente sucumbência parcial para ambas as partes, devendo a verba honorária ser compensada, de forma recíproca e proporcional (CPC, art. 21, *caput*), conforme entendimento jurisprudencial já pacificado em nossos tribunais, a autorizar, em caráter excepcional, a adaptação do julgado, que deixara de observar o aludido dispositivo legal, na espécie dos autos.

III – Embargos de declaração providos.

Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 13/06/2006.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de embargos de declaração opostos pela Caixa Econômica Federal contra o v. acórdão da colenda Terceira Seção deste eg. Tribunal, que, por maioria, julgou parcialmente procedente a presente ação rescisória para desconstituir, também, parcial-

mente, o julgado rescindendo, e reconhecer a procedência parcial do pleito formulado pelos autores, nos autos de origem, aplicando-se o enunciado da Súmula 252/STJ, concedendo-se-lhes a correção dos saldos de suas contas vinculadas ao FGTS nos seguintes percentuais: “Plano Verão” (janeiro/1989 – 42,72%) e “Collor I” (abril/1990 – 44,80%), abatendo-se o que restar comprovado, nos autos, como já pago pela CEF,

tudo acrescido do reembolso das custas processuais, de juros moratórios, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação (Súmula 46/TRF – 1ª Região), até a vigência da Lei 10.406, de 10/01/2002, observando-se, a partir daí, o disposto no art. 406 da aludida lei, que instituiu o novo Código Civil, e também de honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação e nas demais custas processuais (fls. 113/139).

Em suas razões recursais, sustenta a Caixa Econômica Federal que, não obstante o reconhecimento apenas parcial do pedido formulado na inicial, o acórdão embargado fixou a condenação da verba honorária no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, omitindo-se, contudo, quanto à aplicação da regra do art. 21, *caput*, do CPC, em face da sucumbência recíproca ocorrida, na espécie.

Requer, assim, o provimento dos presentes embargos declaratórios, a fim de que seja suprida a omissão em referência (fls. 141/142).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — A pretensão recursal deduzida pela Caixa Econômica Federal, no sentido de se determinar a compensação da verba honorária fixada no acórdão embargado, possui natureza eminentemente infringente do julgado, a desautorizar a sua veiculação por meio de embargos de declaração, os quais somente se prestam para suprir eventual obscuridade, omissão, contradição e/ou erro material do julgado embargado, hipótese não ocorrida, na espécie.

De outra banda, verifica-se que, efetivamente, o pedido inicialmente formulado pelos autores foi acolhido apenas parcialmente, condenando-se a Caixa Econômica Federal no pagamento da correção monetária dos saldos existentes em suas contas vinculadas ao FGTS, mediante a aplicação de apenas dois dos quatro índices postulados na peça vestibular, a caracterizar, na espécie, a hipótese prevista no art. 21,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira e Fagundes de Deus.

caput, do CPC, em virtude da ocorrência de sucumbência recíproca, conforme entendimento já pacificado em nossos tribunais.

Com estas considerações e a fim de adaptar o julgado embargado ao entendimento jurisprudencial já uniformizado sobre a matéria, dou provimento, em caráter excepcional, aos presentes embargos de declaração, a fim de que a verba honorária fixada no acórdão embargado seja compensada entre as partes, na proporção de suas sucumbências, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC.

Este é meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, também, embora inicialmente na Turma tenha ficado vencido na questão da admissão de embargos de declaração com efeitos infringentes, posteriormente passei a acompanhar o entendimento majoritário e, hoje, acompanho o eminente Relator. E também entendo, como disse o eminente Juiz Federal Leão Aparecido Alves, que, no caso, houve omissão, sim, quanto à sucumbência recíproca, porque, se a procedência da ação foi parcial, o acórdão deveria ter se pronunciado sobre a sucumbência recíproca.

Assim, como maior razão, dou provimento aos embargos de declaração.

Ratificação de Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves: — Como eu disse, Vossa Excelência tem razão, não se omitiu sobre os honorários, mas se omitiu sobre a sucumbência recíproca.

Então, para suprir essa omissão, acompanho o eminente Relator, *data venia* do voto de Vossa Excelência.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, ouvi, com atenção, o voto do eminente Relator, mas, *data venia*, não comungo com o mesmo entendimento.

No âmbito da 5ª Turma, tenho dado, como sempre dei, desde que era Juíza de 1º grau, uma interpretação estrita relativamente ao cabimento dos embargos declaratórios. Se não há omissão ou contradição, não é possível dar provimento aos embargos para o efeito de adaptar o julgado ao entendimento jurisprudencial, depois uniformizado sobre a matéria.

Dessa feita, rejeito os declaratórios da Caixa Económica Federal.

Quarta Seção

Embargos Infringentes em Apelação Cível

1998.01.00.095992-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa
Embargante: Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários – INVESTCORP S/A
Advogados: Dr. Antônio Carlos Dantas Ribeiro e outros
Embargado: Banco Central do Brasil – BACEN
Procurador: Dr. Ricardo Ferreira Balota
Embargada: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: DJ 2 de 21/07/2006

Ementa

Processual Civil. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Lei 10.352/2001. Cabimento. Documento indispensável à propositura da ação. Resgate de ORTN. Decretos-Lei 2.883/1986 e 2.884/1986.

I – Não se conhece de embargos infringentes no qual se postula que prevaleça o entendimento esposado por um dos membros do órgão julgador em questão de ordem discutida.

II – Nas ações em que se discute o valor a ser aplicado ao resgate de ORTNs, o documento indispensável à propositura da ação é todo aquele que comprove a existência e propriedade das aludidas obrigações como, por exemplo, o certificado de aquisição dos títulos e extratos de movimentação diária de conta junto ao Sistema Especial de Liquidação de Custódia do Banco Central.

III – As Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional emitidas antes e na vigência do Decreto-Lei 2.283/1986 devem ser reajustadas segundo os preceitos deste decreto. O reajuste de tais obrigações pelos critérios estabelecidos no Decreto-Lei 2.284/1986 ofende direito adquirido dos titulares dos aludidos títulos.

IV – Embargos infringentes parcialmente conhecidos e, nesta parte, provido para fazer prevalecer o voto vencido.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer em parte dos embargos infringentes e, nesta parte, dar-lhe provimento.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 31/05/2006.

Desembargador Federal *Leomar Amorim*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Leomar Amorim*:
— Investicorp S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários opõe *embargos infringentes* ao acórdão da colenda Terceira Turma deste Tribunal, da lavra do insigne Desembargador Federal Eustáquio Silveira, assim ementado (fl. 316):

Processual Civil e Tributário. DLs 2.283/1988 e 2.284/88. Documento indispensável à propositura da ação. Certificado representativo das ORTNs. Ausência. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

1. Nas ações em que se discute o valor de resgate de ORTNs, além da prova de sua propriedade é indispensável saber-se a data em que foram emitidos.

das, pois somente de posse dessa informação poder-se-á decidir qual a norma legal aplicável ao caso.

2. Os certificados representativos das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional são, portanto, documentos indispensáveis à propositura da ação (arts. 283 e 284 do CPC).

3. Não supre a necessidade dos certificados de aquisição das ORTNs, a juntada de simples cópia, sem autenticação, de extrato de movimentação de um dia. A ausência de tais certificados leva à extinção do processo sem julgamento do mérito. (AC 1998.01.00.095992-1/DF, Rel. Juiz convocado Flávio Dino, Rel. p/ acórdão Desembargador Federal Eustáquio Silveira, Terceira Turma, DJ de 15/12/00, p. 73).

O aludido acórdão foi integrado pelo julgamento dos embargos de declaração assim ementado (fls. 324/328):

Embargos de declaração. Erro material. Inexistência.

1. Não exhibe erro material o acórdão que considera ausente documento indispensável à propositura da demanda, em desacordo com a compreensão do embargante.

2. Os embargos declaratórios não se prestam à reforma do julgamento.

3. Se o julgamento foi por maioria, o acórdão não pode consignar que houve unanimidade.

4. Embargos acolhidos parcialmente. (EDAC 1998.01.00.095992-1/DF, Rel. Juiz Evandro Reimão dos Reis (convocado), Terceira Turma Suplementar, DJ de 06/06/2002, p. 279).

Restou vencido o ilustre relator, Juiz Federal Flávio Dino (convocado.), que negou provimento às apelações e à remessa oficial, baseando-se no entendimento de que “o valor creditado pelo Bacen, com base no Decreto-Lei 2.284/1986, feriu direito adquirido da apelada, derivado do Decreto-Lei 2.283/1986”.

A embargante opõe os presentes embargos infringentes sustentando a existência de duas divergências no acórdão: a primeira, em que ficou vencido o Desembargador Federal Eustáquio Silveira, relativa à questão de ordem em que se discutiu a competência da Turma Extraordinária para o julgamento do processo; e a segunda relativa à ausência de documento essencial à propositura da ação, em que restou vencido o Juiz Federal Flávio Dino, relator convocado.

No que pertine à questão de ordem, cumpre esclarecer o que se segue.

O julgamento deste processo foi iniciado na sessão de 11/05/2000 na Turma Extraordinária, sob a relatoria do i. Juiz Federal Flávio Dino (convocado). Nessa sessão, após o voto do relator, o Desembargador Federal Eustáquio Silveira pediu vista dos autos. Quando reiniciado o julgamento, em 19/09/2000, o então relator, Juiz Federal Flávio Dino, já não estava mais convocado nesta Corte. Diante dessa situação, o Desembargador Federal Eustáquio Silveira levantou questão de ordem para se saber qual o magistrado, em substituição ao relator, deveria se pronunciar sobre a preliminar que estava sendo, naquela assentada de 19/09/2000, trazida ao conhecimento do órgão julgador.

Entendeu o i. Desembargador Federal Eustáquio Silveira que, na ausência do então relator convocado, o membro efetivo do órgão judicial deveria prosseguir no julgamento do recurso, no que ficou vencido.

Prevaleceu o entendimento esposado pelo Desembargador Federal Olindo Menezes no sentido de que “na ausência de uma previsão regimental específica, deve o processo ter o seu julgamento seqüenciado e ultimado em uma sessão da Turma Extraordinária, levando em conta que, mesmo não estando mais convocado o Sr. Juiz Flávio Dino, Relator do processo, ali judica, atualmente, na mesma condição em que o fazia o Relator, isto é, a de juiz convocado, a eminente Sra. Juíza Federal Nilza Reis” (fl. 309).

Pede, assim, a embargante que prevaleça o entendimento sustentado pelo Desembargador Federal Eustáquio Silveira na questão de ordem para se declarar que a Turma Extraordinária não era competente para o prosseguimento do julgamento, anulando-se o julgamento (fls. 331/333).

Quanto à divergência relativa ao mérito, postula a embargante seja o presente recurso conhecido e provido, a fim de que prevaleça o voto vencido, ao fundamento essencial de que, ao analisar o mérito, o relator rejeitou a preliminar de não-comprovação da propriedade dos títulos (fls. 333/338).

Os embargos foram admitidos (fl. 350).

O Banco Central ofereceu impugnação aos embargos infringentes, sustentando a inexistência de nulidade no julgamento do recurso e requerendo a manutenção do acórdão embargado (fls. 341/346).

A União deu-se por ciente da intimação (fl. 348).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim:
— Os embargos infringentes, na dicção do art. 530 do CPC, pressupõem a existência de acórdão não unânime que houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.

Por isso, é pressuposto do recurso, que tem a função de dar certa conformidade às decisões dos órgãos fracionários do Tribunal, a demonstração da divergência em ordem a que se possa definir a *tese prevalente para a solução da causa*.

Portanto, a divergência instalada no julgamento da apelação, que é pressuposto inafastável para o conhecimento do recurso, é aquela existente entre os votos proferidos para a solução do mérito da causa.

Sendo assim, não conheço dos embargos infringentes no que se refere ao pedido de que prevaleça o entendimento esposado pelo Desembargador Federal Eustáquio Silveira na questão de ordem em que se discutiu a competência da Turma Extraordinária para a continuidade do julgamento do recurso, pelo simples fato de que a alegada divergência não se constitui em tese apresentada para a solução da causa.

Não fora isso, ainda que se admita o conhecimento da matéria neste momento, por força de possível nulidade no julgamento do presente processo pela Turma Extraordinária, não vejo como acolher a tese sustentada pela embargante, pois não vislumbro qualquer vício no aludido julgamento. Como bem asseverou o i. Desembargador Federal Olindo Menezes, “na ausência de uma previsão regimental específica, deve o processo ter o seu julgamento seqüenciado e ultimado em uma sessão da Turma Extraordinária, levando em conta que, mesmo não estando mais convocado o Sr. Juiz Flávio Dino, Relator do processo, ali judica, atualmente, na mesma condição em que o fazia o Relator, isto é, a de juiz convocado, a eminente Sra. Juíza Federal Nilza Reis” (fl. 309). Entendo que essa foi a melhor solução aplicável à dúvida suscitada pelo e.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juízes Daniele Maranhão Costa Calixto Rafael Paulo Soares Pinto (convocados). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias.

Desembargador Federal Eustáquio Silveira.

Quanto ao mérito, pretende a embargante que, no caso, prevaleça o voto vencido do Juiz Federal Flávio Dino (convocado.), que negou provimento às apelações da União e do Banco Central e julgou prejudicada a remessa oficial para manter a sentença que julgou procedente o pedido para condenar os réus a pagarem à autora a quantia correspondente à diferença entre o valor devido e o efetivamente pago pelas ORTNs vencidas em 15/03/1987 e 15/04/1987.

No julgamento da causa, entretanto, a tese vencedora, desenvolvida no voto do então Desembargador Federal desta Corte Eustáquio Silveira, limitou-se a sustentar que, ante a ausência de documento essencial à propositura da ação, que ele reputou ser o certificado de aquisição das ORTNs, o processo deveria ser extinto sem julgamento do mérito.

Tal questão não foi tratada no voto do Juiz Federal Flávio Dino (convocado.). E a recorrente, podendo exigir a elucidação da omissão, deixou fluir o prazo para os embargos de declaração. Os embargos opostos, ao contrário, objetivaram o rejuízo da causa, tão-somente. O certo é que não há divergência explícita, dado que o acórdão embargado considerou que o processo deveria ser extinto sem julgamento do mérito porque ausente documento indispensável à propositura da ação, no caso, o certificado de aquisição das ORTNs. O voto vencido não tratou de tal tema. Por isso, a rigor, não há divergência.

Entretanto, esta Seção tem admitido, no caso, que existe divergência implícita entre o voto vencido e o acórdão. Conquanto não concorde com tal entendimento, rendo-me à compreensão da maioria.

Passo, então, ao exame do mérito.

A questão controvertida que se coloca é saber se, nas ações em que se discute o valor a ser aplicado ao resgate de ORTNs, o certificado representativo das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional é o único documento idôneo a embasar o pedido ou se outros documentos, como os extratos de movimentação bancária, se mostram igualmente idôneos à propositura da ação.

O voto vencedor entendeu que, na espécie, o certificado representativo das ORTNs, porque idôneo a comprovar a propriedade das ORTNs e as datas da suas emissões, constitui-se de documento indispensá-

vel à propositura da ação, vez que “somente de posse dessa informação poder-se-á decidir qual a norma legal aplicável ao caso”.

Entendo, todavia, que a melhor solução ao presente caso foi ofertada pelo voto vencido que, apreciando o mérito, julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que o Decreto-Lei 2.283/1986, publicado em 11/03/1986, vigorou “durante o período compreendido entre 28 de fevereiro e 10 de março de 1986, o qual fixou as ORTNs em Cz\$ 106,40, independentemente da data de emissão, ou seja, atingindo aquelas emitidas antes daquele período” (fl. 304).

A respeito da inteligência do art. 283 do CPC, o e. STJ já manifestou entendimento no sentido de que não se deve confundir documento indispensável à propositura da ação com documento essencial ao deslinde da controvérsia que pode ser produzido no momento oportuno.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

Petição inicial. Documento essencial. Inteligência do art. 283 do Código do Processo Civil. Precedente da Corte.

1. O art. 283 do Código do Processo Civil, como acentuado pelo acórdão recorrido, não tem o alcance de substituir a prova do fato no momento processual próprio, sendo certo que a prova documental, ao contrário do que pretende a empresa, não se esgota com a petição inicial. De fato, está correto o acórdão recorrido quando assevera que prova indispensável não equivale a documento essencial.

2. Em precedente, a Corte decidiu que: “se a ação não requer, para sua propositura, como instrução da inicial, documentos ditos indispensáveis pela substância da relação jurídica que se controverte, outros tantos sem essa conotação poderão embasar a convicção do magistrado.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp 107.109/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 28/04/1998, DJ03/08/1998, p. 219.)

A autora, ora embargante, juntou cópia de extrato de movimentação diária de conta de sua titularidade junto ao Sistema Especial de Liquidação de Custódia do Banco Central (fls. 27/28). Tal documento, que registra ordem única de resgate (Código 1.012) de valores correspondentes a 2.650.000 títulos com vencimento em 15/03/1987 e 15/04/1987, mostra-se idôneo a comprovar a propriedade das obrigações.

Como afirmado pela embargante, “se a A. não fosse proprietária, qual seria a razão do Banco Central do Brasil depositar determinada quantia na conta da A.” (fl. 148).

Sendo assim, reputo suprida a exigência do art. 283 do CPC com a apresentação dos extratos de movimentação de conta de titularidade da autora junto ao Sistema Especial de Liquidação de Custódia do Banco Central.

De outro lado, a simples alegação de que o referido documento foi apresentado por cópia, sem qualquer impugnação quanto à sua autenticidade, não tem o condão de afastar a idoneidade da prova.

Destaco que, no caso, intimados à produção de provas, a autora requereu a prova pericial, cuja produção foi indeferida pelo juízo *a quo* (fl. 163) e confirmada pelo Tribunal (fls. 169/171). O Banco Central, por outro lado, pediu o julgamento antecipado da lide (fl. 158) e a União apenas refutou o pedido da autora (fl. 162 verso).

Não ignoro a importância da certificação da data da emissão dos títulos, mas entendo de todo razoável a realização desta prova na liquidação do julgado. A possibilidade de se postergar a apresentação de prova na fase de liquidação é admitida por esta Corte, como se pode verificar dos seguintes precedentes:

FGTS. Ação destinada à recomposição de correção monetária e juros. Índices de 42,72% (janeiro/1989) e 44,80% (abril/1990). Jurisprudência do STF e do STJ. Extratos. Multa diária. Cabimento. Juros de mora. Honorários advocatícios (MP 2.164-40/2001).

1. Os extratos de conta não são documentos indispensáveis à propositura de ação destinada à recomposição de perdas do FGTS, admitindo a jurisprudência deste Tribunal que a prova da existência de saldo à época dos expurgos inflacionários seja postergada para a liquidação da sentença.

(...)

7. Apelação da Caixa Econômica Federal parcialmente provida isentá-la do pagamento de honorários advocatícios. (AC 2001.36.00.009651-0/MT, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 04/05/2006, p. 20)

Processo Civil e Tributário. Embargos à execução. Inépcia da petição inicial não configurada. Alíquota aplicável ao crédito-prêmio do IPI. Preclusão. Legitimidade da resolução CIEX 2/79. Índice de conversão OTN/BTN. Crédito fiscal. Guias

de exportação como meio de prova do fato gerador. Juntada de documentos na fase de liquidação. Expurgos inflacionários: aplicabilidade. Correção monetária. Juros de mora e taxa Selic. Litigância de má-fé.

(...)

7. É legítima a juntada de documentos, na liquidação de sentença, relativos ao crédito-prêmio do IPI, para comprovar a exportação havida. Precedentes desta Corte.

(...)

13. Apelação provida em parte. (AC 2000.01.00.063761-8/DF, Rel. Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz (convocado), Sétima Turma, *DJ* de 05/05/2006, p. 59.)

Assim, conheço parcialmente dos embargos infringentes e, na parte conhecida, dou provimento para fazer prevalecer o voto vencido do Juiz Federal Flávio Dino que, considerando que o valor creditado pelo Bacen, com base no Decreto-Lei 2.284/1986, feriu direito adquirido da apelada, derivado do Decreto-Lei 2.283/1986, negou provimento aos apelos da União e do Bacen e julgou prejudicada a remessa oficial, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

É o voto.

Primeira Turma

Apelação em Mandado de Segurança

1998.01.00.094253-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado
Relatora: A Exma. Sra. Juíza Simone dos Santos Lemos Fernandes (convocada)
Apelante: Fernando Silveira Massote
Advogados: Dr. Joab Ribeiro Costa e outros
Apelada: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
Procuradores: Dra. Anamaria Pederzoli e outros

Ementa

Administrativo. Servidor público. Instauração de procedimento disciplinar. Pretensão de arquivamento sumário. Alegação de vício de procedimento. Ausência. Dever de apuração da Administração.

I – Não padece de nulidade o procedimento administrativo disciplinar que obedece a todas as formalidades legais para a sua instauração.

II – Para fins de responsabilização administrativa, o arquivamento sumário de denúncia contra servidor somente é previsto na hipótese de evidente ausência de infração disciplinar ou ilícito penal, nos termos do disposto no art. 144, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, consubstanciando dever legal da Administração a abertura de inquérito para a apuração das supostas irregularidades.

III – Não resta configurada a suspeição de membro da comissão de inquérito administrativo pelo só fato de, na condição de procurador-geral da entidade, haver exarado seu de acordo com parecer técnico que recomenda a instauração do procedimento disciplinar contra o impetrante; o mero desempenho de atribuição funcional não caracteriza parcialidade ou interesse na solução do contencioso administrativo.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Juíza Relatora convocada.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 28/06/2006.

Juíza Federal *Simone dos Santos Lemos Fernandes*, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Simone dos Santos Lemos Fernandes: — Trata-se de recurso de apelação interposto por Fernando Silveira Massote de sentença (fls. 150/154) proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 6ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que denegou a segurança, impetrada com o objetivo de suspender a tramitação de inquérito administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante.

Sustenta o apelante (fls. 199/203), em síntese, a ausência de justa causa para a instauração de inquérito administrativo visando à apuração de conduta supostamente ofensiva sua, com base simplesmente nas declarações constantes da sua peça de defesa, apresentada em anterior processo de sindicância para verificação de incidentes ocorridos entre o apelante, professor da UFMG, e seus alunos do Primeiro Ciclo da Área de Ciências Sociais. Ademais, alega vício do procedimento, porquanto a comissão disciplinar for-

mada é composta por servidor que emitiu parecer favorável à instauração do inquérito hostilizado, sendo, portanto, pessoa suspeita para integrá-la.

Com contra-razões (fls. 207/208), subiram os autos a esta Corte.

Nesta instância, opina o Ministério Público Federal pelo não-provimento da apelação (fl. 212).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sr. Juíza Simone dos Santos Lemos Fernandes: — Presentes os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade, conhecimento do apelo, mas nego-lhe provimento.

Trata-se de pretensão de professor da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, objetivando a suspensão de processo administrativo disciplinar instaurado em virtude de representação dos membros de Comissão de Sindicância, que entenderam terem sido atingidos na sua honra, moral e dignidade pelo impetrante, que teria demonstrado “elevada falta de ética”, no curso da Sindicância formalizada para esclarecer fatos ocorridos entre o referido professor e seus alunos.

A apuração de suposta infração disciplinar cometida por servidor constitui dever da Administração, que, tomando conhecimento do ato ou fato desviante, minimamente plausível, tem o dever de abrir procedimento administrativo com vista à investigação da denúncia, verificação dos fatos, identificação da autoria e capitulação da infração. Não existe para a Administração, nesse contexto, margem de escolha, consubstanciando-se em verdadeiro ato vinculado, do qual não pode se afastar a autoridade, nos exatos termos do art. 143 da Lei 8.112/1990, *in verbis*: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

Além disso, a norma de regência prevê como

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Manoel José Ferreira Nunes (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado.

única hipótese de arquivamento sumário do procedimento a ausência de evidência de infração administrativa ou ilícito penal, consoante dispõe o art. 144 do mesmo diploma legal:

Art.144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

No caso em exame, não se verifica tal hipótese, uma vez que o servidor está sendo indiciado por suposto descumprimento de dever funcional de lealdade e conduta ética no trato com a instituição e seus colegas de trabalho, o que, a se confirmar, configuraria nítida infração disciplinar, nos termos do disposto no art. 116, incisos II, IX e XI, da Lei 8.112/1990, punível com a pena de advertência (art. 129). Portanto, não há que se falar em falta de objeto do procedimento, a justificar o seu arquivamento sumário.

A propósito, transcrevo por sua adequação ex-certo do fundamento da sentença recorrida que decide a matéria em exame:

A responsabilização dos servidores é dever genérico da Administração, que, conforme a gravidade da infração a apurar e da pena aplicável, disporá do meio adequado, que vai desde o processo administrativo disciplinar até a apuração sumária da falta, através de simples sindicância, mas, em qualquer hipótese, com a garantia de ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

Para controle da conduta de seus agentes e solução de controvérsias dos administrados, utilizam-se de vários procedimentos, denominados processo administrativo, que, em suas fases, se desenvolvem nesta ordem: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. (...)

A Comissão de Sindicância, por sua vez, considerou os fatos ocorridos no curso da sindicância como atentatórios à honra, moral e dignidade dos membros, ensejando a representação para abertura de processo administrativo disciplinar, cumprindo o dever legal de levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades. (...)

Com relação à Portaria 12/1998, de 13/04/1998, a autoridade, considerando os arts. 143, 149, 153, 154 e 155 da Lei 8.112/1990 e o pedi-

do de representação (Processo 13.072.054558/97-36), designou três professores universitários, sob a presidência de José Luiz Quadros Magalhães, destinada a dar andamento à representação contra o impetrante, que foi publicada no órgão oficial (MG – 07/05/1998 – fl. 80).

O impetrante suscita uma ilegalidade, referente à Presidência da Comissão, por tratar-se de um dos subscritores do ‘parecer’ opinativo da instauração do processo disciplinar, o que não procede.

O “parecer” administrativo é apenas manifestação de caráter opinativo, não vinculando a Administração à sua motivação ou conclusão, salvo se aprovado por ato subsequente. Constitui-se em manifestação de órgão técnico a respeito de determinado assunto submetido à sua consideração. (Fls. 192/193.)

Como bem analisou o MM. juiz sentenciante, o procedimento administrativo instaurado contra o impetrante não padece de vício formal algum, seja quanto às partes, objeto, forma, competência e motivo, não se justificando, pois, a sua pretendida suspensão.

Quanto ao elemento da competência, é de se ressaltar, na linha do entendimento declinado pelo MM. juiz *a quo*, que não há ilegalidade alguma no fato de a comissão de inquérito ser composta por servidor que tenha emitido prévio parecer recomendando a instauração do referido inquérito.

Na espécie, eventual suspeição, caso existisse, seria dos autores da representação, quais sejam, os professores que compuseram a anterior comissão de sindicância formada para apuração de fatos havidos entre o impetrante e seus alunos, pois estes sim, como envolvidos na situação, seriam parte interessada no inquérito.

Ao contrário, o professor nomeado presidente da Comissão de Inquérito, José Luiz Quadros de Magalhães, na qualidade de Procurador-Geral da UFMG, tão-somente exarou o seu de acordo com o parecer emitido pelo Procurador Manoel Francisco Tavares (fls. 34/35), que recomendava a instauração de novo procedimento administrativo. Como se vê, trata-se de mero cumprimento de atribuição funcional, que não sugere eventual interesse eu ou parcialidade na apuração dos fatos, de modo a configurar a alegada suspeição para compor a comissão processante.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2003.33.00.017318-6/BA

Relator: O Exm. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves
Apelante: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS
Procurador: Dr. Antonio Roberto Basso
Apelado: Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal do Estado da Bahia – SINTSEF/BA
Advogado: Dr. Luís Augusto Seixas e outros(as)
Publicação: DJ 2 de

Ementa

Processual Civil. Irregularidade de representação judicial. Entidade sindical. Procuração firmada por pessoas sem poderes de representá-la judicial ou extrajudicialmente.

I – Estabelecendo disposição estatutária da entidade sindical que à Diretoria Executiva compete representá-la judicial e extrajudicialmente, com poderes para nomear mandatário, irregular a outorga de procuração a advogado por membros da Coordenação de Assuntos Jurídicos, da Coordenação Geral e da Coordenação de Administração.

II – Irregularidade em momento algum sanada pela parte, insistindo ela na legitimidade de sua representação processual.

III – Recurso de apelação a que se dá provimento.

IV – Processo extinto, sem resolução de mérito.

Acórdão

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

2ª Turma do TRF 1ª Região – 28/06/2006.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — O Departamento Nacional de Obras Contra as Secas manifesta recurso de apelação contra r. sentença do Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia que, em ação sob procedimento ordinário proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal naquela unidade federada, em favor dos sindicalizados constantes na relação de fls. 39/42, após rejeitar questões preliminares de irregularidade de representação judicial e ausência de interesse de agir, e acolher a prejudicial de prescrição no tocante

às prestações anteriores ao quinquênio pretérito ao ajuizamento da ação, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na lide, determinando:

(...) o pagamento, aos substituídos indicados na relação de fls. 39/42, da diferença salarial decorrente da supressão do reajuste devido no mês de maio de 1995, no percentual de 3,17% (três vírgula dezessete por cento), incidente sobre a totalidade das verbas que integram seus vencimentos, tais como gratificações, férias, 13º salário, tudo devidamente corrigido e respeitada a prescrição quinquenal.

Juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Deixo de remeter a sentença para o reexame necessário do TRF da 1ª Região, em face da Súmula 9 da Advocacia Geral da União e da Medida Provisória 2.180-35 (fls. 547/548).

Insistindo na questão preliminar de irregularidade da representação, sob fundamento de que o instrumento procuratório outorgado ao advogado haveria de ter sido firmado por todos os membros da Diretoria Executiva da entidade sindical, impugna ainda o julgado em relação à taxa dos juros de mora e aos honorários advocatícios, sustentando, outrossim, a necessidade de observância à compensação com valores pagos, no âmbito administrativo, a título do objeto da lide.

Contra-razões às fls. 565/568.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Estabelece o art. 42, alínea *a*, do Estatuto do Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal do Estado da Bahia que à Diretoria Executiva do ente sindical compete representá-lo judicial e extrajudicialmente, com poderes para constituir mandatário mediante procuração, conforme deixa ver o documento reproduzido por fotocópia às fls. 18/38, sendo certo que, no caso em exame, nenhum dos membros de tal diretoria subscreveu o instrumento procuratório reproduzido por fotocópia à fl. 7, firmado por membro da Coordenação Geral, da Coordenação de Administração e da Coordenação de Assuntos Jurídicos. E embora tenha sido suscitada a irregularidade na peça contestatória, em nenhum momento se preocupou o autor em sanar o defeito em sua representação processual, preferindo sustentar a legitimidade da mesma, conforme réplica de fls. 535/541, circunstância que autoriza a reforma do julgado singular, pois, ainda quando se admitisse, como o fez a ilustre autoridade judiciária de primeiro

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto, convocado para compor *quorum* e a Exma. Sra. Juíza Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros (convocada). Ausentes, por motivos de férias, os Exmos Srs. Des. Federais Aloísio Palmeira Lima e Neuza Maria Alves da Silva. Impedida, a Exma Sra. Juíza Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada).

grau, para repelir a questão preliminar suscitada pela ré, que a norma estatutária não exige assinatura, na procuração, de todos os membros da Diretoria Executiva, haveria o instrumento de ser firmado ao menos por um deles, circunstância inócurrenente na hipótese em causa.

A sentença recorrida não se encontra em harmonia com a orientação jurisprudencial desta Corte, de que são exemplo os precedentes a seguir reproduzidos por suas respectivas ementas:

Processual Civil. Sindicato. Ajuizamento da ação na condição de substituto processual. Irregularidade na procuração. Processo extinto sem exame do mérito.

1. Sendo irregular o instrumento de procuração, em razão da falta de assinatura de todos os membros da Diretoria Executiva do Sindicato, como determinado pelo art. 42 do estatuto da entidade sindical, a preliminar de irregularidade de representação argüida pela União merece ser acolhida.

2. Processo extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC” (AC. 2001.33.00.019787-5/BA, Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Turma, DJ15/03/2004, p. 17).

Administrativo. Reajustes: 3,17%. Sindicato. Defeito de representação. Extinção do processo sem exame do mérito.

1. Estabelecendo o Estatuto do Sindicato que a competência para defender os interesses da categoria é da Diretoria Executiva, a procuração conferindo poderes a advogado deverá ser assinada por todos os seus membros, não tendo a Coordenação de Assuntos Jurídicos competência substitutiva.

2. Se o sindicato autor, devidamente intimado para sanar a irregularidade, não atende à intimação, correta a extinção do feito sem exame do mérito.

3. Apelação não provida (AC 2001.33.00.011863-1/BA, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 2ª Turma, DJ03/02/2003, p. 183).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de apelação para, acolhendo a questão a preliminar de irregularidade de representação judicial, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, termos do quanto disposto no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Terceira Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2000.34.00.007945-7/DF

| | |
|-----------------------|---|
| Relator: | O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto |
| Relator para acórdão: | O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes |
| Apelante: | Banco Central do Brasil – BACEN |
| Procurador: | Dr. Valdinei Tomiatto |
| Apelada: | Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo |
| Procuradores: | Dr. Yuri Carajelescov e outros |
| Publicação: | DJ 2 de 28/07/2006 |

Ementa

Constitucional e Processual Civil. Assembléia Legislativa. Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI. Quebra de sigilo bancário. Mandado de segurança. Competência.

I – Decidiu o STF, no exame da Ação Civil Originária 730-5/RJ, que as comissões parlamentares de inquérito, constituídas nas assembleias legislativas, têm competência para decretar quebra de sigilo bancário, independentemente de ordem judicial; e, em questão de ordem relativa ao mesmo feito, que o mandado de segurança contra ato do Banco Central, que eventualmente se recuse a atender a tal pleito, deve ser julgado naquela Corte Maior, em face da potencialidade do ato para ofender ao pacto federativo.

II – Extinção do processo sem resolução do mérito.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, extinguir o processo sem resolução do mérito.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 30/06/2006.

Desembargador: Federal *Olindo Menezes*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Trata-se de apelação interposta pelo Banco Central do Brasil contra sentença proferida em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, objetivando provimento judicial, no sentido de determinar à autoridade coatora “que encaminhe à Comissão Parlamentar de Inquérito constituída no âmbito do Poder Legislativo do Estado de São Paulo com a finalidade de apurar organizações que atuam no narcotráfico no Estado de São Paulo, na figura de seu Presidente, o Deputado Estadual Dimas Ramalho, estudos e

análises levados a efeito pelo Banco Central do Brasil, autarquia federal, circunscritos ao Estado de São Paulo, que foram enviados à Comissão Parlamentar de Inquérito instalada com a mesma finalidade investigatória no âmbito da Câmara dos Deputados”.

2. A MMA. Juíza Federal Substituta da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Lília Botelho Neiva Milhomens, concedeu a segurança “para determinar que a autoridade coatora encaminhe à impetrante, no prazo de 5 (cinco) dias, na pessoa de seu Presidente, Deputado Estadual Dimas Ramalho, as informações objeto de análise e estudo pelo Banco Central do Brasil, circunscritas ao Estado de São Paulo, já enviadas à CPI do Narcotráfico da Câmara Federal, as

quais se revestem do mesmo caráter sigiloso, somente devendo ter acesso as partes legítimas na causa, não podendo servir-se para fins estranhos a mesma, sob pena de configuração de crime” (fls. 141/144).

3. Opostos embargos de declaração (fls. 149/151), foram estes rejeitados (fls. 203/205).

4. Em fls. 210/213, o Bacen peticionou requerendo ao juiz *a quo* a intimação do impetrante, para que apresentasse os nomes das pessoas cujo sigilo bancário pretendia ver quebrado, acrescidos dos números de inscrição no CPF ou CGC, conforme o caso, a fim de que a autarquia pudesse fornecer os dados requisitados, dando cumprimento à ordem judicial.

5. Em fls. 282/284, a impetrante forneceu os dados solicitados pelo Bacen, tendo sido quebrado o sigilo na forma determinada pela magistrada.

6. Sustenta o apelante, em suas razões de apelação, que as Comissões Parlamentares de Inquérito Estaduais não podem requisitar diretamente a quebra de sigilo bancário, uma vez que a Constituição Federal refere-se apenas às Comissões Parlamentares de Inquérito Federais (fls. 262/272).

7. A apelada apresentou contra-razões, pugnano pela manutenção da sentença (fls. 296/321).

8. O Ministério Público Federal, pela Procuradora Regional da República Denise Vinci Tulio, opina pelo não-provimento da apelação (fls. 324/329).

9. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Trata-se de apelação interposta pelo BACEN contra sentença proferida em mandado de segurança, que determinou a quebra do sigilo bancário das pessoas nominadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, instaurada com a finalidade de apurar as organizações criminosas que atuam no narcotráfico naquele Estado.

2. Afirmou a impetrante que a CPI do narcotráfico, instalada no âmbito estadual, possui as mesmas prerrogativas daquela instalada no âmbito federal,

sendo-lhe facultado determinar a quebra de sigilo bancário de quem julgar conveniente.

3. A sentença recorrida concedeu a segurança, para determinar que a autoridade coatora encaminhe à impetrante, na pessoa de seu Presidente, as informações objeto de análise e estudo pelo Banco Central do Brasil das pessoas nominadas pela CPI estadual.

4. Correta a sentença.

Com efeito, a impetrante instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito com o objetivo de apurar organizações que atuam no Estado de São Paulo, suas relações com roubo de cargas, assassinatos, lavagem de dinheiro e demais atividades criminosas relacionadas ao narcotráfico, bem como o envolvimento de agentes públicos e órgãos estatais nas ações do tráfico de drogas.

A Constituição do Estado de São Paulo, em sintonia com os princípios e disposições constitucionais previstos na Carta Magna, disciplinou o poder de investigação atribuído às Comissões Legislativas de Inquérito, instaladas no âmbito daquele Estado, dotadas dos mesmos poderes investigatórios atribuídos à autoridade judicial.

Não havendo, portanto, incompatibilidade entre a Constituição Estadual e a Carta Maior, perfeitamente cabível a quebra de sigilo bancário requisitada por Comissão Parlamentar de Inquérito Estadual.

Assim também entendeu o Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão a seguir transcrito, *verbis*:

Potencial conflito federativo (cf. ACO 730 – QO).

Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de Poderes previsto na Constituição Federal de 1988.

Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de *checks-and-counterchecks* adotado pela Constituição Federal de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de Poderes.

Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a Lei Complementar 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da Constituição.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes e Cândido Ribeiro

Mandado de segurança conhecido e parcialmente provido (ACO 730-5/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ11/11/2005, Ementário 2.213-1).

5. Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa, tida por interposta.

6. É o voto.

Voto-vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, inconformada com ato do Presidente do Banco Central do Brasil, que se recusou a atender ao que fora solicitado pelo Ofício 2/99, do Presidente da CPI do Narcotráfico, no âmbito daquela Assembléia, no sentido de fornecer dados bancários a respeito de lavagem de dinheiro no âmbito do Estado de São Paulo.

Concedida a segurança, o Banco Central do Brasil manifestou apelação, que, relatada na sessão de 06 de junho último, pelo Des. Federal Tourinho Neto, teve o provimento negado pelo eminente relator, ao que pedi vista para estudo, ora apresentando o meu voto.

Minha dúvida era consistente em saber se as Comissões Parlamentares de Inquérito das Assembléias Legislativas têm competência para decretar, sem ordem judicial, a quebra de sigilo bancário, dúvida que resta espancada pelo Supremo Tribunal Federal, pela possibilidade, nos autos da Ação Cível Originária 730-5/RJ, onde se discutia pretensão de quebra de sigilo bancário da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, também em face do Banco Central do Brasil – Bacen, que se negara a atender à solicitação.

Embora me filie ao entendimento minoritário do STF, de que tal solicitação depende de ordem judicial, para que não reste banalizada a quebra do sigilo bancário, a matéria resta resolvida. As Assembléias Legislativas têm competência, pelas suas Comissões Parlamentares de Inquérito, para decretar quebra de sigilo bancário independentemente de ordem judicial, embora no ponto seja omissa a Lei Complementar 105, de 2001.

Ocorre que, discutindo questão de ordem na referida Ação Civil Originária 730-5/RJ, em 26/09/2004, o STF decidiu ser sua a competência para processar

e julgar o mandado de segurança com tal objeto — o mandado de segurança foi autuado como ação civil originária, nos termos do art. 102, *f*, da Constituição —, em face da potencialidade do ato para ofender o pacto federativo.

Entendeu a Corte Maior, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que a negativa do requerimento pelo Banco Central do Brasil tem possíveis repercussões nas atividades do Poder Legislativo estadual, em ordem a fixar a competência da Corte.

Sendo assim, resta evidente a incompetência da Justiça Federal de 1º Grau para processar e julgar o presente mandado de segurança, o mesmo ocorrendo com este Tribunal para o julgamento da apelação, razão por que, com a devida vênia do Relator e da Procuradoria Regional da República, que opinou pelo improvimento do recurso, *julgo extinto o processo sem resolução do mérito* (art. 267, IV – CPC) e determino o arquivamento dos autos.

Deixo de remeter os autos àquela Corte, porque, além de somente ela ter a prerrogativa de decidir quando resta fixada a sua competência — e isso foi dito recentemente em *habeas corpus* julgado pela Turma, quando decidiu remeter os autos ao STF —, a hipótese é de apelação, recurso cujo julgamento não se insere na sua competência.

É o voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal

1998.01.00.096130-4/AC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro
Apelante: Euri Severino da Silva
Advogado: Dr. Mário Hugo Nogueira do Valle
Apelante: David Fiala Cheremeta
Advogado: Dr. Jair de Medeiros
Apelantes: Raimundo Alves da Silva e outros
Advogado: Dr. Mário Hugo Nogueira do Valle
Apelante: Raimundo Ferreira Vital
Advogado: Dr. Raimundo Nonato Vital
Apelada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Sérgio Monteiro Medeiros
Publicação: DJ de 28/07/2006

Ementa

Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Crime contra o Sistema Financeiro. Lei 7.492/1986. Ato de gerência. Gestão fraudulenta. Apropriação. Financiamento. Fraude. Arts. 4º, 5º e 19. Co-autoria. Cerceamento de defesa. Ausência. Princípio da identidade física do Juiz. Coação irresistível. Crime continuado. Recursos improvidos.

I – Constitui crime gerir fraudulentamente instituição financeira, isto é, “praticar qualquer ato de administração e/ou gerenciamento de forma ardilosa, enganosa, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever inerente ao cargo exercido pelo agente, sendo desinfluyente que eventualmente leve à insolvência ou falência da respectiva instituição.” (Ministro Arnaldo Esteves Lima – HC 38.385/RS).

II – O art. 5º da Lei 7.492/1986 tutela a relação de confiança imanente aos negócios jurídicos desta área de atividade e ao patrimônio da empresa e dos investidores.

III – Incidem nas mesmas penas dos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, todos os envolvidos, na medida de sua culpabilidade, conforme disposto no art. 29 do Código Penal.

IV – A objetividade jurídica do art. 19 da Lei 7.492/1986 é a proteção dos interesses patrimoniais das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

V – Firme é o entendimento jurisprudencial no sentido de que a ausência ou deficiência de defesa, susceptível de dar causa à nulidade do processo, deve ser suficientemente demonstrada, com indicação objetiva do prejuízo. Os apelantes, no particular, limitaram-se a fazer alegações genéricas, não demonstrando a existência de qualquer prejuízo para justificar o reconhecimento do alegado cerceamento de defesa.

VI – As alegações de coação irresistível e infringência ao princípio da identidade física do juiz não restaram demonstrada nos autos.

VII – Incensurável a respeitável sentença condenatória, porquanto a materialidade e autoria do delito restaram devidamente comprovadas, e a dosimetria das penas corretamente motivada.

VIII – A “imputação dos delitos próprios previstos na lei a terceiros é permitida, desde que exista no con-

curso autoria de, pelo menos, uma das pessoas com especiais qualidades exigidas no tipo” (Julio Breda).

IX – Extinta a punibilidade dos réus Euri Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva e Raimundo Ferreira Vital, este último somente no tocante à pena referente ao artigo 5º da Lei 7.492/1986, em virtude da ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva.

X – Recursos de apelação improvidos. Determinada a expedição de mandados de prisão para execução provisória da pena. Precedentes do STF e do STJ.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, negar provimento aos recursos de apelação, nos termos do voto do Sr. Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 17/07/2006.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— O Ministério Público do Estado do Acre ofereceu denúncia contra David Fiala Cheremeta, Raimundo Ferreira Vital, Euri Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva, João Honorato Cardoso, Aziz Hadad de Melo, Eudes Severino da Silva e Raimundo Severino da Silva, pela prática dos crimes previstos nos arts. 4º, 5º, 6º, 10, 19 e 20 da Lei 7.492/1986 c/c os arts. 29, 61, letra g, 62, incisos I e II, 69, 71, 171, 172 e 299, todos do Código Penal, e a denunciada Erocilda Severino da Silva, também pela prática do crime previsto no art. 180 do Código Penal.

Narra a denúncia que:

No dia 24 de abril de 1992, *David Fiala Cheremeta*, então Gerente Geral do Banco do Brasil em Xapuri/AC, e *Raimundo Ferreira Vital*, Caixa Executivo, abriram a Conta Corrente 4.924-7, usando o nome fictício de *Iraci da Silva Magalhães* (apenso 2 – fls. 78/79).

A “Ficha Proposta de Abertura de Contas” e o “Cartão de Autógrafos” dessa conta foram assinados pela ex-concumbina de David, *Euri Severino da Silva*, como se fora Iraci da Silva Magalhães (Apenso 2, fl. 78).

Posteriormente outra “Ficha Proposta de Abertura de Contas” e “Cartão de Autógrafos” foram preenchidos e assinados em substituição às primeiras. Desta vez quem assinou como Iraci da Silva Magalhães foi o caixa *Raimundo Ferreira Vital*. *Raimundo Vital* imitou a assinatura da “fantasma” Iraci da Silva Magalhães que constava do

cartão anterior lançada por Euri Severino (fls. 78).

A assinatura feita por Raimundo Vital encontra-se a fl. 79 do Apenso II e teve o intuito de fugir a uma possível constatação pericial.

Nesta conta corrente os dois primeiros denunciados realizaram sucessivas operações fictícias de créditos, em valores bilionários (IP fl. 17; apenso III).

Os dois firmaram “Termo de Conferência de Numerário”, como se tivessem contado o dinheiro. Uma farsa, eis que esse dinheiro jamais existiu.

Dia 27/04/92

Registraram crédito de CR\$ 97.000.000.000,00 (noventa e sete bilhões de cruzeiros);

Aplicaram CR\$ 96.800.000.000,00 (noventa e seis bilhões e oitocentos milhões de cruzeiros) no Fundo-Ouro.

Dia 28/04/92

Cancelaram as duas operações acima.

Registraram crédito de CR\$ 97.500.000.000,00 (noventa e sete bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros);

Aplicaram no Fundo-Ouro CR\$ 97.000.000.000,00 (noventa e sete bilhões de cruzeiros) A-I, fl. 63).

Tais créditos e aplicações passaram a constar da contabilidade do Banco do Brasil sem que o dinheiro correspondente tivesse ingressado nos seus cofres. As aplicações proporcionaram ao autor da fraude rendimentos da ordem de CR\$ 1.923.000.000,00 (um bilhão, novecentos e vinte e três milhões de cruzeiros) em prejuízo do Banco (fls. 228/230).

O registro das aplicações seguiu o fluxo pa-

drão das operações financeiras. Foi comunicado ao Decol/BB em Brasília e ao Deate/BB – Departamento de Ações e Tesouraria – no Rio de Janeiro.

Tratando-se de aplicação financeira, *as falsas informações e dados foram também, como de praxe, por exigência legal, comunicadas ao Banco Central para o devido registro naquela Autarquia*. Com isso os denunciados induziram e mantiveram em erro aquela repartição pública, relativamente à operação financeira, em razão da prestação de informação falsa (Lei 7492/86, art. 6º).

O Banco do Brasil recolheu aos cofres do Banco Central cerca de CR\$ 811.337.031,48 (oitocentos milhões, trezentos e trinta e sete mil, trinta e um cruzeiros e quarenta e oito centavos) a título de imposto sobre operações financeiras (IOF), dentre outros prejuízos causados pela desastrada operação (A I, fl. 63).

Registrados os créditos, os denunciados passaram a efetuar saques naquela conta. Para isso confeccionaram, talões de cheques. Raimundo Ferreira Vital assinava as cártulas como se fora Iraci da Silva Magalhães.

Os denunciados efetuaram as seguintes retiradas, no mês de abril, imediatamente após o crédito fictício na conta da "fantasma" Iraci:

Dia 28/04/92

CR\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros), com o cheque 270902;

Dia 29/04/92

CR\$ 55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões de cruzeiros), com o cheque 270904

Dia 30/04/92

CR\$ 460.000.000,00 (quatrocentos e sessenta milhões de cruzeiros), com o cheque 270903;

Resgatou CR\$ 97.185.662.963,52 (noventa e sete bilhões, cento e oitenta e cinco milhões seiscentos e sessenta e dois mil novecentos e sessenta e três cruzeiros e cinquenta e dois centavos) aplicados no Fundo-Ouro; fls. 63 apenso I).

Sacou CR\$ 97.000.000.000,00 (noventa e sete bilhões de cruzeiros) através do cheque 270901.

(IP fls. 17/18; apenso I, fls. 61/62; apenso II, fls. 66/67).

David e Vital promoveram outras retiradas, da C/C da "fantasma" Iraci da Silva Magalhães, no mês de maio:

Dia 04/05/92

CR\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros) – cheque 270905 – (A II, fl. 67);

Dia 05/05/92

CR\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzei-

ros) – cheque 270906 – (A II, fl. 67);

Dia 06/05/92

CR\$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de cruzeiros) – cheque 270907 – (A II, fl. 68);

Dia 15/05/92

CR\$ 55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões de cruzeiros) – cheque 270908 – (A II, fl. 68).

DO USO DO PRODUTO DA FRAUDE

O dinheiro sacado foi usado pelos denunciados para efetuar créditos nas contas correntes de clientes que *estavam devedores* com o Banco. (IP fls. 119/120 e 136).

Estão comprovados depósitos de parte dos desvios fraudulentos nas seguintes contas, dentre outras:

Dia 29/04/92

Gilson Pescador CR\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil cruzeiros) (apenso II, fl. 32);

Mathias E. Pescador CR\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) (IP fl. 438; A II, fl. 30);

Francisco Clemente de Melo CR\$ 7.955.000,00 (sete milhões, novecentos e cinquenta e cinco mil cruzeiros) (IP fls. 440, A II, fl. 32);

Maria Elizabete Farias da Silva CR\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil cruzeiros) (IP fls. 442/443, A II, fl. 34);

Maria da Conceição Mendes Marçal CR\$ 395.000,00 (trezentos e noventa e cinco mil cruzeiros) (IP fl. 498, A II, fl. 22);

Irivan de Lima Souza CR\$ 375.000,00 (trezentos e setenta e cinco mil cruzeiros) (IP fl. 525, A II, fl. 18).

DIA 05/05/92

Norival Camargo Valladão CR\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) (IP fls. 467/468; A II, fl. 44);

Raimundo Nonato de Abreu CR\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil cruzeiros) (IP fl. 482, A II, fl. 49);

José Nunes Miranda CR\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil cruzeiros) (IP fl. 501, A II, fl. 46).

Além desses, os denunciados efetuaram depósitos, comprovadamente, em favor de, pelo menos, outros 62 correntistas (fl. 98).

David e Raimundo efetuavam os depósitos nas contas dos clientes, saldando seus débitos junto à instituição para, com isso, *sub-rogar-se nesses créditos*.

Informavam ao correntista a quitação do seu débito para com o Banco e passavam a exigir, para si, as importâncias, através de *cobranças pessoais*,

recebendo-as dos clientes e delas se apropriando. Assim o fizeram em relação a *Nourival Camargo Valladão, José Nunes Miranda e Edvanio Franco da Silva* (fls. 467/468, 501 e 513 do IP).

David chegou a exigir de *Aziz Hadad de Melo* a assinatura em branco de uma nota promissória, como garantia do débito (fl. 124 do IP).

Os comprovantes desses depósitos, guardados por *DAVID*, encontram-se no Apenso II, fls. 100/113. Foram entregues ao Banco do Brasil por *Euri Severino da Silva* durante o procedimento apuratório (fls. 97).

DAS CONTAS DE TERCEIROS OPERADAS POR DAVID CHEREMETA

Euri Severino da Silva e Raimundo Alves da Silva emprestaram seus nomes e contas correntes do Banco do Brasil, para *David Cheremeta* (IP fls. 111, 240/241, 324/326, 361/362 e 382; Anexo II fls. 96), nas quais foram efetuados os maiores depósitos fictícios.

Na conta aberta em nome de *Raimundo Alves da Silva* (10.048-X) o denunciado ali depositou:

CR\$ 15.000.000,00 em 04/05/92 (A II, fl. 37);

CR\$ 6.200.000,00 em 05/05/92 (A II, fl. 43);

CR\$ 10.000.000,00 em 05/05/92 (A II, fl. 51);

CR\$ 18.192.998,82 em 15/05/92 (A II, fl. 58).

Na conta existente em nome de *Euri Severino da Silva* (22.222-4) depositou:

CR\$ 1.500.000,00 em 05/05/92 (A II, fl. 51);

CR\$ 16.000.000,00 em 15/05/92 (A II, fl. 58).

Os depósitos eram fictícios, isto é, o dinheiro correspondente não ingressava nas contas, tratando-se somente de registros contábeis. Entretanto nos saques e nas transferências o dinheiro saía efetivamente do banco.

Os denunciados apropriaram-se dos valores ilicitamente retirados da instituição, bem como os desviaram em proveito de terceiros (L. 7492, art. 5º).

Dentre os bens adquiridos com o produto do crime está uma casa em Xapuri, comprada por CR\$ 7.000.000,00 em 11/06/92 em nome de *Euri Severino Da Silva* (fls. 549/550).

As contas de *Iraci Silva Magalhães, Euri Severino da Silva e David Fiala Cheremeta* eram as de maior volume em depósitos e movimentação de recursos na Agência do Banco do Brasil em Xapuri. Tudo decorrente das fraudes. *Iraci* era "fantasma", *Euri* não tinha rendimentos próprios e *David* era assalariado do banco.

DAS APROPRIAÇÕES INDÉBITAS

David Cheremeta, Gerente-Geral, e

Raimundo Ferreira Vital, Caixa-Executivo da Agência, recebiam dinheiro dos clientes para ser depositado em suas respectivas contas. Em lugar de fazê-lo, apropriavam-se das importâncias. Assim ocorreu com José Elias de Alencar Fadul e Raimundo Nonato de Abreu (IP fls. 436 e 482) (L. 7492, art. 5º).

AS FRAUDES COM O OUROCARD

O denunciado *David cadastrou cerca de 15 comerciantes locais* no sistema Ouro-Card, habilitando-os a efetuarem vendas através daquele Cartão de Crédito (fl. 116).

De outro lado, efetuou inúmeras adesões de pessoas físicas no Cartão Ouro-Card.

Da mesma forma que emprestaram suas C/C para *Cheremeta*, titulares do Ouro-Card, permitiram que o mesmo usasse e operasse com seus cartões de créditos junto aos estabelecimentos comerciais, forjando compras fictícias.

David orientava os portadores dos cartões e comerciantes nas manobras ilícitas, quando não o fazia ele mesmo, ou seja, passando os cartões nas máquinas e preenchendo-os. Como portador do cartão de crédito, este também usou-o para compras fictícias beneficiando-se dos ilícitos (fl. 259).

Os comerciantes *Raimundo Alves da Silva* (fls. 240/241), *João Honorato Cardoso* (Anexo III), *Aziz Hadad de Melo* (fl. 431) e seu empregado *Eudes Severino da Silva* (fl. 503) efetuaram operações de vendas fictícias através do Ouro-Card e emissão de faturas frias.

Registrada a venda no cartão de crédito, o comerciante apresentava as faturas/duplicatas respectivas junto ao banco, isto é, para *David Cheremeta* que era o gerente.

Os pagamentos do banco ao vendedor – que deveriam ser efetuados nas datas pré estabelecidas no contrato, num prazo que se estendia até 30 ou 40 dias – eram feitos de imediato através de descontos das faturas/duplicatas frias junto ao Banco do Brasil, como forma de adiantamentos irregulares.

Os adiantamentos irregulares saíam da Conta 24.245-000-8 – “Adiantamento de Ourocard”.

Creditado o adiantamento na c/c do comerciante, o seu valor era, no momento imediatamente seguinte, debitado ao comerciante e creditado na conta de *Euri Severino da Silva* (fl. 117), ou c/c do próprio denunciado, era aplicado em RDB com rendimentos em favor destes (Apenso I, fls. 74/75).

Outras vezes, após o valor ser creditado na c/c do comerciante, este mesmo os aplicava no RDB (fl. 503).

Aziz Hadad de Melo, *proprietário do comércio Mercantil Popular*, filiado ao sistema Ouro-Card, efetuou essa *manobra ilícita em seu benefício*. Fez realizar, através da sua empresa, vendas fictícias para ele mesmo, pessoa física, pagando com o cartão de crédito.

As faturas das vendas fictícias foram apresentadas ao banco e descontadas, recebendo este, de imediato, os valores delas constantes, como adiantamento, a débito da conta “Adiantamento Ouro-Card” (fl. 132, aplicando-os em RDB).

Eudes Severino da Silva, empregado da loja de Aziz Hadad, *efetuou compras fictícias* com o cartão Ouro-Card naquele estabelecimento, com valores expressivos. Extraiu fatura em nome da loja no valor de CR\$ 10.850.000,00 (dez milhões, oitocentos e cinquenta mil cruzeiros), descontou-a no BB, recebendo adiantamento a débito da conta “Adiantamento Ouro-Card” no montante de CR\$ 10.314.000,00 (dez milhões, trezentos e quatorze mil cruzeiros) e aplicando-o em RDB na data de 22/04/92. *A diferença entre o que recebeu como adiantamento e o rendimento da aplicação trouxe-lhe lucro de CR\$ 1.900.000,00* (um milhão e novecentos mil cruzeiros) em prejuízo ao banco (fl. 503).

Assim, os comerciantes emitiram e o posto do Ouro-Card, David, aceitou, descontando-as contra o banco, faturas/duplicatas que não correspondiam a vendas efetivas.

Essas manobras criminosas consumavam-se com o consórcio do gerente da agência, titulares dos cartões e comerciantes.

A emissão dessas faturas/duplicatas simuladas, sem que tivesse havido uma venda efetiva, bem como os desembolsos adiantados por parte do banco servia para duas finalidades. Uma, a obtenção de empréstimo pessoal por via oblíqua sem a dação de garantias e com taxas abaixo das praticadas do mercado, além de burlar o contingenciamento de crédito. Outra, como fonte de rendimentos, com a aplicação desse dinheiro em RDB, cuja remuneração era superior à taxa cobrada pelo banco nas operações com o cartão de crédito. A diferença proporcionava lucros ilícitos em prejuízo do Banco.

Têm-se assim caracterizados os crimes de emissão de duplicatas simuladas e estelionato.

Dos Financiamentos Rurais Irregulares

David Cheremeta *concedeu, irregularmente*, financiamento rural (custeio pecuário) a várias pessoas, dentre elas Raimundo Severino Da Silva (IP fls. 517 e 527/528; Apenso II, fls.80/95).

Os valores desses financiamentos – *concedidos com juros subsidiados*, em razão de sua

destinação – eram integralmente revertidos em investimentos no mercado. Como o rendimento da aplicação era superior aos juros devidos nessa modalidade de financiamento, o mutuário auferia o lucro obtido com a diferença. No caso de Raimundo Severino da Silva, este investiu no Fundo de Ações, aplicando assim os recursos em *finalidade diversa* da prevista na lei e no contrato (IP fl. 528).

Da Participação de Erocilda Severino da Silva

Erocilda Severino da Silva teve creditado em sua conta e investido no Fundo de Ações Ouro, CR\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros). Após a descoberta da fraude a importância foi bloqueada pelo Banco e a denunciada *tentou sacá-la*, em proveito próprio através de medida judicial, mesmo sabedora da proveniência ilícita do dinheiro (fls. 515 e 546).

Euri Severino da Silva chegou a efetuar uma ligação telefônica de Brasília para a Agência do Banco do Brasil em Xapuri, *fazendo-se passar* por Iraci da Silva Magalhães. Erocilda acompanhou-a naquela ocasião (fls. 538/543) (fls. 3/14).

Sentenciando o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia “para condenar os réus David Fiala Cheremeta às penas dos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, combinado com o art. 71 do Código Penal; os acusados Euri Severino da Silva e Raimundo Ferreira Vital, às penas dos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, combinado com os arts. 29 e 71 do Código Penal; e Raimundo Alves da Silva à sanção do art. 19 da Lei 7.492/1986; *absolver* os inculcados João Honorato Cardoso, Aziz Hadad de Melo, Eudes Severino da Silva, Raimundo Severino da Silva e Erocilda Severino da Silva dos delitos a eles imputados, com fundamento no art. 386, incisos IV e VI, do Código de Processo Penal” (cf. fl. 2.572).

Fixou a pena-base de David Fiala Cheremeta “em *três anos e cinco meses de reclusão* referente ao delito do art. 4º da Lei 7.492/1986”; e considerando *presente a agravante do art. 62, inciso I, do Código Penal*, majorou a pena em *sete meses*, perfazendo *quatro anos de reclusão*, que à mingua de causa de aumento ou diminuição de pena, a tornou definitiva.

Aplicou-lhe, também, a pena prevista no art. 5º da Lei 7.492/1986, fixando a *pena-base em dois anos e quatro meses de reclusão*, que tornou definitiva, diante da ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causa de aumento ou diminuição de pena.

E, ainda, por entender configurada a figura penal do crime continuado (art. 71 do Estatuto Repressor), aplicou “a maior das penas”, majorando-a em 3/5 (três quintos), perfazendo o total de *seis anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão*.

E, finalmente, quanto à pena de multa do art. 4º da mencionada lei, fixou-a em *quarenta dias-multa*, correspondendo cada dia-multa a R\$ 20,00 (vinte reais), perfazendo R\$ 800,00 (oitocentos reais); e, no tocante ao art. 5º, fixou-a em *vinte dias-multa*, correspondendo cada dia-multa a R\$ 20,00 (vinte reais), perfazendo R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Para o cumprimento inicial da pena em referência fixou o regime semi-aberto, nos termos do art. 33, letra *b*, e § 2º, letra *b*, combinado com o art. 35, ambos da Lei Penal.

Quanto à Euri Severino da Silva, fixou-lhe a pena-base em 3 (*três*) anos de reclusão pela infração do art. 4º da Lei 7.492/1986, e entendendo presente a causa de diminuição de pena prevista no art. 25, § 2º, da lei em referência, reduziu a pena em um terço, perfazendo *dois anos de reclusão*, que tornou definitiva.

Aplicou-lhe a pena prevista no art. 5º do mesmo diploma legal, fixando-lhe a *pena-base* em 2 (*dois*) anos de reclusão, mas, também, considerando a causa de diminuição do art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986, *reduziu a pena em um terço*, perfazendo o total de 1 (*um*) ano e 4 (*quatro*) meses de reclusão.

E, considerando configurado o disposto no art. 71 (crime continuado), do Estatuto Repressor, aplicou-lhe apenas “a pena mais grave de dois anos e a aumentou em 1/6 (um sexto), totalizando dois anos e quatro meses de reclusão”.

Aplicou, também, a esta ré a pena de multa do art. 4º da multirreferida lei, fixando-a em quarenta dias-multa, correspondendo cada dia-multa a R\$ 10,00 (dez reais), perfazendo R\$ 400,00 (quatrocentos reais); e, no tocante ao art. 5º do mesmo Estatuto Penal, fixou-a em vinte dias-multa a R\$ 10,00 (dez reais), totalizando R\$ 200,00 (duzentos reais).

Para o cumprimento inicial dessa pena, submeteu a ré Euri Severino da Silva ao regime aberto, de conformidade com o disposto no art. 33, letra *a*, e § 2º, da letra *c*, combinado com o art. 36, todos do Código Penal.

No tocante ao réu Raimundo Ferreira Vital, fi-

xou-lhe a *pena-base* em 3 (*três*) anos de reclusão, pela infração ao art. 4º da Lei 7.492/1986, que tornou definitiva, à mingua de circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causa de aumento ou diminuição de pena.

Com relação ao delito previsto no art. 5º, da Lei 7.492/1986, fixou a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, que tornou definitiva, à mingua de circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causa de aumento ou diminuição de pena.

E, à vista dos termos do art. 71 do Código Penal, que entendeu aplicável à espécie (crime continuado), aplicou ao réu em referência “somente a pena mais grave de três anos de reclusão”; que majorou “em 1/6 (um sexto), perfazendo o total de três anos e seis meses de reclusão”.

Condenou-o, ainda, à pena de multa do art. 4º da Lei 7.492/1986, que fixou em quarenta dias-multa, correspondendo cada dia-multa a R\$ 20,00 (vinte reais), totalizando R\$ 800,00 (oitocentos reais); e à pena de multa do art. 5º da aludida lei, fixando-a em vinte dias-multa, correspondendo cada dia-multa a R\$ 20,00 (vinte reais), perfazendo R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Para o cumprimento inicial dessa pena, submeteu o réu Raimundo Ferreira Vital ao regime aberto, de conformidade com o disposto no art. 33, letra *a*, e § 2º, da letra *c*, combinado com o art. 36, todos do Código Penal.

Por derradeiro, com relação ao réu Raimundo Alves da Silva, foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 19 da Lei 7.492/1986, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal, dois anos de reclusão, que o MM. Juiz sentenciante tornou definitiva, em face da ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causa de aumento ou diminuição de pena.

Quanto à pena de multa, foi fixada em vinte e cinco dias-multa, correspondendo cada dia multa a R\$ 10,00 (dez reais), perfazendo R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Considerando o MM. Juiz sentenciante que este réu preenche as condições previstas no art. 77 do Código Penal, para a suspensão condicional da pena, atento ao disposto no art. 78 da mesma Lei Penal, aceitas as condições estabelecidas, suspendeu a execução da pena por dois anos.

Todos os réus condenados interpuseram recurso de apelação (fls. 2.589/2.592; 2.600/2.613; 2.646/2.648 e 2.658/2.663).

Euri Severino da Silva pede sua absolvição, ao argumento de que não existem provas de que tenha ela praticado os delitos narrados na denúncia, mormente no que se refere àqueles previstos nos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, *“já que ela apenas assinou 4 cheques em nome fictício.”*

David Fiala Cheremeta sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa em virtude de lhe terem sido nomeados vários defensores dativos *“para cada ato da ação penal, inclusive, para cada audiência”*, o que impediu *“fossem fornecidas provas e requerimentos para a sua ampla defesa”* (fl. 2.602).

Sustenta, ainda, que a ação penal carece de análise técnica, não havendo nos autos qualquer perícia, nem sequer parecer de especialistas em temas afetos à área bancária, e que não foi observado o princípio da identidade física do juiz, em virtude de, ao longo do curso processual, terem atuado mais de três julgadores.

Assevera que agiu sob coação irresistível por parte do então Superintendente do Banco do Brasil no Acre.

Defende, ainda, a inaplicabilidade, no caso, do art. 4º da Lei 7.492/1986, visto que *“(...) apenas substituiu o gerente que estava ausente, numa gestão até mesmo temerária e não pode, pelo princípio da lei, ser comparado seu cargo ao do gerente legalmente nomeado, razão disto que o M.M. Juiz a quo não deveria considerar o apelante como o responsável pela gestão empresarial da instituição financeira, pois não tinha qualquer ato legal que o nomeasse para o cargo de gerente-geral e sua ascendência ao cargo se deu de forma natural por ser o mais antigo dos funcionários naquela agência (...); do mesmo modo, inaplicável, também, a incidência do art. 5º do mesmo estatuto legal, pois “(...) não desviou e nem apropriou-se de dinheiro, título, valor ou qualquer bem imóvel de que tinha a posse e nem desviou em proveito próprio ou alheio e sim a operação (com desdobramentos) que fora ordenado a fazer somente trouxe lucros para o banco e não para o apelante (...)”* (cf. fls. 2.608/2.609).

Finalmente, afirma que não restou configurada, na hipótese, a incidência do art. 71 do Código Penal,

uma vez que houve uma operação que foi se desdobrando em outras, cuja vantagem foi dada à instituição financeira.

Desse modo, requer sua absolvição, com base no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal, e caso seja outro o entendimento daquele exposto nas razões do recorrente, a reforma parcial da r. sentença hostilizada, no sentido da *“exclusão do art. 5º da já citada lei, por insuficiência de provas, já alegada, inclusive, pelo Ministério Público Federal, também desclassificando a pena do art. 4º para a pena do art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, sem a agravante do art. 61, I, do Código Penal, e sem o aumento de pena do art. 71, do mesmo codex, pois está comprovado que equivocou-se o MM. Juiz a quo quando aplicou a sentença nos crimes mencionados, ressalvando-se que se Vossas Excelências assim entenderem que o regime de cumprimento da pena seja o aberto ou, quiçá, a concessão do sursis previsto nos arts. 77 e 78 do Código Penal”* (cf. fl. 2.612).

Raimundo Alves da Silva, por sua vez, sustenta que foi envolvido na trama em face da astúcia e sagacidade da mente maquiavélica e desvirtuada do mentor dos crimes, David Fiala Cheremeta. Destarte, declara sua inocência ao tempo em que requer o provimento do recurso e conseqüente reforma da sentença.

E, Raimundo Ferreira Vital, por fim, sustenta sua inocência, sob a alegação de que o julgado singular não deve prevalecer, eis que os elementos probatórios que deram azo a condenação que lhe foi imposta foram totalmente desprovidos de indícios positivos no que se refere aos delitos imputados. Argumenta que na condição de funcionário do Banco do Brasil e cumpridor de suas obrigações agiu da forma descrita em sua peça recursal *“(...) por obedecer ordens superiores promanadas da pessoa do Sr. David Fiala Cheremeta, idealizador e executor da manobra ardil, utilizando-se da inexperiência do apelante para pôr em prática sua conduta delitativa, cabendo assim, ainda em favor do apelante o disposto no art. 22 do Código Penal (...)”* (cf. fl. 2.662).

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, onde receberam parecer ministerial pelo *“desprovimento das apelações interpostas pelos sentenciados, decretando-se, contudo, a prescrição retroativa da pretensão punitiva no que diz respeito às penas impostas aos réus Euri Severino da Silva, Raimundo*

Alves da Silva e Raimundo Ferreira Vital – este último apenas no que tange à pena referente ao art. 5º da Lei 7.492/1986” (cf. fl. 2.692).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Os arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986 têm o seguinte teor:

Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena: Reclusão de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 5º. Apropriar-se, de quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.

Segundo Elias de Oliveira, entende-se por gestão fraudulenta “todo ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente ou consciente, que traduza manobras ilícitas com emprego de fraudes, ardis e enganos” (cf. cit. *in Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional* – Maria Carolina de Almeida Duarte – Forense – 2003 – p. 66).

A conduta fraudulenta, leciona Rodolfo Tigre Maia, é “elemento descritivo/normativo integrante de incontáveis tipos penais, é qualquer ação ou omissão humana, hábil a enganar, levando-os a uma situação de erro, falsa representação da realidade ou ignorância desta, quer através do uso de ardil (‘simples astúcia, sutileza, conversa enganosa, de aspecto meramente intelectual’), quer mediante artifício (‘... quando o agente se utiliza de um aparato que modifica, aos menos aparentemente, o aspecto material da coisa, figurando entre esses meios o documento falso ou outra falsificação qualquer, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, filmes, efeitos de luz, etc’), quer por meio de simples mentira, quer ainda por intermédio de omissão da verdade, objetivando, em geral, a consecução de determinada vantagem.” (*in Dos Crimes contra o Sistema Financeiro*

Nacional – Malheiros Editores, 1999, p. 55).

Assim, conforme consignou o eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, ao proferir o voto condutor do acórdão proferido no *Habeas Corpus* 38.385/RS, de que foi o Relator:

(...) gerir fraudulentamente instituição financeira é praticar qualquer ato de administração e/ou gerenciamento de forma artilosa, enganosa, má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever inerente ao cargo exercido pelo agente sendo desinfluyente que eventualmente leve à insolvência ou falência da respectiva instituição.

O bem protegido no art. 4º em referência é o correto funcionamento do Sistema Financeiro Nacional e sua credibilidade pública.

Quanto ao art. 5º da Lei 7.492/1986, tutela “a relação de confiança imanente aos negócios jurídicos desta área de atividade e ao patrimônio da empresa e dos investidores” (Rodolfo Tigre Maia – ob. cit. p. 63).

Diante disso, conforme decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, se os dispositivos em referência “tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes” (REsp 585.770/RS, rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 16/11/2004).

De consignar, finalmente, que sob pena de impunidade da participação, todos os envolvidos na prática do crime previsto no art. 4º, quanto ao crime previsto no art. 5º, incidem nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade, conforme disposto no art. 29 do Código Penal.

Diante desse contexto, delimitada nesses termos a matéria sob exame, vejamos a espécie.

1. Recurso de Euri Severino da Silva:

A ora apelante pede sua absolvição, alegando, em síntese, que só restou provado que ela assinou 4 (quatro) cheques com o nome fictício de Iraci da Silva Magalhães, inexistindo prova “de sua participação em qualquer outro evento grafados na denúncia e na r. sentença prolatada.”

Mais adiante, acrescenta:

Ao que consta no processo David usou 62

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada).

contas para obter vantagens financeiras, movimentando-as à revelia dos correntistas, não foram somente as de d. Euri e Sr. Raimundo.

(...)

A acusada Euri reafirma que não cometeu crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986), somente assinou os cheques trazidos por David para a casa de seus pais onde sempre viveu.

Que David ao pedir que ela assinasse que estaria fazendo 'um grande negócio para o banco' e ela, inocentemente, assinou. Agora lhe foi imputada a pena por haver transgredido os arts. da Lei 7.492/1986. É uma injustiça.

D. Euri não cogitou, não preparou, não executou, não gerenciou ou geriu qualquer entidade do Sistema Financeiro Nacional, apenas assinou 4 cheques em outro nome.

E mais Excelências, os cheques estavam em branco, como poderia saber para onde iam?(sic – cf. fls. 2.590/2.591)

Pois bem, compulsando os presentes autos verifico que consta do Laudo de Exame Grafotécnico de fls. 2.174/2.183, o seguinte, destaque:

(...), foi objeto de análise o cartão de autógrafo, em nome de Iraci da Silva Magalhães – peça questionada, à fl. 195 – preenchido mecanograficamente constando as assinaturas legíveis "Iraci S. Magalhães" e datado de 24/04/1992.

Submetido a confronto as assinaturas "Iraci S. Magalhães", com os padrões gráficos fornecidos pelo punho escritor de Euri Severino da Silva, os signatários constataram várias e significativas convergências de grafismos que por si sós identificam o punho escritor. Dessas convergências, se destacam os seguintes pontos característicos pessoais de grafismos: gênese gráficos convergentes; ataques e remates concordantes; momentos e andamentos gráficos convergentes; pressão e ritmo convergentes; espessamentos intergramatical e literal convergentes; idiogramas marcantes convergentes; traços de ligações intermediários convergentes denotando tratar-se de um punho escritor automatizado ao uso do instrumento escriturador.

.....

b – cartão-autógrafo (fl. 195):

- As assinaturas "Iraci S. Magalhães", apostas no anverso do documento em questão, emanam do punho gráfico de Euri Severino da Silva.

c – cartão-autógrafo (fls. 196):

Os dados de preenchimentos manuscritos

e as assinaturas "Iraci S. Magalhães" promanaram do punho escritor de Raimundo Ferreira Vital.

As assinaturas questionadas, foram grafadas sob forma de falsificação por imitação servil, tendo como matriz a assinatura "Iraci S. Magalhães" produzida por Euri Severino da Silva; e

O documento em questão, sofreu adulteração por sobreposição e acréscimo, nos algarismos referente ao número da conta-corrente, de "4.924-7" para "4.949-2" (cf. fls. 2.174/2.183)

Consta, ainda, do "Relatório sobre as fraudes praticadas pelo Sr. David Cheremeta contra o Sistema de Cartões de Crédito Ourocard" de fls. 2.135/2.139, no item 3.2 – "Mecânica da Fraude":

Primeiramente, o Sr. David confeccionava diversas faturas com valores variados e, em seguida, usando um de seus cartões de crédito (possuía mais de um) ou de seus cúmplices, decalcava as mesmas na máquina de um comerciante. Capeava as faturas com um resumo de operações e levava-as para o banco.

(...)

Após encaminhar os resumos da operação para gravação/processamento, o Sr. David confeccionava partidas contábeis (...), debitando a conta 24245.000-8 e creditando aos comerciantes.

Feito isso, procedia-se ao débito na conta dos comerciantes e crédito a David Fiala Cheremeta, Euri Severino da Silva e Eudes Severino da Silva (...).

Os depoimentos prestados comprovam esses fatos, inclusive pela confissão da apelante, quer na fase inquisitorial, quer em juízo (sentença – fl. 2.566).

Destaco, ainda, a propósito do parecer exarado do representante do *Parquet* federal:

A apelante Euri Severino da Silva foi partícipe nos crimes cometidos por David Fiala. A mesma confessou haver por diversas vezes assinado cheques e cartão de autógrafo em nome de uma pessoa inexistente (Iraci da Silva Magalhães), dentre outras condutas. Não há que se falar do desconhecimento da apelante da ilicitude de sua conduta. Como bem acentuou o eminente juiz *a quo*, trata-se de "pessoa instruída, tendo inclusive obtido aprovação em concursos federais, fls. 342/343" (cf. fl. 2.690)

Com efeito, consta da sentença:

A argumentação da ré de que desconhecia a finalidade dos cheques não encontra apoio nos

autos e se contrapõe à sua própria conduta, eis que pessoa instruída, tendo inclusive obtido aprovação em concursos federais, fls. 342/343.” (cf. fl. 2.567)

(...)

As alegações finais de Euri Severino da Silva se contrapõe à prova dos autos e à própria confissão dos delitos que fez com impressionante riqueza de detalhes. O propalado desconhecimento da conduta criminoso, a par de não ser causa da ilicitude não restou comprovado nos autos. No particular, convém enfatizar que Euri participou com lucidez de toda a trama, a começar pela assinatura falsa que lançou nos cheques em nome da inexistente Iraci. Houve manifesto dolo (atitude livre e consciente) na prática das ações delituosas. Nisso, é elementar a qualquer pessoa, por menos instruída que seja, a idéia de irregular ou de fraude assinar por outrem, telefonar a banco simulando interesse em fazer aplicação financeira de importância que não possui, abrir conta com nome fictício e outras análogas, daí a ciência da realização da prática criminosa e mesmo sua adesão sem oposição às ordem de David, que, assim, sabia ilegal (cf. fls. 2566 e 2.571).

Diante disso, não merece prosperar o recurso da apelante.

2. Recurso de David Fiala Cheremita:

2.1 – Defesa deficiente – coação irresistível – princípio da identidade física do juiz

No particular, sustenta, em síntese, este apelante que:

(...) em que pese a intempestividade da alegação, teve seu direito de defesa cerceado, tendo em vista que não tendo condições de arcar com as despesas de honorários advocatícios, razão esta que fez o MM. juiz nomear defensores dativos, não querendo o apelante dizer que a nomeação do defensor dativo tenha lhe prejudicado, mas, sim, pelo fato de terem sido nomeados vários defensores dativos (dentre os quais um falso advogado) para cada ato da ação penal, inclusive, para cada audiência o apelante somente tomava conhecimento de quem era seu advogado na hora da audiência, impedindo que fossem fornecidas provas e requerimentos para sua ampla defesa, fazendo com que seu direito de defesa fosse cerceado, exemplo disto é que o apelante sempre pugnou pela quebra de seu sigilo bancário, bem como pela verificação de sua situação junto ao Fisco Federal e terminou a ação penal e nada disso foi requerido; em que pese o respeito que o apelante tem pelos abnegados defensores dativos, a forma com que foram nomeados preju-

dicou o mesmo em sua defesa.

Não bastasse o acima mencionado, na fase instrutória, como não podia contratar advogado, foi nomeado ao apelante o advogado de co-réus que acusavam o apelante, dando azo à colidência da defesa, ocasionando, com certeza, prejuízos à defesa do apelante. (fl. 2.602)

Vejamos.

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a ausência ou deficiência de defesa, susceptível de dar causa à nulidade do processo, deve ser suficientemente demonstrada, com indicação objetiva do prejuízo.

Na espécie, compulsando os presentes autos verifico que o ora apelante foi representado por advogados (cf. instrumentos de mandatos de fls. 298; 860; 1.393; 1.408; 2.550 e 2.595) em todas as audiências realizadas, oferecendo, inclusive, quesitos para serem respondidos pelas testemunhas de acusação e defesa; apresentou defesa prévia (fl. 865) e memoriais (fls. 2.512/2.515).

Sobre o tema assim tem decidido o colendo Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. *Tentativa de homicídio. Defesa deficiente. Ausência de prejuízo ao réu (Súmula 523).*

1. Não há falar-se em prejuízo ao réu, se a defesa apresentada, embora deficiente, não exerceu influência na apreciação do mérito da causa ou apuração da verdade real. Súmula 523.

2. Também não enseja nulidade a defesa que, mesmo deficiente, a imperfeição não influiu na decisão da causa, ante o porte da farta prova produzida, a par da confissão, de que o réu incorreu nas sanções da figura penal que define o crime que lhe foi imputado.

3. *Habeas corpus* indeferido. (HC 78.729-MG, STF, 2ª Turma, rel. Min. Mauricio Correa, DJ 07/05/1999, p. 4)

Direito Penal e Processual Penal. Atentado violento ao pudor. Defesa deficiente. Habeas corpus.

1. Não caracteriza, necessariamente, deficiência da defesa o fato de o defensor dativo, sem elementos, deixar de arrolar testemunhas, por conveniência, não formular reperguntas às testemunhas, e diante das circunstâncias, apresentar considerações defensivas de ordem genérica.

2. Sobretudo em caso como o “sub judice”, em que a condenação se apoiou em confissão, cor-

roborada pelos demais elementos da instrução.

3. Prejuízo, ademais, indemonstrado.

4. HC indeferido. (HC 76.226-CE, STF, 1ª Turma, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 03/04/1998, p. 5)

E também o Superior Tribunal de Justiça:

Processo Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Atentado violento ao pudor mediante violência presumida. Alegação de deficiência no exercício da defesa e nulidade de intimação editalícia não configurada. Regime de cumprimento de pena.

1. Não se mostra deficiente a atividade desenvolvida por defensor nomeado a réu revel que cumpre com todas as suas obrigações, inclusive comparecendo à oitiva das testemunhas arroladas na denúncia, postulando ao final a absolvição por falta de provas.

(...)

4. Recurso parcialmente provido. (RHC 11.675-PR, STJ, 6ª Turma, rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* 18/02/2002)

De acrescentar, ademais, que o ora apelante, no particular, limitou-se a fazer alegações genéricas, não demonstrando qualquer prejuízo sofrido de modo a justificar o reconhecimento do alegado cerceamento de defesa.

Nesse sentido é o enunciado da Súmula 523 do excelso Pretório:

Súmula 523. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Nessa mesma linha de orientação, assim também decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal. Habeas corpus. Apresentação de alegações finais. Alegação de defesa deficiente em razão de substituição de defensor público por advogado dativo. Nulidade. Ausência de demonstração.

- Em tema de nulidade no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

- A ausência ou deficiência de defesa, suscetível de dar causa à nulidade do processo, deve ser suficientemente demonstrada, com objetiva indicação do prejuízo, não merecendo acolhida na hipóte-

se em que o réu foi assistido por defensor dativo.

- Inteligência da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

- Recurso ordinário desprovido. (RHC 11.081-SP, STJ, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 10/09/2001).

Quanto à alegada “*coação irresistível*” não restou demonstrada.

A propósito, nesse sentido assim se pronunciou o MM. juiz singular:

A defesa de David Cheremeta é inconsistente e despida de quaisquer elementos de convicção. Nisso, não há nos autos a menor prova de ele ter agido sob estado de necessidade, decorrente da extravagante afirmação de que fora ameaçado de morte e a sua companheira e filha por terceiro para praticar os delitos. Essa arguição, dada sua evidente desconformidade com o direito e com a prova colhida, não merece maior exame constituindo-se verdadeiro despaupério. (fl. 2.572).

Também não merece acolhimento a alegação de infringência ao princípio da identidade física do juiz, por absoluta falta de consistência, vez que respaldada na singela assertiva de ter atuado no presente processo “*mais de três juízes*,” “*quebrando a continuidade processual*”.

Por tais razões, rejeito essas arguições.

2.2 - Do Mérito

Consta dos autos que o Banco do Brasil S.A. apresentou *notitia criminis* ao MM. Juiz Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Acre, para instauração de inquérito policial, a fim de apurar a existência de prática criminosa perpetrada contra o sistema financeiro (cf. fls. 23/26).

Diante disso, a Polícia Federal, mediante a Portaria datada de 08/07/1992, instaurou inquérito policial “*para apurar os fatos em toda sua extensão, ali noticiados, bem como definir responsabilidades criminais de seus autores*”, indiciando o ora apelante, David Fiala Cheremeta e outros (fls. 21/22).

Oferecida a denúncia (cf. fls. 2/16) e processada a presente ação penal, foi esta relatada pelo MM. juiz federal *a quo*, nos termos seguintes, que destaco:

O Ministério Público Federal, lastreado em inquérito policial, ofereceu denúncia contra David Fiala Cheremeta, Raimundo Ferreira Vital, Euri

Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva, João Honorato Cardoso, Aziz Hadad de Melo, Eudes Severino da Silva, Raimundo Severino da Silva e Erocilda Severino da Silva, todos devidamente qualificados nos autos, alegando, em síntese, que no dia 24 de abril de 1992, David Fiala Cheremeta, então Gerente-Geral do Banco do Brasil em Xapuri/AC, e Raimundo Ferreira Vital, Caixa-Executivo, abriram conta corrente usando o nome fictício de Iraci da Silva Magalhães, com a finalidade de realizar operações ilegais de crédito, em valores bilionários. Ainda, que a ficha de abertura e o cartão de autógrafos da referida conta foram assinados pela ex-concubina de David, a acusada Euri Severino da Silva.

Acresce que os créditos e aplicações passaram a constar da contabilidade da agência bancária sem que o dinheiro correspondente tivesse ingressado em seus cofres, propiciando aos autores da operação rendimentos de até Cr\$ 1.923.000.000,00 (um bilhão, novecentos e vinte e três milhões de cruzeiros), além de um prejuízo de Cr\$ 811.337.031,48 (oitocentos e onze milhões, trezentos e trinta e sete mil, trinta e um cruzeiros e quarenta e oito centavos) causado ao Banco do Brasil a título de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) recolhidos junto ao Banco Central, decorrente das operações inexistentes.

Consta da peça imputatória que o dinheiro resultante do negócio ilícito era utilizado pelos denunciados para efetuar créditos nas contas correntes de clientes que estavam devedores com o Banco. Em seguida, os clientes eram informados que os seus débitos estavam quitados junto ao banco e os denunciados passavam a exigir, para si, as importâncias, através de cobranças pessoais.

O Ministério Público Federal denuncia ainda que Euri Severino da Silva e Raimundo Alves da Silva emprestaram seus nomes e contas correntes do Banco do Brasil para que David Cheremeta efetuasse os maiores depósitos.

Os réus João Honorato Cardoso, Azis Hadad de Melo e Eudes Severino da Silva, foram acusados pelo MPF por efetuarem operações de vendas fictícias através do Ourocard e emissão de faturas frias, enquanto o acusado Raimundo Severino da Silva recebeu financiamento rural irregular, pois o aplicou em finalidade diversa da prevista na lei e no contrato.

A imputada Erocilda Severino da Silva foi denunciada por tentar sacar Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros) de sua conta em proveito próprio através de medida judicial, mesmo sabendo da proveniência ilícita do dinheiro.

(...)

Alegações finais pelo Ministério Público Federal, retificando os termos da denúncia nas seguintes aspectos: (...); g) quanto a David Fiala Cheremeta requereu sua condenação nas penas previstas para os crimes dos arts. 4º da Lei 7.492/1986, com agravante do art. 62, inciso I, do Código Penal, com a causa especial de aumento da pena por crime continuado, pois foram vários os atos, art. 19 da Lei 7.492/1986, onde foi o mentor e beneficiado com Aziz Hadad e Eudes S. da Silva, art. 20 da Lei 7.492/86, onde agiu com Raimundo S. da Silva. Pugnou pela sua absolvição dos crimes do art. 5º da Lei 7.492/1986, por insuficiência de provas (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal), arts. 171, 172 e 299 do Código Penal, pelo princípio da especialidade (fls. 2.382/2.434).(cf. fls. 2.554/2.558 – grifei)

Sentenciando o feito, o MM. Juiz *a quo*, assim decidiu em relação ao ora apelante, destaco:

Os elementos trazidos aos autos permitem identificar a autoria e a materialidade dos fatos denunciados, revelando-se uniforme e consistente a prova produzida para incriminar o réu David Fiala Cheremeta quanto aos delitos dos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, combinados com o art. 71 do Código Penal; (...)

Neste aspecto, cumpre anotar que o acusado David Fiala Cheremeta inventou uma estória confusa e contraditória em seu depoimento policial de fls. 107/144 e informações de fls. 1.580/1.587, que acabou sendo desmentida no interrogatório judicial, quando confessou a autoria dos delitos. Assim, às fls. 685/687, afirmou:

“Que os fatos narrados na denúncia, em parte são verdadeiros; (...) que não houve o depósito de noventa e sete bilhões, mas que foi registrado no papel de depósito no Caixa, mas o dinheiro correspondente a este valor não entrou no banco; que foi o superintendente do banco que lhe mandou registrar o depósito de duzentos bilhões em nome de Iraci Silva Magalhães, mas não mandou o dinheiro para Xapuri; (...) que o depósito de noventa e sete e meio bilhões de cruzeiros entrou no dia 28 de abril e foi sacado no dia 30 de abril através de três cheques, um de noventa e sete bilhões e o outro de quarenta milhões de cruzeiros, perfazendo um total de noventa e sete bilhões e meio de cruzeiros; que os noventa e sete bilhões foi aplicado em Fundo Ouro; que esse dinheiro aplicado rendeu um bilhão de oitocentos milhões de cruzeiros aproximadamente; que salvo engano retirou desse valor a importância de sessenta e cinco milhões de cruzeiros; que esse dinheiro serviu para pagar débitos de clientes inadimplentes na

Agência Xapuri, tanto que a Agência ficou sem nenhum devedor; que o restante desse dinheiro seria transferido para outras Agências como, Plácido de Castro, Brasília, Tarauacá, por isso iam fazer aplicação de igual valor para com os juros pagar todos os débitos de todos os clientes inadimplentes do Estado; (...) que no dia seguinte procedeu a um depósito um pouquinho maior, no valor de noventa e sete bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros; que quem criou esse nome fictício de Iraci da Silva Magalhães foi o próprio Superintendente; que os cheques já chegavam na Agência assinados com o nome fictício de Iraci da Silva Magalhães; que Euri chegou a assinar cheques em nome de Iraci da Silva Magalhães que depois foram rasgados pelo interrogado; que o interrogado se recusou a usar o nome de Euri, e então usava o de Iraci da Silva Magalhães; (...).

A prova testemunhal produzida e os interrogatórios dos demais denunciados, corroboram com a confissão do réu David Cheremeta, valendo destacar, fls. 684:

Que quem fez o depósito de noventa e sete bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros foi o senhor David Fiala Cheremeta, quando Gerente Geral da Agência de Xapuri/AC; que viu quando ele abriu uma máquina de Caixa só para autenticar esse documento; que não viu entrar e nem sair esses valores em dinheiro;

(...).

De outra parte, a materialidade do fato se constata através das autorizações para transferências fraudulentas, fls. 1.861/1.863, extratos bancários revelando a movimentação da conta corrente fictícia de Iraci da Silva Magalhães, fls. 1.873/1.875, movimentação de contas fraudulentamente, fls. 1.879, 1.882/1.885, cheques fraudulentos, fls. 2.033/2.035, e autorização para abertura da conta irregular, fl. 2.036.

Isso não bastasse, o laudo de exame grafo-técnico de fls. 2.174/2.183, revela que os dados de preenchimento, por extenso e em números, apostos nos documentos de fls. 2.033/2.035, foram produzidos pelo punho escritor de David Fiala Cheremeta, bem como as assinaturas que autorizam as movimentações fraudulentas nas contas correntes da agência bancária.

Assim, é indubitável afirmar que estão presentes a autoria e a materialidade dos delitos e, dessa forma, configurados os tipos penais previstos nos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986” (fls. 2.559/2.563 – grifei).

David Fiala Cheremeta, ora recorrente, sus-

tenta que “a figura penal que tipifica o art. 4º da Lei 7.492/1986 não encontra ressonância nos presentes autos, tendo em vista que é claro quando a lei quis dizer gerir fraudulentamente, somente cabe a interpretação para o presente caso, se o apelante fosse administrador com portaria ou qualquer ato legal que lhe garantisse a condição de gerente ou então pelo estatuto da sociedade financeira em questão, Banco do Brasil, porém, o apelante apenas substituiu o gerente que estava ausente, numa gestão até mesmo temerária e não pode, pelo princípio da lei ser comparado seu cargo ao do gerente legalmente nomeado, razão disto que o MM. juiz *a quo* não deveria considerar o apelante como o responsável pela gestão empresarial da instituição financeira, pois não tinha qualquer ato legal que o nomeasse para o cargo de gerente-geral e sua ascendência ao cargo se deu de forma natural por ser o mais antigo dos funcionários naquela agência e, todas as ordens lhe eram passadas por telefone ou pessoalmente, sem que houvesse qualquer documento hábil para tal, razão disto é que está totalmente des-tipificado o crime do art. 4º da citada lei em relação ao apelante” (fls. 2.608/2.609).

Sem razão o apelante, por isso que, conforme anteriormente consignado, explicitou o eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, por ocasião do julgamento do HC 38.385/RS que:

(...), gerir fraudulentamente instituição financeira é praticar qualquer ato de administração e/ou gerenciamento de forma ardilosa, enganosa, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar alguém, ou de não cumprir determinado dever inerente ao cargo exercido pelo agente, sendo desinfluyente qualquer resultado que eventualmente leve à insolvência ou falência da respectiva instituição (DJ 21/03/2005, p. 411).

Nesse sentido, aliás, tem decidido esta Corte, destaque:

Penal. Gestão fraudulenta. Art. 4º e 25 da Lei 7.492/86. Gerente de banco. Sujeito ativo. Recebimento da denúncia.

I – Os recorridos, na qualidade de gerente de produção de banco, incluem-se entre as pessoas mencionadas no art. 25 da Lei 7.492/1986 e, assim sendo, incidem nas penas do seu art. 4º, se vier a ser comprovada a gestão fraudulenta supostamente praticada. (...) (RCCR . 2000.38.00.023466-9/MG, rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, DJ 15/07/2005, p. 18)

Penal. Gestão temerária de instituição financeira. Jogo de duplicatas. Concessão de cheque azul além da alçada administrativa.

1. A normalidade (credibilidade) no sistema financeiro nacional, como objeto jurídico do crime de gestão temerária (Lei 7.492/1986 – art. 4º, parágrafo único), pode ser malferida no todo ou em parte, podendo o crime de gestão temerária de instituição financeira ser cometido, não somente pelos dirigentes máximos da instituição, como também pelos gerentes de agência bancária, no exercício regular de suas atividades, mesmo que não tenham poder de mando geral sobre a instituição à qual pertencem. (HC 2004.01.00.052022-2/AM, rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, DJ 17/06/2005, p. 36)

Diante disso, no particular, não há que se falar em atipicidade na conduta do ora apelante.

Quanto ao art. 5º da Lei 7.492/1986, afirma o ora apelante “que não desviou e nem apropriou-se de dinheiro, título, valor ou qualquer bem imóvel (sic) de que tinha a posse e nem desviou em proveito próprio ou alheio e sim a operação (com desdobramentos) que fora ordenado a fazer somente trouxe lucros para o banco e não para o apelante; assim, destipificado está, também, o crime do art. 5º da citada lei, com relação ao apelante, esta destipificação está em conformidade com o requerimento do ilustre representante do *Parquet* Federal em suas alegações finais, em que pede a absolvição do apelante por insuficiência de prova, pois, já naquela fase entendia conforme é hoje o entendimento da defesa” (cf. fls. 2.609/2.610).

Vejamos.

É certo que o Ministério Público Federal, em suas alegações finais de fls. 2.382/2.434, sustenta, destaque:

Outras acusações contra o Sr. David sobre o crime de apropriação indébita, tendo como vítimas José Elias de Alencar e Raimundo Nonato de Abreu, este crime está descrito no art. 5º da Lei 7.492 (...).

O Sr. José Elias, na fl. 452, disse, perante a polícia, que comprava no mercado de Azis Hadad, tendo feito compra no valor de Cr\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil cruzeiros), em maio ou abril de 1992, ou seja, valor equivalente a 1.320 dólares. Era dono de um ‘posto de lavagem de carros’, só tendo instrução primária e tinha 38 anos na época (fl. 452). Diz que tinha um cartão ouro que pensou ter sido extraviado, avisou o banco para cancelar o cartão. Depois, teria achado o cartão,

com ajuda da esposa, e fez as compras com o cartão cancelado.

Diz, o Sr. José Elias, que “não sabe ler” e que teria “falta de conhecimento na utilização de cartão de crédito e lides bancárias.” Desse modo, teria adquirido dívidas grandes. E que teria dado Cr\$ 3.000.000,00 (três milhões de cruzeiros) a David e este teria se apropriado do dinheiro, dado em espécie.

O Sr. Raimundo Nonato de Abreu, diante da polícia, nas fls. 499 a 501, disse que trabalha na Casa Portuguesa, em Xapuri, “há dezenove anos”. Que teria entregue para depósito Cr\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil cruzeiros) para o caixa Raimundo Vital e este teria entregue para Davi. E que apenas Cr\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil cruzeiros) foram depositados. E que David teria se apossado dos Cr\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil cruzeiros) restantes (equivalentes a 300 dólares). Que o dinheiro teria sido depositado na conta de Raimundo, o recibo é que estaria com David.

Excelência, nestes dois casos, tudo indica que David teria feito depósitos nas contas inadimplentes dos dois e estes não teriam recibos. José Elias ganhou empréstimos generosos e Raimundo depósitos dos quais não tem recibo, estando “sujeito à cobrança judicial” (fl. 501) pelo Banco do Brasil.

Logo, o Ministério Público Federal requer a absolvição de David da denúncia por ter infringido o art. 5º da Lei 7.492/1986. Mas as provas dos depoimentos dos Senhores José Elias e Raimundo Nonato mostram a prática do crime descrito no art. 4º da Lei 7.492/1986, com a causa especial de aumento da pena (crime continuado, art. 71 do CPB) por parte do denunciado David Cheremeta. (fls. 2.424/2.425)

Contudo, esse arrazoado do Ministério Público Federal não resiste aos fundamentos a seguir expostos.

O MM. juiz federal *a quo*, ao decidir assim se manifestou:

(...) é indubitado afirmar que estão presentes a autoria e a materialidade dos delitos e, dessa forma, configurados os tipos penais previstos nos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986.

Por sua vez, a jurisprudência tem proclamado caracterizar os delitos de gestão fraudulenta e apropriação atos que tais, valendo trazer a confronto os seguintes fragmentos, que bem elucidam a questão:

“Gestão fraudulenta. Manobras fraudulentas. Transferência ilegal de valores da conta

de empresa de consórcio de veículos (instituição financeira) para conta de outra empresa, com destino diverso, objetivando vantagem indevida para o agente (o diretor da segunda empresa), prejudicando os consorciados, que, por essa razão, não puderam receber seus automóveis, configura gestão fraudulenta, prevista como crime no art. 4º da Lei 7.492, de 1986.

Apropriação de dinheiro da instituição financeira, pelo seu diretor. O administrador da instituição financeira, no caso o Banco Hércules, que, se apropria de dinheiro da instituição, mediante empréstimo de altos valores a empregados seus, sem lastro financeiro, que não recebiam o dinheiro, (empregados utilizados como laranjas, servindo como meros intermediários), comete o crime previsto no art. 5º da Lei 7.492, de 1986.”(TRF da 1ª Região, ACr. 95.01.33704/MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ 19/12/96, p. 98.758)

(...)

Não há duvidar, pelas provas existentes e o *iter* criminoso empregado, que o réu David Fiala Cheremeta tinha o preconstituído propósito de fraudar o banco e não emitir duplicata simulada, prestar declaração falsa, fraudar balanço, aplicar diversamente do contratado financiamento ou mesmo obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, mediante fraude, praticando isoladamente tais condutas ou com designo autônomo. Toda sua atividade criminosa foi desenvolvida com o objetivo do ardid bancário.

(...)

Por sua vez, a violação ao art. 5º da Lei 7.492/86 imposta ao acusado David *configura crime autônomo, porque representa ataque a bem jurídico distinto da fraude bancária, mesmo porque esta não traz insita a noção de apropriar-se. Na realidade, a apropriação inscrita na citada norma configura hipótese especialíssima de apropriação indébita, sancionadora de gestores de instituição financeira (administradores e gerentes).* (Grifei)

E, no mesmo sentido assim se pronunciou o *Parquet* federal nesta superior instância:

(...) *nos autos há contundentes provas do desvio de valores para contas de devedores do Banco do Brasil em razão das fraudes perpetradas, tornando-se evidente a prática do crime tipificado no art. 5º da Lei 7.492/86”* (cf. fl. 2.690 – grifei).

Com efeito, o longo cotejo probatório dos presentes autos não deixa dúvidas sobre a conduta descrita no art. 5º da Lei 7.492/1986.

Em juízo declarou o recorrente:

(...); que o depósito de noventa e sete e meio bilhões de cruzeiros entrou no dia 28 de abril e foi sacado no dia 30 de abril através de três cheques, um de noventa e sete bilhões e o outro de quarenta milhões de cruzeiros, perfazendo um total de noventa e sete bilhões e meio de cruzeiros; que os noventa e sete bilhões foi aplicado em Fundo Ouro; que esse dinheiro aplicado rendeu um bilhão de oitocentos milhões de cruzeiros aproximadamente; que salvo engano retirou desse valor a importância de sessenta e cinco milhões de cruzeiros; que esse dinheiro serviu para pagar débitos de clientes inadimplentes na Agência Xapuri, tanto que a agência ficou sem nenhum devedor; que o restante desse dinheiro seria transferido para outras agências como, Plácido de Castro, Brasília, Tarauacá, por isso iam fazer aplicação de igual valor para com os juros pagar todos os débitos de todos os clientes inadimplentes do Estado; (...) que no dia seguinte procedeu a um depósito um pouquinho maior, no valor de noventa e sete bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros; (...) (fls. 685/687).

Da prova testemunhal, colhe-se o seguinte depoimento de Roberto Duncan de Freitas (fl. 1.236):

Que na contabilidade do banco houve um depósito de valor elevadíssimo, no valor de Cr\$ 97.500.000.000,00 (noventa e sete bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros), não havendo porém a entrada de numerário no caixa do banco; Que o objetivo do depósito desse valor vultoso era auferir rendimentos com aplicação no mercado financeiro; O depósito foi efetuado no dia 28/04 e nesta mesma data 97.000.000.000,00 (noventa e sete bilhões) foram aplicados no fundo de curto prazo; Que esta aplicação foi resgatada no dia 30/04, produzindo rendimentos na ordem de Cr\$1.000.000.000,00 (um bilhão de cruzeiros) aproximadamente; Que esse valor de Cr\$ 1.000.000.000,00 foi utilizado, a partir daquele momento, pelas pessoas que aqui tentaram a fraude; Que uma parte foi depositada em contas de clientes, cujo saldo estava irregular; outra parte foi usada para pagar faturas de cartão de crédito vencidas de clientes diversos, ainda outra parte foi utilizada para liquidar dívidas de clientes, junto ao setor de empréstimos; Que uma parte foi levantada em espécie; (...)

E, ainda, do depoimento também prestado em juízo por Raimundo Ferreira Vital, destaque (fl. 689):

Que quem fez o depósito de noventa e sete bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros foi o senhor David Fiala Cheremeta, quando Gerente

Geral da Agência de Xapuri/AC; que viu quando ele abriu uma máquina de caixa só para autenticar esse documento; que não viu entrar e nem sair esses valores em dinheiro; (...).

Isto posto, nego provimento ao recurso de David Fiala Cheremeta.

Defiro-lhe a gratuidade judiciária (fl. 2.601).

3. Recurso de Raimundo Alves da Silva:(art.19, Lei 7.492/1986)

O ora apelante pede sua absolvição, sustentando, em síntese, que:

(...) foi totalmente envolvido pela astúcia e sagacidade da mente maquiavélica e desvirtuada do mentor de toda a trama, David Fiala Cheremeta, que convenceu o réu até mentir. Desvirtuando um homem de bem, com quase 70 (setenta) anos de idade, que nunca esteve sequer numa Delegacia de Polícia.

É aviltante que esse indivíduo fez com as pessoas humildes daquela cidade.

Excelências, o Sr. Raimundo é semi-analfabeto, sabe apenas assinar o nome, lê muito mal, tanto é que assinava todos os documentos para o gerente em branco, inclusive os cheques.

(...)_

As provas não conferem grau de certeza da participação e cooperação conscientes de todos os réus, com exceção de David. (fls. 2.647/2.648)

Segundo leciona, ainda, Rodolfo Tigre Maia, a “objetividade jurídica imediata é a proteção dos interesses patrimoniais das instituições integrantes do SFN e, por extensão, de seus investidores, poupadores, acionistas etc. contra lesões potenciais originárias da obtenção fraudulenta de recursos a elas pertencentes e, mediatemente, resguardar o interesse estatal na integridade e manutenção do próprio sistema e dos objetivos socioeconômicos por ele almejados” (ob.cit. p. 123).

Compulsando os autos, verifico que em juízo, declarou o ora apelante:

(...) que o acusado era cliente do Banco do Brasil e tem uma pequena lanchonete em Xapuri/AC, que é daí que o interrogado tira seu sustento; que o interrogado pegava a renda diária do seu pequeno comércio e entregava para David Cheremeta para depositar em sua conta; que não tem conhecimento dos depósitos de quinze milhões; seis milhões e duzentos; dez milhões, dezoito milhões; dezoito milhões, cento e noventa e dois mil e oi-

tenta e dois cruzeiros, feitos nos dias 4, 5 e 15 de maio em sua conta; que deve ter sido David Cheremeta quem fez esses depósitos pois era a única pessoa que mexia em sua conta e David gozava da confiança do acusado, até porque era o gerente da Agência de Xapuri/AC; que o acusado era credenciado no Ouro Card e quem fazia o preenchimento das faturas sem vendas de mercadorias era o próprio David; que alguma assinatura que fez foi mandado por David Fiala Cheremeta; que nunca usufruiu de nenhum ilícito dessa natureza; que nunca se beneficiou de nenhum valor ilícito feito por David Cheremeta; que as faturas eram assinadas por ele; que algumas faturas o acusado assinou; que nega a autoria dos fatos narrados na denúncia; (...) (fl. 692 e verso).

Consta da respeitável sentença recorrida:

O denunciado Raimundo Alves Da Silva, ao contrário de João Honorato, Aziz Hadad e Eudes Severino, *participou ativamente da trama criminosa que coroou com a obtenção de financiamento irregular para quitação de supostas vendas mercantis em seu estabelecimento, pagas através do cartão Ourocard*. Nisso, desde o começo do embuste idealizado por David Cheremeta *ele procurou auxiliá-lo*, começando com a ilusória guarda em sua casa comercial do numerário que teria sido aplicado na instituição bancária pela inexistente Iraci, fls. 1.237, 1.252/1.256, *chegando mesmo a afirmar que a conhecia*, fls. 1.588, 1.601. Assim, em flagrante conchavo com David, *conseguiu obter expressivo financiamento que sabia gerado da maquiavélica fraude daquele, conforme lançamentos em sua conta, fls. 1.876/1.878*, como, por exemplo, o crédito de Cr\$ 5.280.000,00 (cinco milhões, duzentos e oitenta cruzeiros) (fls. 1.876 e 1.878).

No ponto, o próprio Raimundo Alves no inquérito, fls. 258/260, *confessou em parte a conduta irregular ao admitir o preenchimento de nota promissória em branco a pedido de David*, o qual lhe disse que objetivava aplicar recursos, fl. 260. No interrogatório judicial, fl. 692, esse réu também afirmou que quem preenchia as faturas sem venda era David e algumas delas ele assinou, fl. 692 v., *o que possibilitou a obtenção de numerário sob fraude*. (cf. fls. 2.568/2.569 – grifei)

Ora, os argumentos da defesa do ora apelante no sentido de que foi enganado por David Cheremeta, não me convence.

Como bem salientou o MM. juiz *a quo*, bem assim o Ministério Público Federal, o ora apelante, embora sabendo somente assinar o nome, era comerciante, possuindo mais de um comércio, tinha,

portanto, conhecimento da fraude elaborada pelo réu David Cheremeta.

Diante disso, nego provimento ao recurso de Raimundo Alves da Silva.

4. Recurso de Apelação de Raimundo Ferreira Vital

Sustenta o réu Raimundo Ferreira Vital, em síntese, que (fls. 2.658/2.663):

era apenas um funcionário do Banco do Brasil, cumpridor de suas obrigações;

obedeceu ordem superiores “promanadas da pessoa do Sr. David Fiala Cheremeta, idealizador e executor da manobra arдил, utilizando-se da inexperiência do apelante para por em prática sua conduta delitiva”;

que praticou os atos apontados como delituosos em estrita obediência a ordem de superior hierárquico (art. 22 do CP);

David Cheremeta “até então gozava de boa reputação perante a comunidade da cidade de Xapuri, ademais o mesmo era Gerente-Geral da agência do Banco do Brasil, constituindo-se, assim, verdadeira ‘autoridade’ para com os moradores daquela pacata cidade, onde o apelante em momento algum desconfiou de suas intenções delitivas, nem tampouco as demais pessoas da comunidade, também lesadas”;

é primário, de bons antecedentes e “soma a seu favor o fato de ter agido em circunstâncias anormais quanto ao atingimento do resultado criminoso, que não foi querido por ele e, apesar do implemento criminoso contra a sua vontade, demonstrou equilíbrio ao tentar minorar as consequências do ocorrido, quando devolveu aos cofres do Banco do Brasil o dinheiro recebido de David Fiala Cheremeta no valor de Cr\$ 12.000.000,00 (doze milhões de cruzeiros), como empréstimo, haja vista que o teria pego para comprar uma casa, a qual vendeu por Cr\$ 13.500.000,00 (treze milhões e quinhentos mil cruzeiros), valor este, recebido integralmente pelo Banco do Brasil como pagamento do débito”;

que o “próprio Ministério Público Federal tece considerações em suas alegações finais, que deixam clara a inocência do apelante (...)”;

que o “próprio Ministério Público Federal pediu sua absolvição em parte por falta de provas”.

Pois bem, é certo que o Ministério Público Federal em suas alegações finais (fls. 2.669/2.682), requereu a condenação do ora recorrente pelo crime de “gestão fraudulenta” (art. 4º da Lei 7.492/1986) e sua

absolvição pela prática do crime previsto no art. 5º dessa mesma lei.

Contudo, em que pesem as razões recursais e o pronunciamento em referência do representante do *Parquet* federal, não merece censura a r. sentença de primeiro grau.

Com efeito, com base nos fatos e provas produzidas, assim decidiu o MM. juiz *a quo*:

O réu *Raimundo Ferreira Vital* colaborou com a empreitada criminosa realizada por David Cheremeta. Este acusado, embora tenha negado os fatos, fls. 689/690, apresentou versão inconsistente com a robusta prova colhida contra si. Nisso, a prova documental produzida e o acervo probatório apresentam-se suficientes e harmônicos, revelando a violação dos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, em co-autoria com David Cheremeta.

No particular, cumpre observar que Raimundo Vital *assinou* a exatidão dos boletins de caixa por diversas vezes, fls. 1.726, 1.747, 1.855, 1.856 e 1.858, e mais a guia de transferência fraudulenta de fl. 1.883, atestando a movimentação do numerário inexistente.

Ademais, em declaração firmada de próprio punho, fls. 2.059/2.061, o acusado Raimundo Vital revelou ter autenticado pagamentos de cheques irregulares, valendo destacar, fl. 2.060:

‘Os saques nos valores de quarenta milhões e de quatrocentos e sessenta milhões foram autenticados por mim a pedido do Sr. David. Dizia ele que estava autorizado pela Sra. Iraci S. Magalhães a apanhar o dinheiro na agência. (...)’

Além disso, o imputado afirmou ter recebido de David Cheremeta a quantia de doze milhões de cruzeiros por empréstimo, fl. 689, sem, entretanto, comprovar tal transação, o que implica concluir que Raimundo Vital auferiu vantagens indevidas para si com a realização das operações fraudulentas de crédito.

Por fim, à fl. 2.182, o laudo de exame grafo-técnico revela que Raimundo Ferreira Vital preencheu os dados e assinaturas do cartão de autógrafo de fl. 2.037, confirmando inequivocamente sua participação no delito. (Cf. fls. 2.565/2.566)

A propósito, a testemunha Roberto Duncan de Freitas, nomeado Gerente-Geral daquela mesma Agência de Xapuri do Banco do Brasil, após os fatos narrados na denúncia, em juízo, declarou que:

(...) no dia 15/05 foi emitido um cheque no valor de Cr\$ 55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões de cruzeiros) e com o produto foi tomada

uma ordem de pagamento para aquisição de um imóvel em nome do Sr. Raimundo Ferreira Vital, em Rio Branco; (...) que a auditoria do banco não conseguiu identificar a pessoa que movimentava em nome de Iracy Da Silva Magalhães por se tratar de questão que exige especialização, *mas posteriormente veio a saber que era o Sr. Raimundo Ferreira Vital*; (...) que a maioria dos cheques citados assim como faturas e depósitos eram efetuados no guichê do Sr. Raimundo Ferreira Vital; (...) (fls. 1.236/1.237 – grifei).

Como se pode verificar, à vista desses fundamentos, não tem qualquer receptividade o argumento do recorrente segundo o qual é duvidosa a conduta delitiva que lhe foi imputada na denúncia; ao contrário, o *decisum* encontra-se respaldado na prova oral, documental e técnica produzidas, que demonstram a sua participação na empreitada criminoso realizada por David Cheremeta e que não foram desconstituídas pelo apelante.

Quanto à alegação de que os atos foram praticados pelo recorrente em estrita obediência a ordem de superior hierárquico (art. 22 do CP), também não merece prosperar, por isso que consoante também consignou o MM. juiz sentenciante, nenhuma prova produziu no decorrer da instrução processual e *“ainda que se admitisse Vital fosse mandado, não deveria cumprir as ordens eis que manifestamente ilegais”* (fl. 2.571).

Com efeito, nessa linha de orientação assim leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

Como é necessário para que se cumpra a ordem, estar ela de acordo com o direito (emanada da autoridade competente, atribuição do agente para a prática do ato, não estar proibida em lei), não se escusa o subordinado quando tem conhecimento de sua ilicitude. Tem ele o dever de indagar-se da legalidade da ordem quando a recebe. (*in Código Penal Interpretado* – 5. ed. – Atlas – p. 222/223).

Finalmente, no tocante ao argumento de que o recorrente não poderia ser sujeito ativo dos crimes capitulados nos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, também não merece êxito o seu inconformismo, tendo em vista o disposto no art. 29 do Código Penal, conforme ficou anteriormente já consignado.

Nesse sentido, leciona Juliano Breda:

A participação pode ocorrer com agentes do mercado destituídos de poder de administra-

ção ou não sócios da instituição (investidores), mas que prestam colaboração para a consecução das fraudes, ou instigam aqueles dotados de poder de gestão a praticarem o crime em debate.

(...)

Geralmente, a imputação dos delitos próprios previstos na lei a terceiros é permitida, desde que exista no concurso autoria de, pelo menos, uma das pessoas com as especiais qualidades exigidas no tipo. É esse o entendimento majoritário em relação ao peculato, tradicional crime próprio.

Para o crime de gestão fraudulenta, a interpretação deve ser rigorosamente a mesma, sob pena de impunibilidade da participação (*in Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos processuais da Lei 7.492/86 – Renovar – 2002 – p. 80/82*)

Nego, pois, provimento ao recurso de Raimundo Ferreira Vital.

Em conclusão, nos termos acima expostos, restando evidenciado que as condutas dos recorrentes Euri Severino Da Silva, David Fiala Cheremeta e Raimundo Ferreira Vital se subsumem aos dois tipos penais diversos, consubstanciados nos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/1986, atingindo bens jurídicos distintos, e que se fazem presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal (crime continuado), impõe-se a aplicação da pena mais grave.

Considerando, também, que não merece qualquer reparo a condenação de Raimundo Alves Da Silva pela prática do crime previsto no art. 19 da mesma lei em referência e, ainda, considerando que a dissimetria das penas aplicadas e bem assim os regimes estabelecidos para o seu cumprimento estão corretas, confirmo a r. sentença recorrida em todos os seus termos.

Todavia, tem razão o ilustre representante do Ministério Público Federal ao assim se pronunciar nesta Superior Instância, *verbis*:

(...) tendo em vista o longo tempo percorrido para que este volumoso processo viesse ao seu termo final, com a devida prolação da sentença definitiva, sem que o Órgão do Ministério Público tenha interposto o recurso de apelação, aflora, de forma lamentável, a incidência da chamada prescrição retroativa da pretensão punitiva (art. 110, § 1º, CP) relativamente às penas aplicadas aos réus Euri Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva e Raimundo Ferreira Vidal — este último apenas no concernente à pena do art. 5º da Lei 7.492/1986

—, vez que as suas condenações não superaram os dois anos de reclusão.

Como se pode perceber, entre o recebimento da denúncia (25/09/1992) e a entrega da sentença condenatória em cartório, com a publicação em 05/08/1998, decorreu período superior ao prazo prescricional estipulado no art. 109, inciso V, do Código Penal, qual seja, quatro anos.” (Fl. 2.691 – grifei).

Isto posto, por tais razões e fundamentos, nego provimento aos recursos, mas, acolhendo esse pronunciamento do *Parquet* federal, declaro extinta a punibilidade, em virtude da ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva, em relação às penas impostas aos réus Euri Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva e Raimundo Ferreira Vital, este último somente no tocante à pena referente ao art. 5º da Lei 7.492/1986.

É como voto.

Voto (no gabinete)

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, apenas verifico, e colocaria até como uma reflexão, a pena para esses delitos, do art. 4º, em que houve a condenação, e do art. 19, a prescrição é antevista para 5 de agosto. O que ocorre? O Tribunal tem reexaminado os recursos, e deles só cabendo recursos especiais, que não têm efeito suspensivo, para o STJ, ou a via do recurso extraordinário. O Supremo Tribunal Federal, à vista dessa realidade, tem entendido que os tribunais de reexame da causa têm a competência para expedir os mandados de prisão em decorrência desses acórdãos que vierem a tomar confirmando condenações ou até impondo condenações. E pondero, aí no caso, a necessidade realmente de se expedir o mandado de prisão porque, se se for aguardar os trâmites da publicação, eventual interposição de recurso extraordinário ou embargo de declaração, advém o dia 5 de agosto a prescrição se consuma. E uma circunstância que impõe, digamos, a interrupção da prescrição é o início do cumprimento da pena.

Então, ponderaria que complementássemos o julgamento, determinando logo a expedição desse mandado de prisão. Eventualmente, a cópia do mandado para a 1ª instância, digamos, a apresentação do preso ao juiz que prolatou a sentença, não é o Tribunal, porque o Tribunal apenas fez a revisão, e o Tribu-

nal também fazer remessa de uma cópia do processo, para que o juiz delibere quanto à expedição da guia de recolhimento do preso. Acredito que seja essa a forma mais contundente de se dar eficácia à decisão do Tribunal, que pode eventualmente cair no vazio à vista da proximidade do prazo prescricional.

A jurisprudência do Supremo, de que certamente Vossa Excelência tem conhecimento, é no sentido de confirmar, e o próprio STJ tem coonestado, esses mandados de prisão expedidos pelo Tribunal, à conta de que os recursos contra os acórdãos do Tribunal em nível de reexame de apelações, os recursos que venham a ser interpostos, não têm efeito suspensivo, justificam a expedição.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Nessa linha de orientação do Supremo Tribunal Federal, a que Vossa Excelência está se referindo, é no sentido de que uma vez julgado o recurso de apelação ser dada eficácia à decisão do Tribunal com a expedição do mandado de prisão, nessa linha de orientação. Vossa Excelência já verificou?

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Já. Existe uma jurisprudência assente, e trago o caso porque, eventualmente, se fosse um fato ainda ...

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — É que outras conseqüências, inclusive até mesmo da sentença condenatória, e depois a jurisprudência dessas questões dos crimes hediondos e etc., houve alteração no entendimento, porque se aplicava o art. 594, em que uma das conseqüências da sentença condenatória era o recolhimento do réu. Inicialmente, foi aplicado esse art. 594; depois, começou-se a discutir, se foi preso em flagrante e respondeu ao processo preso, preventivamente, outra situação; então, começou a jurisprudência a enveredar por outros caminhos, no princípio da presunção de inocência.

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Exato. Mas nessa matéria realmente o Supremo já tem definição.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Porque nunca atinge o objetivo.

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Sim. Fica sem objetivo, porque, se se colocasse como causa interruptiva da prescrição a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal, estava resolvido. Mas aí não, é só lá no 1º grau. A sentença condenatória even-

tualmente confirmada pelo Tribunal não tem consequência nenhuma em termos da prescrição.

Nego provimento às apelações, determinando a expedição do mandado de prisão e sem prejuízo de reconhecer a prescrição na linha que foi divisada pelo voto de Vossa Excelência em relação àquele delito do art. 5º da Lei 7.492.

Decisão

A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos e declarou extinta a punibilidade em virtude da ocorrência de prescrição retroativa da pretensão punitiva em relação às penas impostas aos réus Euri Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva e Raimundo Ferreira Vital, este último somente no tocante à pena referente ao art. 5º da Lei 7.492, de 1986, acolhendo, no particular, o pronunciamento do Ministério Público Federal. Determino ainda a expedição do mandado de prisão, com a apresentação do preso ao juízo do processo para início da execução provisória da pena e, bem assim, o encaminhamento de cópia dos autos ao juízo de origem.

Aditamento ao Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Vou acrescentar ao voto, no final, acolhendo a ponderação de Vossa Excelência, determinando a expedição de mandado de prisão.

O Exmo. Sr. Des Federal Hilton Queiroz: — Porque o início de cumprimento depois tem que expedir o mandado de prisão e aí deve ser apresentado ao juiz da sentença, porque não é o Tribunal que vai executar a sentença, e o Tribunal manda, depois, uma cópia desses autos, porque que eventualmente pode haver interposição de outros recursos, mas eventualmente o juiz recebe para extrair a guia provisória, uma cópia dos autos. A expedição do mandado de prisão com a apresentação também do preso ao juiz prolator da sentença para oportuno início da execução da pena.

O Exmo. Sr. Des Federal Mário César Ribeiro: — Então fica: expeça-se mandado de prisão, com a apresentação dos presos ao juízo do processo, para início da execução provisória da pena, encaminhando cópia dos autos ao juízo de origem.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Hilton Queiroz: — A sentença é exata e deve ser mantida por seus próprios fundamentos, cuja pertinência as razões do apelo não lograram abalar, como bem destaca o opinativo ministerial, da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. João Francisco Sobrinho, que adoto para decidir, explicitando:

8. Não merece agasalho o apelo de David Fiala Cheremeta. Com efeito, inexistente absolutamente prova nos autos que corrobore a tese de que David haveria agido mediante coação irresistível. Aliás, pouco crível é o argumento de que toda a família do apelante haveria sido ameaçada pelo superintendente-geral do Banco do Brasil, tão-somente para que a instituição obtivesse lucros, consoante insinua o recorrente. Por outro lado, não há que se falar em cerceamento de defesa pelo simples fato de haverem existido ao longo da instrução criminal mais de um defensor dativo; dos autos, depreende-se, sim, é a repetida contradição existente nas diversas manifestações do próprio réu.

9. Quanto à inaplicabilidade do art. 4º da Lei 7.492/1986, pouco importa que o apelante tenha sido o gerente substitutivo da Agência do Banco do Brasil em Xapuri/AC à época dos fatos. Na realidade, era o apelante o responsável pelo gerenciamento do estabelecimento, o que lhe proporcionou a possibilidade de fraudar a instituição; evidente, portanto, a correta tipificação da sua conduta.

10. Por outro lado, nos autos há contundentes provas do desvio de valores para contas de devedores do Banco do Brasil, em razão das fraudes perpetradas, tornando-se evidente a prática do crime tipificado no art. 5º da Lei 7.492/1986.

11. A continuidade delitiva também está evidenciada. Tais condutas criminosas, devido à similitude de condições, devem ser entendidas como continuação uma da outra, consoante disposição do art. 71 do CP, como bem acentuado na r. sentença condenatória, haja vista a forma reiterada como foram efetuadas as condutas delituosas dos réus.

12. A apelante Euri Severino da Silva foi partícipe nos crimes cometidos por David Fiala. A mesma confessou haver por diversas vezes assinado cheques e cartão de autógrafo em nome de uma pessoa inexistente (Iraci da Silva Magalhães), dentre outras condutas. Não há que se falar do desconhecimento da apelante da ilicitude de sua conduta. Como bem acentuou o eminente juiz *a quo*, trata-se de “pessoa instruída, tendo inclusive obtido aprovação em concursos federais, fls. 342/343” (fls. 2567).

13. Quanto ao apelante Raimundo Ferreira Vital, este não pode acobertar-se sob o manto de obediência hierárquica. Como bem dispõe o art. 22 do CP, necessário seria que a ordem não fosse manifestamente ilegal. Ora, às fls. 1.145/1.153, dentre outras provas, encontra-se a pericial no sentido de que Raimundo assinou cheques como se fora a pessoa fictícia de nome Iraci da Silva Magalhães, além de haver preenchido dados e assinaturas do cartão de autógrafa (fl. 1.153).

14. Da mesma forma se verifica comprovada nos autos a conduta delitiva do apelante Raimundo Alves da Silva, da qual não pode fugir, uma vez que participou ativamente da trama criminoso, beneficiando-se com a obtenção de financiamento de vulto, de maneira irregular para quitação de supostas vendas mercantis em seu estabelecimento, pagas através de cartão ourocard.

15. Por tudo isso, demonstrado está a total improcedência dos argumentos expendidos nas apelações, pelo que se opina no sentido de se lhes negar provimento.

16. Por outro lado, tendo em vista o longo tempo percorrido para que este volumoso processo viesse ao seu termo final, com a devida prolação da sentença definitiva, sem que o Órgão do Ministério Público tenha interposto o recurso de apelação, aflora, de forma lamentável, a incidência da chamada prescrição retroativa da pretensão punitiva (art. 110, § 1º, CP) relativamente às penas aplicadas aos réus Euri Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva e Raimundo Ferreira Vital — este último apenas no concernente à pena do art. 5º da Lei 7.429/1986 -, vez que as suas condenações não superaram os dois anos de reclusão. Como se pode perceber, entre o recebimento da denúncia (25/09/1992) e a entrega da sentença condenatória em cartório, com a publicação em 05/08/1998, decorreu período superior ao prazo prescricional estipulado no art. 109, V, do Código Penal, qual seja, quatro anos.

17. Importante salientar, ainda, para o cálculo da prescrição, as penas aplicadas aos réus devem ser analisadas isoladamente, pouco importando a unificação em razão da continuidade delitiva. Sobre o tema, adequado o ensinamento de Celso Delmanto, *verbis*:

“Ainda que as penas tenham sido aplicadas na sentença cumuladamente (sic), em concurso material, elas não se somam para fins prescricionais, extinguindo-se isoladamente, por força de disposição expressa constante do art. 119 do CP. Pela mesma razão legal, não se conta o aumento devido ao concurso formal nem o acréscimo pelo reconhecimento do crime continuado.” (Celso

Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, Rio de Janeiro, 1991, p. 180)

18. Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo desprovimento das apelações interpostas pelos sentenciados, decretando-se, contudo, a prescrição retroativa da pretensão punitiva no que diz respeito às penas impostas aos réus Euri Severino da Silva, Raimundo Alves da Silva e Raimundo Ferreira Vital - este último apenas no que tange à pena referente ao art. 5º da Lei 7.492/1986.” (fls. 2.689/2.692).

Quanto às preliminares agitadas no apelo de David Fiala Cheremeta, não merecem acolhida, por indemonstrado prejuízo, certo que o réu exercitou sua defesa, em plenitude, a prova produzida atende à demonstração da materialidade e da autoria, e o princípio da identidade física do juiz não está inscrito no Código de Processo Penal.

À vista do exposto, nego provimento às apelações, sem prejuízo de reconhecer a prescrição, na linha divisada pelo eminente Relator, a cujo voto integralmente adiro.

Atento à jurisprudência dos Colendos STF e STJ, determino a expedição *incontinenti* de mandado de prisão contra os réus Raimundo Ferreira Vital e David Fiala Cheremeta para fins de execução provisória da pena, observando-se expressamente o regime prisional fixado para cada um deles.

Sobre o tema, destaco os seguintes julgados daqueles Tribunais:

Habeas corpus. Recurso especial interposto pelo acusado. Inexistência de efeito suspensivo. Possibilidade de prisão imediata do condenado. Magistrado de primeira instância que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal. Deliberação que não vincula os tribunais superiores. Pedido indeferido. Prisão do sentenciado e interposição dos recursos excepcionais.

- A mera interposição dos recursos de natureza excepcional – recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) – não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes.

Juiz que condiciona a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação penal.

– A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal *ad quem* em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal *ad quem* – porque substituíra a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal – faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de primeiro grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrerem em liberdade. Precedente.

Princípio da não-culpabilidade do réu.

– O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente.

Convenção americana sobre direitos humanos e prisão antecipada do condenado.

– O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção ao *status libertatis* do réu (art. 7º, 2) –, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente da sentença condenatória meramente recorível. Precedente: HC. 72.366-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade. (HC 72.610/MG, 1ª Turma, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 06/09/1996, p. 31.850)

“Processual Penal. Habeas corpus. Estelionato. Decisão de segundo grau. Recursos de índole extraordinário.

I – Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), *ex vi* art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, em regra, só tem efeito devolutivo, sendo legítima

a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II – A eventual limitação, fixada em primeiro grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o tribunal de segundo grau, (precedentes do Pretório Excelso e do STJ). *Writ* denegado. (HC 18.990-RJ, rel. Ministro Félix Fischer, DJ 01/04/2002)

Nesse sentido ainda, confira-se: STF: HC 74.832/SP, rel. Ministro Néri Da Silveira, DJ 22/09/2000; HC 74.396/SP, rel. Ministro Octávio Galloti, DJ 07/02/1997. STJ: HC 22.936/RJ, rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 12.05.2003; HC 8.964/PE, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ 19/02/2001; e Súmula 267.

Providencie-se cópia integral deste processo para encaminhamento ao juízo prolator da sentença de primeiro grau, competente tanto para execução definitiva como provisória da decisão condenatória, e a quem deverão ser apresentados os mandados de prisão quando de seu cumprimento.

É como voto.

Quinta Turma

Agravo de Instrumento

2005.01.00.028752-5/MA

| | |
|-----------------------|---|
| Relatora: | A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida |
| Relator para acórdão: | O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus |
| Agravante: | União Federal |
| Procuradora: | Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero |
| Agravado: | Erivelton Cabral Silva |
| Advogado: | Dr. Heleno Mota e Silva |
| Publicação: | DJ 2 de |

Ementa

Agravo de instrumento. Concurso público. Carreira de policial federal. Exame psicotécnico.

I – Revela-se adequado e pertinente o exame psicotécnico para candidatos aos cargos da carreira da Polícia Federal, a fim de se evitar o ingresso de pessoas desprovidas de aptidão psicológica e que demonstrem temperamento incompatível com o exercício das respectivas funções.

II – Tal avaliação, porém, não pode pautar-se em critérios não-revelados, com características de subjetividade, que impeçam o exame do Poder Judiciário acerca de eventual lesão ou ameaça de lesão a direito decorrente do uso desses critérios, sob pena de ofensa às regras constitucionais inscritas no art. 5º, XXXV, e 37, *caput*, I e II.

III – Recentemente, esta Corte, por intermédio da 5ª e 6ª Turmas, tem recusado legitimidade ao teste psicotécnico, na forma como vem sendo aplicado, ao fundamento de que não é dado à Administração exigir que os candidatos se enquadrem a perfil psicológico/profissiográfico específico, previamente traçado por ela, visto que os critérios informadores de tal perfil não constam do edital do certame, nem de lei, tampouco foram noticiados aos concorrentes, de modo que tal procedimento termina por macular o referido exame de índole subjetiva e sigilosa, bem como por extrapolar os fins a que se destina.

IV – Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Acórdão

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

5ª Turma do TRF 1ª Região – 05/07/2006.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator para acórdão.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:
— Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão que deferiu a antecipação de tutela para garantir ao agravado Erivelton Cabral da Silva a participação no Curso de Formação Profissional da Academia Nacional de Polícia, relativo ao

Concurso para Delegado da Polícia Federal, Edital 25/2004 – DGP – DPF.

Alega, para tanto, que o agravado, em exame psicotécnico, foi considerado “não recomendado” na avaliação psicológica e acrescenta que a pretensão do agravado em prosseguir nas demais fases do certame revela-se irrazoável, absurda e desproporcional, eis que contraria o edital que rege o concurso.

Aduz que o acesso ao cargo em comento exige que o candidato possua temperamento adequado ao exercício da função, temperamento este aferido por meio de avaliação psicológica, segundo o que dispõe o art. 3º da Lei 9.654/1998.

A União ressalta, ainda, que ao agravado foi oportunizada uma “Sessão de Conhecimento” na qual se tem acesso aos testes que foram produzidos quando da avaliação psicológica, ao laudo-síntese e às explicações sobre o processo como um todo.

Pugna pelo provimento do agravo para cassar a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela.

Foi deferida a antecipação da tutela recursal, conforme decisão de fls. 119-120, para revogar integralmente a tutela antecipada deferida em primeiro grau, determinando o imediato desligamento do candidato caso já estivesse participando do curso de formação.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 123-133.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:
— A avaliação psicológica realizada no âmbito do concurso público para os cargos de agente, delegado e perito criminal da Polícia Federal já foi objeto de exame por esta Corte em reiteradas ocasiões.

Inicialmente é cabível reconhecer a legalidade da avaliação psicológica em concursos para admissão de pessoal nos cargos que compõem a estrutura de polícia da Polícia Federal.

O texto do art. 37, I, da Constituição Federal, preconiza que os cargos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

Logo, a realização de exame psicotécnico encontra respaldo na Constituição Federal, desde que haja expressa previsão na lei reguladora do cargo público.

No caso dos autos, a avaliação psicológica obe-

dece à determinação inscrita na legislação de regência dos concursos para a admissão de pessoal na Polícia Federal, nos termos do Decreto-Lei 2.320/1987.

Sobre a questão, confira-se, dentre outros, o seguinte julgado:

Administrativo. Concurso público para delegado da Polícia Federal. Exame psicotécnico. Legitimidade e constitucionalidade. Decreto-Lei 2.320/1987 e art. 37, I, da Constituição Federal. Irrecorribilidade administrativa do resultado. Conseqüências. Aprovação em teste psicotécnico em anterior concurso para agente da Polícia Federal. Inaproveitabilidade. Art. 37, II, da CF/1988. Aprovação tácita de candidato. Impossibilidade. Caracter eliminatório do teste. Possibilidade.

I – “É legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público para o ingresso na Academia Nacional de Polícia” (Súmula 239 do TFR).

II – Igualmente constitucional a exigência de exame psicotécnico para investidura na carreira policial federal, de vez que, na forma do art. 37, I, da Constituição Federal de 1988, os cargos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, sendo certo que o art. 8º, III, do Decreto-Lei 2.320/1987 exige o exame psicotécnico para a matrícula em curso de formação profissional, promovido pela Academia Nacional de Polícia, de molde a apurar o temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à carreira.

III – A exigência do exame psicotécnico, em concurso para a carreira policial federal, prevista em legislação de caráter especial (Lei 4.878/1965 e Decreto-Lei 2.300/1987), não é incompatível com a Lei 8.112/1990, que, ademais, prevê, em seu art. 5º, § 1º, que “as atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei”.

IV – Não realizada a entrevista, no exame psicotécnico, não há que se falar em subjetivismo do aludido teste.

V – Inadmissível aprovação tácita de candidato em exame psicotécnico, em face da alegada não-divulgação do respectivo resultado, no momento oportuno.

VI – Inexiste irregularidade na eliminação do candidato ao término da segunda fase do exame psicotécnico, máxime estando prevista no edital do certame tal possibilidade.

VII – A aprovação do impetrante em teste psicotécnico, em anterior concurso para o cargo de escrivão da Polícia Federal, de nível médio, há

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene de Almeida e Fagundes de Deus.

mais de dez anos, não é suficiente para liberá-lo de aprovação em exame psicotécnico específico, em concurso público para o cargo de delegado da Polícia Federal, de nível superior; pena de quebra flagrante do princípio da isonomia — que deve reinar entre os concorrentes ao certame — e de afronta ao art. 37, II, da CF/1988 (ADI 837, Rel. Min. Moreira Alves).

VIII – Conquanto a jurisprudência acolha a tese da inicial de que o exame psicotécnico não se pode revestir de caráter sigiloso e irrecorrível, o pedido formulado no *writ* não decorre daquela causa de pedir, ou seja, não requer o impetrante que a autoridade apontada coatora lhe conceda vista do resultado do teste e examine eventual recurso interposto pelo candidato, pretendendo, ao contrário, a anulação do exame psicotécnico e o reconhecimento de que possui o perfil psicológico adequado ao exercício do cargo de delegado da Polícia Federal.

IX – Apelação improvida. (AMS 1997.01.00.011085-0/DF, Rel. Juíza Assuete Magalhães, Segunda Turma do TRF – 1ª Região, DJ de 11/09/1997. P.73.039).

Não cabe ao Poder Judiciário examinar o conteúdo da avaliação psicológica, devendo cingir-se aos critérios utilizados para a realização do exame.

Os mesmos devem ser claros e afastar subjetividades que comprometam o resultado da avaliação, bem como não podem impedir a interposição de recursos contra seus resultados.

No demais, é importante que o exame obedeça aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da ampla defesa.

Cumprido ressaltar que o edital do certame não foi impugnado pelo autor e, desta forma, ao aderir às suas normas, o candidato sujeitou-se às exigências nele contidas.

Contudo, o agravado certifica que o edital é omissivo quando trata da avaliação psicológica, afirmando inexistir qualquer menção às técnicas, testes, provas, ou ao percentil mínimo para aprovação dos candidatos.

Da leitura dos autos, observa-se que o exame foi aplicado com base em testes indicados para a aferição do perfil delineado pela Polícia Federal como adequado às exigências mínimas para admissão ao cargo pleiteado.

Foram aplicados testes e dinâmicas de grupo, os quais, pelas provas coligidas aos autos, não apresentam nenhuma irregularidade.

A avaliação psicológica objetiva verificar a adequação do temperamento dos candidatos à função que irão exercer, de acordo com o perfil do cargo para o qual se inscreveram, as necessidades da instituição, bem como o interesse da sociedade.

A agravante informa que os testes utilizados no concurso atendem aos requisitos científicos, entre eles precisão, objetividade, fidedignidade, previsibilidade e padronização, não logrando o agravado constituir prova em sentido contrário.

O candidato, insatisfeito com a sua não-recomendação, teve acesso às razões da sua desclassificação, teve a faculdade de se fazer acompanhar por profissional particular (fl. 94) e interpôs seu recurso administrativo, o qual foi rigorosamente examinado, como consta nos autos.

Veja-se que os exames foram realizados por profissionais habilitados e ao exercer seu direito à interposição de recurso, o qual foi adequadamente apreciado (fl. 70), não há que se falar em atecnia da banca examinadora, sigilo dos testes, ou dos critérios de avaliação, nem em subtração do direito de recorrer.

No entanto, o agravado aponta, dentre outros fatores, a contradição constante do laudo-síntese e do parecer psicológico da não-recomendação, afirmando haver ilogicidade entre as conclusões “dominação exacerbada” e dependência exacerbada”, além da falta de publicidade das razões que levaram à referida conclusão.

Embora possa afigurar-se contraditório o parecer psicológico da não-recomendação, de fl. 95, observa-se que as características analisadas são distintas. Nota-se do Inventário dos Cinco Fatores de Personalidade Reduzido – ICFP-R que o tópico que diz respeito à “*dominação exacerbada*” analisa a capacidade que o sujeito tem de manipular e mandar nos outros, o sujeito que se mete em confusão e brigas e que gosta de ser o centro das atenções. Por outro lado, o tópico que diz respeito à “*dependência exacerbada*” analisa se a pessoa tem iniciativa, e, nesse contexto, segue a opinião e o comando dos outros.

Das descrições acima, conclui-se que existe, para cada tópico examinado, uma descrição bastante

específica, que demonstra claramente que as questões analisadas divergem nos seus pontos componentes.

Quanto à falta de publicidade das razões e da motivação especificada das mesmas, transcrevo parte da resposta ao recurso interposto contra o resultado provisório da avaliação psicológica, senão vejamos:

Quanto à alegação do candidato de que os resultados do ICFP-R foram incongruentes entre si, cabe ressaltar que os testes foram analisados de acordo com as respostas dadas nas respectivas folhas de leitura ótica pelo candidato. Foi solicitado que o candidato fosse sincero em todas as suas respostas. No entanto, as características medidas são diferentes e uma não serve para generalizar a outra.

De toda a prova coligida, nada há que possa levar à conclusão de ter havido qualquer ilegalidade ou irregularidade na realização da avaliação psicológica no âmbito do concurso público regido pelo Edital 25/2004 – DGP/DPF.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo.

É como voto.

Voto Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Cuida-se de agravo de instrumento interposto por União Federal contra decisão que, em ação de procedimento ordinário, deferiu o pedido de antecipação de tutela, a fim de determinar-lhe que admita o ingresso do autor; ora agravado, no curso de formação do concurso público para provimento de cargo de delegado de Polícia Federal, Edital 25/2004 – DGP/DPF – Nacional, não obstante a sua reprovação no exame psicotécnico do aludido certame.

Na sessão realizada no dia 31/05/2006, após relatar o feito, a eminente Relatora, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, proferiu voto provendo o recurso, conforme se infere das fls. 146-149.

Para análise acurada da causa, pedi vista.

Inicialmente, é imperioso mencionar que considero adequado e pertinente o exame psicotécnico para candidatos aos cargos da carreira da Polícia Federal, a fim de se evitar o ingresso de pessoas desprovidas de aptidão psicológica e que demonstrem temperamento incompatível com o exercício das respectivas funções.

De outra parte, é certo que tal avaliação não pode pautar-se em critérios não-revelados, com características de subjetividade, que impeçam o exame do Poder Judiciário acerca de eventual lesão ou ameaça de lesão a direito decorrente do uso desses critérios, sob pena de ofensa às regras constitucionais inscritas no art. 5º, XXXV, e 37, *caput*, I e II.

Assim é que o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público, desde que seja previsto em lei e tenha por base critérios estritamente objetivos, de caráter reconhecidamente científico.

Nessa linha de raciocínio, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Ementa: Concurso público. Exame psicotécnico. O acórdão recorrido, em última análise, decidiu que a avaliação do candidato, em exame psicotécnico, com base em critérios subjetivos, sem um grau mínimo de objetividade, ou em critérios não revelados, é ilegítimo, por não permitir o acesso ao Poder Judiciário para a verificação de eventual lesão de direito individual pelo uso desses critérios. Ora, esta Corte, em casos análogos, tem entendido que o exame psicotécnico ofende o disposto nos arts. 5º, XXXV, e 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição Federal. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 243926/CE; Relator: Min. Moreira Alves; Órgão julgador: Primeira Turma; DJ 10/08/2000).

Ementa: 1. Recurso. Extraordinário. 1. Inadmissibilidade. Servidor público. Concurso público. Exame psicotécnico. Avaliação baseada em critérios subjetivos. Ilegalidade reconhecida. Ofensa aos arts. 5º, XXXV, e 37, caput, e incisos I e II, da CF. Agravo regimental não provido. A avaliação do candidato, em exame psicotécnico, com base em critérios subjetivos, sem um grau mínimo de objetividade, ou em critérios não revelados, é ilegítimo, por não permitir o acesso ao Poder Judiciário para a verificação de eventual lesão de direito individual pelo uso desses critérios. 2. Recurso. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (AI-AgR 457944/DF; Relator: Min. Cezar Peluso; órgão julgador: Primeira Turma; DJ 15/10/2004).

O exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que seja feito por lei e que tenha por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame. Com esse entendimento, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que concluíra pela inviabilidade do exame psicotécnico realizado em concurso para ingresso na carreira de policial civil, feito por meio de entrevista baseada em critérios subjetivos, sem o necessário rigor científico, cujo resultado era irrecorrível. Precedente citado: RE 112.676-MG (RTJ 124/770). RE 188.234-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 19/03/2002.(RE-188234).(RE 188234, Informativo 261)

Atenta, pois, às peculiaridades que permeiam o teste psicotécnico, na forma como vem sendo aplicado pela Administração, mais recentemente, esta Corte, por intermédio da 5ª e 6ª Turmas, tem-lhe recusado legitimidade. Isso porque não é dado à Administração exigir que os candidatos se enquadrem a perfil psicológico/profissiográfico específico, previamente traçado por ela, visto que os critérios informadores de tal perfil não constam do edital do certame, nem de lei, tampouco foram noticiados aos concorrentes. Dessa sorte, e na linha de tal entendimento, parece-me que a avaliação psicológica, com as características mencionadas refoge dos princípios jurídicos que lhe são inerentes, dada a sua índole subjetiva e sigilosa.

Não se pode olvidar, por oportuno, que o exame psicológico deve limitar-se aos fins a que se destina, isto é, revelar eventuais desvios de comportamento ou de personalidade não recomendadas ao exercício do cargo.

Nesse sentido, transcrevo o voto da insigne Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, a qual, no seu texto, se reporta ao escólio de Celso Bandeira de Melo:

(...).

É relevante a irrisignação do candidato, ora apelante, quanto à avaliação psicológica. No julgamento de casos semelhantes, tenho sustentado, com o apoio da maioria dos juizes integrantes da 6ª Turma deste Tribunal, a ilegalidade e inconstitucionalidade de exame psicotécnico que vise a investigar a adequação da personalidade do candidato a perfil profissiográfico estabelecido pela Banca Examinadora, não especificado no edital e incontrastável perante o Poder Judiciário.

Com efeito, embora seja certa a legalidade

da exigência do psicotécnico para ingresso no cargo pretendido (Súmula 239 do TFR, Lei 4.878/1965 e Decreto-Lei 2.320/1987), tal exigência não pode ser divorciada dos fins a que se destina, vale dizer, detectar eventuais desvios de comportamento ou de personalidade que prejudiquem o exercício do cargo. Apenas em tais casos, será válida a eliminação do candidato.

Pelo que se infere do edital (fl. 27), contudo, não foi apenas esta a intenção dos profissionais que fizeram a avaliação.

Com efeito, o item 6.3 do edital expressamente prevê que serão avaliadas diversas características de temperamento do candidato, bem como “distúrbios de personalidade prejudiciais e restritivos ao desempenho do cargo” (fl. 27):

“6.3. A avaliação psicológica consistirá na aplicação e na avaliação de baterias de testes e de instrumentos psicológicos, de aptidão, de nível mental e de personalidade, visando avaliar as condições psíquicas do candidato, identificando as características de capacidade de concentração e atenção, raciocínio lógico, maleabilidade/flexibilidade, perseverança, solução de problemas, capacidade de resolver detalhes, capacidade de observação, inteligência, perspicácia, segurança, rapidez de raciocínio, capacidade de relacionamento interpessoal, prudência, resistência à fadiga e à frustração, controle emocional, discernimento, maturidade, energia vital, capacidade de memória, senso crítico, bom senso, discricão, dinamismo, iniciativa, criatividade e objetividade, inerentes ao exercício profissional de papiloscopista policial federal, bem como os distúrbios de personalidade prejudiciais e restritivos ao desempenho do cargo.

6.4. O candidato considerado não-recomendado na avaliação psicológica será eliminado do concurso.”

Verifico, portanto, que não se limitou o psicotécnico a verificar a existência de anomalias ou desvios que não recomendassem os candidatos ao exercício do cargo. Buscou-se analisar se se enquadravam em um “perfil profissiográfico” previamente determinado pela Administração, mediante a descrição de diversos atributos de personalidade e temperamento que seriam avaliados.

A respeito da ilegalidade de exames psicotécnicos marcados pelo subjetivismo e pelo desconhecimento dos critérios de avaliação, vale lembrar o acórdão da 5ª Turma do STJ, da lavra do eminente Ministro Jorge Scartezzini, do qual extraio os seguintes parágrafos (MS 13.237-DF, 2001/0065637-5, DJ 26/08/2002):

“Com tais dados, nota-se que o edital é silente sobre o detalhamento do referido teste. No mesmo sentido, as informações da autoridade coatora (fls. 38-53) nada mencionam sobre o critério utilizado para aplicá-lo. A realização do exame psicotécnico, bem como psicológico, está acobertada não apenas para legislação (Lei 5.117/1966 – art. 3º, mas, principalmente, pela racionalidade e essência em face dos requisitos necessários à função da carreira policial. Contudo, a subjetividade deste não pode ser aceita, sob pena de arbítrio por parte do administrador. Celso Antonio Bandeira de Mello, *in Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*, RT, SP, 1990, 48/50, leciona-nos que:

‘Entretanto, o que se nega terminantemente e que seja compatível com o Texto Constitucional por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade e do concurso público – a adoção de um perfil psicológico em que se devam encaixar os candidatos, pena de exclusão do certame. Com efeito, uma coisa é ser portador de algum traço patológico ou exacerbado a níveis extremados e, portanto, incompatível com determinado cargo ou função, e outra coisa, muito distinta, é ter que estar ajustado a um “modelo” ou perfil psicológico adrede delineado para o cargo. Nega-se, igualmente, que as avaliações psicológicas possam ser irrecorríveis na via administrativa ou que o exame do recurso se possa efetuar sem a presença e fiscalização de um especialista indicado pelo candidato. Nega-se também que as avaliações psicológicas possam ser realizadas sem a prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, bem como da identificação dos especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais.’

Concordo inteiramente com o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello acima citado.

A Constituição prevê que a lei — e somente ela — possa estabelecer as condições para exercício de cargo público. A adequação a determinado “perfil profissional” estabelecido por psicólogos não é, contudo, requisito legal de investidura previsto para cargo algum. E nem seria razoável que o fosse, pois a infinita diversidade de personalidades, sempre com aspectos positivos e negativos, escapa à possibilidade de cadastramento e identificação da Psicologia. O candidato pode não ter boa capacidade de concentração, mas ter excelente memória e raciocínio lógico, por exemplo. Algu-

ma determinada característica de temperamento não possuída em grau satisfatório pode ser amplamente compensada por outras ostentadas pelo candidato.

Creio que nem mesmo à lei seria lícito estabelecer “perfis profissionais” nos quais devessem se enquadrar os integrantes de cada carreira, dada a subjetividade da exigência e a falta de critério aferível pelo Poder Judiciário para verificar a correção deste enquadramento. O escopo do concurso, além de possibilitar a admissão dos mais capacitados ao serviço público, é também dar a todos os administrados a possibilidade de, em igualdade de condições — igualdade esta baseada em critérios objetivos — candidatarem-se ao exercício dos cargos públicos. Nesse sentido, lembrem-se as seguintes passagens da ementa e do voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence no RE 194.657-1 (DJ04/12/2001):

“Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inócuas as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia.”

(...)

“42. Com razão, nessa linha, o parecer trazido por um dos recorrentes, do il. Prof. Celso Antonio (apenso, f. 8): ‘se os motivos puderem remanescer secretos, ignotas até para os atingidos pela decisão administrativa, evidentemente já não haveria garantia alguma de legalidade alguma do Poder Judiciário impor o primado do Direito, sentido algum para a regra constitucional de que não pode ser subtraída ao Poder Judiciário a apreciação sobre lesão de direito individual (art. 153, § 4º) e, ao final de contas, o próprio Direito nada valeria. Ou melhor, sua valência dependeria, por inteiro, da vontade do obrigado colocar-se ou não sob o seu império.’

(...)

“43 – *Last but not least*, é de notar que o Tribunal – por fidelidade às inspirações do princípio do concurso público – tem fulminado por diversas vezes o veto a candidato, ainda quando vinculado a conclusões de exame psicotécnico previsto em lei, se a sua realização se reduz a ‘entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia’ (RE 112.676, Rezek, RTJ 124/770) ou, de qualquer sorte, não ofereça grau mínimo de objetividade e publicidade, ‘de modo a permitir o acesso, ao Poder Judiciário, de eventual lesão de direito individual’.”

Lembro, também, o seguinte acórdão do STF, relatado pelo eminente Ministro Carlos Velloso:

“Constitucional. Concurso público. Julgamento sigiloso da conduta do candidato. Inconstitucionalidade.

I – Exame a avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito.

II – RE conhecido e provido.” (RE 125.556, RTJ 141/299).

Mesmo quando previsto em lei, o psicotécnico deve limitar-se, sob pena de inconstitucionalidade, à verificação da existência de traço de personalidade exacerbado ou patológico, ou desvio de comportamento, que impeça o exercício das atribuições do cargo.

Ademais, há, ainda, outra ilegalidade a viciar o psicotécnico na forma como realizado: é que ao candidato e ao profissional por ele contratado não é facultada, na fase de recurso, vista da integralidade dos documentos relativos aos exames realizados e respostas do candidato, mas apenas de um laudo-síntese, o que o impede de contestar, com eficiência, perante a Administração e o Poder Judiciário, os motivos de sua eliminação.

Cumpra notar que o sigilo que cerca o laudo do exame psicotécnico existe em benefício do interessado, não lhe podendo ser oposto e nem aos profissionais por ele contratados para defender seus interesses.

Assiste ao candidato — diretamente ou por intermédio do profissional por ele contratado, se razões de ordem científica assim o recomendarem — o direito de tomar conhecimento da integralidade do laudo que ensejou a sua eliminação do concurso, bem como de todos os critérios adotados pelos psicólogos examinadores, inclusive no que tange ao citado perfil profissiográfico.

Viola, portanto, o princípio constitucional da publicidade e motivação dos atos administrativos a negativa de fornecimento ao candidato de

todos os documentos e laudos que embasaram a sua eliminação.

Sobre o tema, podem ser citados inúmeros julgados desta Corte (cf. entre muitos outros, a AC 1997.01.00.013188-0/DF; relator Juiz Antônio Ezequiel; *DJ* 16/11/2001) e do STJ (REsp 411712/RS; relator Min. Felix Fischer; *DJ* 06/05/2002, e REsp 384407/PR; relator Min. José Arnaldo da Fonseca; *DJ* 22/04/2002).

Em face do exposto, dou provimento à apelação, para anular a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito e, com fundamento no § 3º do art. 515 do CPC, julgo procedente o pedido para assegurar ao apelante, observada a sua ordem de classificação, a participação nas fases subseqüentes do concurso para o cargo de papiloscopista policial federal, invalidando sua reprovação no psicotécnico. A pretendida nomeação e posse fica condicionada à aprovação no curso de formação e à classificação dentro das vagas a serem providas pela Administração, bem como ao trânsito em julgado do presente acórdão.

Acresço, ainda, os seguintes julgados:

Administrativo. Concurso público. Papiloscopista policial. Exame psicotécnico. Exigência de perfil adequado. Detalhamento exagerado. Duvidosa precisão na avaliação. Negativa de liminar para participar do curso de formação. Reforma da decisão.

1. É desproporcional a exigência de perfil adequado para o exercício do cargo de papiloscopista policial, avaliado mediante exame psicotécnico, nos itens capacidade de concentração e atenção, raciocínio lógico, maleabilidade/flexibilidade, perseverança, solução de problemas, capacidade de resolver detalhes, capacidade de observação, inteligência, perspicácia, segurança, rapidez de raciocínio, capacidade de relacionamento interpessoal, prudência, resistência à fadiga e à frustração, controle emocional, discernimento, maturidade, energia vital, capacidade de memória, senso crítico, bom senso, discrição, dinamismo, iniciativa, criatividade e objetividade.

2. Dos sete testes, a agravante foi aprovada em cinco. No geral, bastaria que fosse aprovada em quatro testes, mas foi considerada eliminada porque não alcançou pontuação em dois testes de personalidade, quando poderia ser reprovada em apenas um deles. Não parece que se prestem os referidos conceitos (subjetivos e indeterminados) a uma avaliação tão matemática.

3. O cargo de papiloscopista policial envolve, basicamente, colheita de impressões digitais e operação de arquivo datiloscópico infor-

matizado, atividades que, à primeira vista, não requerem um especialíssimo perfil, como se está a exigir. Além disso, estando em julgamento, por ora, apenas a questão da participação da autora no curso de formação, prepondera o *periculum in mora*, em face do iminente início desse curso. (AG 2004.01.00.041560-5/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 28/03/2005, p.44). (grifos)

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Delegado da Polícia Federal. Exame psicotécnico. Súmula 239/TRF. Perfil profissional sigiloso e caráter irrecorrível. Ilegalidade. Violação da Constituição Federal. Presença dos pressupostos autorizadores da antecipação da tutela recursal. Precedentes.

1. O enunciado 239 da Súmula do TRF já assentou o entendimento de que é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso para provimento de cargos públicos ligados à carreira da Polícia Federal. Também, a jurisprudência deste Tribunal, do STJ e do STF entende ser constitucional a exigência de psicotécnico em concurso público, desde que haja previsão legal (art. 37, I, da CF).

2. *Por outro lado, é pacificado entendimento no âmbito do TRF da 1ª Região que viola a CF/1988 a exigência de adequação do candidato a perfil profissional sigiloso estabelecido pela Administração, mas não constante da lei, do edital e nem informado aos candidatos posteriormente. É, igualmente, inconstitucional a atribuição de caráter sigiloso e irrecorrível ao teste.* (Cf. STF, RE 265.261/PR, Primeira Turma, Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 10/08/2001; RE 125.556/PR, Pleno, Ministro Carlos Velloso, DJ 15/05/1992; STJ, RMS 13.237/DF, Quinta Turma, Ministro Jorge Scartezini, DJ 26/08/2002; TRF1, AMS 2001.34.00.001436-7/DF, Sexta Turma, Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 24/05/2004; AMS 1999.01.00.039060-2/DF, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, DJ 18/03/2003; AC 2000.01.00.053737-2/MG, Quinta Turma, Desembargador Federal Antônio Ezequiel, DJ 10/06/2002).

3. *Tendo o agravante — candidato aprovado na primeira fase do concurso público para o cargo de delegado da Polícia Federal — sido reprovado na avaliação psicológica, efetuada de forma sigilosa, com a fixação de perfil profissional sigiloso, em que não lhe foi assegurado o amplo e irrestrito acesso aos motivos ensejadores de sua exclusão do certame, e ausente qualquer fundamento jurídico apto a justificar a reforma da decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, deve a mesma ser mantida em razão da ausência de legitimidade na exigência de*

adequação do candidato a determinado perfil profissional.

4. Agravo provido. (AG 2005.01.00.038705-1/MG, Rel. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (conv.), Sexta Turma, DJ de 30/01/2006, p.77). (grifos)

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Sargento da Aeronáutica. Exame psicotécnico. Previsão na Lei 4.345/1964. Perfil profissional sigiloso e caráter irrecorrível. Ilegalidade. Precedentes deste Tribunal e do STF.

1. É legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público para ingresso no Curso de Especialização de Soldados da Aeronáutica, em razão de expressa previsão legal (Lei 4.375/1964).

2. *Viola, contudo, a CF/1988 a exigência de adequação do candidato a perfil profissional sigiloso estabelecido pela Administração, mas não constante da lei, do edital e nem informado aos candidatos posteriormente. É, igualmente, inconstitucional a atribuição de caráter sigiloso e irrecorrível ao teste.* (Cf. STF, RE 265.261/PR, Primeira Turma, Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 10/08/2001; RE 125.556/PR, Pleno, Ministro Carlos Velloso, DJ 15/05/1992; STJ, RMS 13.237 / DF, Quinta Turma, Ministro Jorge Scartezini, DJ 26/08/2002; TRF1, AMS 2001.34.00.001436-7/DF, Sexta Turma, Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 24/05/2004; AMS 1999.01.00.039060-2/DF, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, DJ 18/03/2003; AC 2000.01.00.053737-2/MG, Quinta Turma, Desembargador Federal Antonio Ezequiel, DJ 10/06/2002);

3. Agravo de instrumento improvido. (AG 2005.01.00.004265-8/PA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 29/07/2005, p.64). (grifos)

Agravo de instrumento. Concurso público. Papiloscopista policial federal. Exame psicotécnico. Previsão na Lei 4.878/1965 e Decreto-Lei 2.320/1987. Perfil profissional sigiloso. Ilegalidade.

1. Presença dos requisitos da relevância do fundamento, uma vez que a jurisprudência “tem entendido que o exame psicotécnico ofende o disposto nos arts. 5º, XXXV, e 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição Federal” (RE 243.926/CE, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 10/08/2000, p.12), e de que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida, pois a participação do candidato no certame é necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional (Lei 1.533/1951, art. 7º, II).

2. Agravo provido.(AG 2004.01.00.041360-1/DF, Rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (conv.), Sexta Turma, *DJ* de 18/04/2005, p. 106) (grifos)

Administrativo. Concurso público. Cargo de papiloscopista policial federal. Reprovação em teste psicotécnico. Critério que condicionou à recomendação do candidato ao cargo ao seu enquadramento no perfil profissiográfico Traçado. Exigência não contida nas leis que regem o ingresso na carreira policial. Princípio da razoabilidade. Restrição ao direito de acesso a cargo público.

1. As leis referentes a exame psicotécnico da carreira policial federal exigem apenas que o candidato possua sanidade mental e temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional a que concorrer (Decreto-Lei 2.320/1987, art. 8º, inciso III e Lei 4.878/1965).

2. Apresenta-se fora da razoabilidade e restringe o direito ao acesso a cargo público o exame psicológico que visa a aferir a capacidade intelectual dos candidatos, segundo o perfil profissiográfico traçado pela Administração. Precedentes da Corte.

3. Apelação a que se dá provimento.(AC 2004.38.00.037232-7/MG, Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, Quinta Turma, *DJ* de 16/02/2006, p. 95).

Constitucional. Administrativo. Ação ordinária. Concurso público. Escrivão da Polícia Federal. Exame psicotécnico. Previsão na Lei 4.878/1965 e Decreto-Lei 2.320/1987. Perfil profissiográfico sigiloso. Ilegalidade. Sentença em conformidade com a jurisprudência do STF e do STJ e com a Súmula 239/TFR.

1. Segundo o enunciado 239 da Súmula do TFR, “é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público para ingresso na Academia Nacional de Polícia”, em razão de expressa previsão legal (Lei 4.878/1965 e Decreto-Lei 2.320/1987).

2. Viola, contudo, a CF/1988 a realização de psicotécnico cujo escopo não é aferir a existência de traço de personalidade que impeça o regular exercício do cargo, mas a adequação do candidato a “perfil profissiográfico” sigiloso, não previsto em lei e nem especificado no edital. (Cf. STF, RE 265.261/PR, Primeira Turma, Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* 10/08/2001; RE 125.556/PR, Pleno, Ministro Carlos Velloso, *DJ* 15/05/1992; STJ, RMS 13.237/DF, Quinta Turma, Ministro Jorge Scartezini, *DJ* 26/08/2002; TRF1, AC 2002.33.00.012601-5/BA, Sexta Turma, Desembargadora Federal Maria

Isabel Gallotti Rodrigues, *DJ* 21/10/2004; AMS 1999.01.00.039060-2/DF, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, *DJ* 18/03/2003; AC 2000.01.00.053737-2/MG, Quinta Turma, Desembargador Federal Antonio Ezequiel, *DJ* 10/06/2002.)

3. Apelação e remessa oficial não providas (AC 2002.34.00.023602-4/DF, Rel. Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares (conv.), Sexta Turma, *DJ* de 14/03/2005, p. 66)

Concurso público. Policial federal. Exame psicotécnico. Caráter sigiloso e subjetivo. Inconstitucionalidade.

1. A exigência do exame psicotécnico é legal e harmoniza-se com o preceito insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal.

2. Viola os arts. 5º, XXXIII, XXXV e LV, e 37 da Carta Magna a adequação do concursando a perfil profissiográfico previamente traçado pela Administração e pautado em critérios subjetivos, sigilosos e irrecoráveis.

3. Recurso adesivo dos autores provido.

4. Apelação da União e remessa oficial improvidas. (AC 1998.33.01.000996-0/BA, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Sexta Turma, *DJ* de 26/05/2003, p. 171)

De fato, os testes psicotécnicos, como o questionado nos autos, visando a aquilatar características tais como a capacidade de concentração e atenção, raciocínio, controle emocional, capacidade de memória, excedem o seu objetivo.

Ante o exposto, e com base nos precedentes apontados, divirjo do voto proferido pela ilustre Relatora, para negar provimento ao agravo de instrumento da União.

É o meu voto.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2006.01.00.006425-6/DF

| | |
|---------------------|--|
| Relator: | O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro |
| Relator p/ acórdão: | O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente |
| Agravante: | Agaciel da Silva Maia |
| Advogado: | Dr. Alberto Machado Cascais Meleiro e outros |
| Agravados: | Helois Helena Lima de Moraes Carvalho e outros |
| Advogado: | Mauricio Alves Santana |
| Publicação: | DJ de 31/07/2006 |

Ementa

Constitucional, Processual Civil e Administrativo. Agravo de instrumento. Congresso Nacional. Convocação extraordinária Ajuda de custo. Art. 57, § 7º, da Constituição Federal. Decreto Legislativo 1/2006. Impossibilidade de revogação de texto constitucional. Pagamento devido até a promulgação da Emenda Constitucional 50/2006. Evidência do direito. Antecipação de tutela satisfativa processualmente viável.

I – Afigura-se devido o pagamento da parcela indenizatória devida aos parlamentares das duas Casas do Congresso Nacional, que participaram da sessão legislativa extraordinária, durante o período de 15/12/2005 a 14/02/2006, na forma prevista no art. 57, § 7º, da Constituição Federal, vigente à época, não tendo o Decreto Legislativo 1/2006, força normativa bastante para revogar a aludida disposição constitucional e suprimir tal direito.

II – A vedação do pagamento de indenização, em razão da convocação extraordinária do Congresso Nacional, somente ocorreu com a edição da Emenda Constitucional 50/2006, cujos efeitos, em observância ao princípio da irretroatividade das normas e da proibição do retrocesso, devem ser considerados a partir da data de sua promulgação, ocorrida em 15/02/2006.

III – Diante da clareza e da evidência do direito à indenização devida aos parlamentares, autoriza-se, excepcionalmente, mesmo na estreiteza procedimental do agravo de instrumento, a concessão da antecipação da tutela satisfativa, na espécie dos autos.

IV – Agravo de instrumento provido.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 05/06/2006.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Agaciel da Silva Maia, na condição de Diretor-Geral do Senado Federal e réu em ação popular, contra a decisão (cópia – fls. 93 – 102) proferida nos autos de ação popular, que concedeu parcialmente a liminar *inaudita altera parte*, determinando à União, representada pelas Casas do Congresso Nacional, que (fl. 102):

(...) Efetive o pagamento da segunda parcela da ajuda de custo devida aos deputados federais e senadores, em decorrência da Sessão Legislativa Extraordinária em curso, em valores proporcionais, tendo como termo final o dia 18 de janeiro de 2006.

Suscita o agravante, preliminarmente, a incompetência absoluta do Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que ação idêntica tramita pelo Juízo da 20ª Vara da mesma Seccional, de modo a atrair a competência, por prevenção, devendo ser anulados os atos decisórios, a teor do disposto no art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil.

Na seqüência, argúi a impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que o pagamento questionado seria matéria exclusivamente de natureza regimental, *interna corporis*, que não se sujeitaria à apreciação do Poder Judiciário, e, ainda, falta de interesse de agir, dada a inexistência, nos autos, de qualquer ato de parlamentar “que seja violador da ordem jurídica”, e, por último, ilegitimidade ativa *ad causam* de alguns dos autores populares, que “não apresentaram a documentação necessária para demonstrar a sua legitimidade”.

No mérito, sustenta a não-ocorrência dos pressupostos autorizadores para a concessão do pleito liminarmente, quais sejam, os pertinentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, argumentando, quanto ao primeiro, que “a convocação extraordinária e o pagamento de verba indenizatória durante esse período estavam previstos no próprio texto constitucional e em decreto legislativo autorizador e regulamentador da forma de seu pagamento”, e, quanto ao segundo, por não se visualizar “nenhum prejuízo ou lesão ao patrimônio público”, mas, ao contrário, eis que “os trabalhos legislativos durante a convocação

extraordinária foram de fundamental importância para o desenvolvimento do País,” como a votação de três emendas constitucionais e outras matérias de interesse nacional.

Pleiteia, por isso, sejam suspensos os efeitos da decisão, com a determinação para o recolhimento dos mandados de intimação.

Indeferi, pela decisão (fls. 104 – 109), o pedido de efeito suspensivo, à consideração, em síntese, de que a decisão agravada não causaria prejuízo ao agravante.

Os agravados apresentaram contraminuta constante das fls. 112 – 124. Defendem, preliminarmente, o não-conhecimento do agravo porque, “além de ser manifestamente improcedente,” veio desacompanhado do comprovante do pagamento das custas processuais, sendo, por isso, “manifestamente inadmissível”.

Refutam, a seguir, a alegação de conexão entre a ação popular na qual foi proferida a decisão agravada e aquela outra, anteriormente ajuizada perante a 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, já que os objetos e os pedidos respectivos são distintos.

Alegam, ainda, a ocorrência de “elevado risco de prejuízo ao erário caso venha a efetuar o pagamento de segunda parcela,” pois “os meios legais que o Estado possui para ressarcir-se dos valores pecuniários são inócuos para restaurar o prejuízo sofrido”.

Quanto ao mérito do recurso, propriamente, sustentam a ilegalidade do pagamento de ajuda de custo aos parlamentares durante a convocação extraordinária, depois da vigência do Decreto Legislativo 1/2006, que o vedou, inexistindo direito a tal pagamento, ainda que sob a alegação, invocada pelo agravante, de que a lei não pode retroagir para atingir direitos adquiridos.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Procurador Regional Maurício Vieira Bracks (fls. 137 – 143), opina pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Conheço do agravo, apesar da alegação dos agravados de que veio desacompanhado do pagamento das custas processuais, porque se trata de decisão proferida em ação popular, hipótese em que as partes somente pagarão custas e preparo ao final, nos termos do disposto no art. 10 da Lei 4.717, de 29/06/1965.

Ao indeferir o pedido de efeito suspensivo, assim fundamentei a decisão (fls. 105 – 109), *verbis*:

Examino, preliminarmente, a incompetência absoluta do juízo para processar e julgar a ação popular, suscitada pelo agravante, ao argumento de que tramita perante a 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal outra ação, com idêntico objeto, qual seja, a suspensão do pagamento “aos senhores parlamentares, da ajuda de custo em razão da convocação extraordinária do Congresso Nacional”.

Efetivamente, como se vê às fls. 29 – 33 destes autos, foi ajuizada, anteriormente, ação popular perante a 20ª Vara Federal do Distrito Federal, na qual foi deferida, em parte, medida liminar para (fl. 32):

(...) determinar às autoridades requeridas que se abstenham de efetuar ou autorizar o pagamento das parcelas referentes à sessão legislativa extraordinária aos parlamentares das respectivas Casas Legislativas para os quais não haja comprovação do comparecimento a alguma(s) das atividades a que se refere o Ato Convocatório de 15/12/2005, em frequência mínima de três dias por semana, ou que não justifiquem suas ausências nos termos das normas regimentais e legais pertinentes, desde 16/12/2005.

Essa ação, ao que consta dos autos, foi ajuizada contra os Senhores Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, tendo por objeto a suspensão do “pagamento dos parlamentares faltosos à convocação extraordinária do Congresso definida no Ato Convocatório de 15/12/2005” (fl. 29), ao passo que a presente, além de ter partes distintas, havendo coincidência apenas parcial dos requeridos, tem por objeto a suspensão da segunda parcela do pagamento

pela convocação extraordinária, mas por fundamento diverso, qual seja, a ilegalidade do pagamento de indenização por convocação extraordinária depois da vigência do Decreto Legislativo 1, de 2006, que, alterando o Decreto Legislativo 7, de 1995, vedou esse pagamento.

Afasta-se, assim, a conexão, já que diversos o objeto e a causa de pedir nas duas ações.

Passo, então, ao exame do pedido de suspensão da decisão agravada, visto que as demais considerações de ordem preliminar devem ser resolvidas no juízo de primeiro grau.

Observo que, em razão da diversidade de objeto e causa de pedir desta ação em relação àquela anteriormente ajuizada, não se aplicam, aqui, os mesmos fundamentos expostos para a suspensão da decisão proferida naquela ação, os quais foram assim alinhados pelo ilustre Juiz Federal (convocado) Carlos Augusto Pires Brandão, que me substituiu durante férias regulamentares, *verbis*:

Com efeito, não se pode considerar a priori, *initio litis*, a prática de ato de improbidade administrativa, sem especificação de lastro probatório.

Em relação à falta dos senhores parlamentares às sessões, há instâncias e procedimentos adequados à apuração de legitimidade e responsabilidades, sem que se deva maltratar princípios constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito, em especial os da separação dos Poderes e do devido processo legal.

No que respeita à fixação do número mínimo de sessões, há de se ponderar o espectro da discricionariedade reservada a praxis política, a cujos limites deve-se ater a aferição jurisdicional. Em princípio, constitui atividade *interna corporis* do Congresso Nacional fixar o número mínimo de sessões de que o parlamentar deve participar, com a previsão de procedimentos de apuração de responsabilidades, em hipótese de descumprimento.

No caso ora sob apreciação, não se trata de matéria de fato a depender de dilação probatória, mas, sim, de questão exclusivamente de direito, a saber, a legalidade ou não do pagamento de ajuda de custo a parlamentares, em razão de convocação extraordinária, depois da vigência do Decreto Legislativo. 1/2006, que vedou tal pagamento.

A matéria é de cunho constitucional, dispondo o § 7º do art. 57 que:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves (convocado). Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.

Em nível infraconstitucional, estava disciplinada pelo Decreto Legislativo 7/1995, nestes termos:

Art. 3º É devida ao parlamentar, no início e no final previsto para a sessão legislativa, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração.

§ 1º A ajuda de custo destina-se à compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocadas na forma da Constituição Federal.

Todavia, o Decreto Legislativo 1/2006 alterou a redação do art. 3º do Decreto Legislativo 7/1995, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º É devida ao parlamentar, no início e no final previstos para a sessão legislativa ordinária, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração, ficando vedado o seu pagamento na sessão legislativa extraordinária.

Daí o entendimento dos autores populares de que, a partir de 19/01/2006, data da vigência do aludido decreto legislativo, nenhuma importância pode ser paga aos parlamentares a título de ajuda de custo pela convocação extraordinária, entendimento que foi secundado pelo magistrado de primeiro grau, que a esse respeito assim se pronunciou:

(...)

O art. 2º do Decreto Legislativo 1 de 2006, foi expresso ao determinar que o ato normativo entraria em vigor na data de sua publicação, esta ocorrida em 19 de janeiro próximo passado.

Não creio haver o que tergiversar a respeito dos efeitos imediatos a serem produzidos pelo decreto legislativo, ao qual, por razões que foram convenientes a seus editores, não se aplica o instituto da *vacatio legis*.

Em situações como a aqui observada, a doutrina firmou entendimento a respeito da produção imediata dos efeitos do ato legislativo. O saudoso Caio Mário da Silva Pereira assim se manifestou, em determinada oportunidade:

“Com a promulgação, tem-se a lei autenticada e perfeita. Mas não é possível concebê-la como uma ordem geral, antes da difusão do seu texto, que se realiza pela publicação. Esta fazia-se ou-

trora por pregões, anunciados a toque de tambor: divulgação mais simbólica que efetiva, pois não se podia aceitar, nem por presunção, que todas as populações ocorressem a ouvir o anúncio.

No Brasil, a publicação se realiza através do *Diário Oficial*, em que o texto legal vem estampado, de sorte a permitir a todos sua leitura e seu estudo. Com a publicação da lei, fixa-se a sua existência e identifica-se pela numeração que recebe e pela data da promulgação. *Mas a sua vigência, a sua qualidade está sujeita a regras especiais. Poderá haver ou não coincidência, entre a data da publicação e o momento em que se inicia o seu vigor. Em qualquer caso, o ponto de partida é a publicação oficial.*

*A fixação do início da vigência de uma lei deve ser buscada primeiramente nela própria, quando em disposição especial o estipula: ora estatuí que entra a vigorar na sua mesma data de publicação, caso em que não ocorre qualquer tempo intermédio produzindo seus efeitos no mesmo dia em que é estampada no Diário Oficial, e a partir de então sujeitando todos os indivíduos ao seu império; ora estabelece uma data especialmente designada como o momento inicial da sua eficácia, caso em que não há cogitar de nenhuma regra abstrata ou teórica, senão de aguardar a chegada do *dies a quo*. A escolha de uma ou de outra determinação é puramente arbitrária para o legislador, que se deixa naturalmente levar por motivos de conveniência. Faz coincidir a data da publicação e a entrada em vigor quando entende desaconselhável ao interesse público a existência de um tempo de espera. Ao contrário, estipula uma data precisa, e mais remota, para aquelas leis que, pela importância, pela alteração sobre o direito anterior, pela necessidade de maior estudo a mais ampla divulgação, reclamam se estenda no tempo a data de início da eficácia, como ocorreu com o Código Civil, promulgado a 1º de janeiro de 1916, e com início de vigência estabelecido para 1º de janeiro de 1917 (art. 1.806); o Código de Processo Civil, publicado em janeiro de 1973 para vigorar em 1º de janeiro de 1974.” destaques nossos (*Instituições de Direito Civil*, Vol. I, 6. ed. Forense, 1994, p. 73/74)*

Dúvida alguma há, destarte, sobre a eficácia imediata das disposições constantes do Decreto Legislativo 1 de 2006, as quais não poderão, contudo, retroagir e nem poderiam, já que, como já acima concluído, é o trabalho, e não a mera Convocação Extraordinária, o “fato gerador” do pagamento da ajuda de custo, sendo que não premiá-lo resultaria, inexoravelmente, em enriquecimento ilícito por parte da União.

Inferese, deste modo, que o pagamento da ajuda de custo na Sessão Legislativa Extraor-

dinária encontra-se totalmente vedado a partir de 19/01/2006, data da publicação do Decreto Legislativo 1 de 2006, mantendo-se incólume seu pagamento relativamente aos dias anteriores de trabalho extraordinário.

*Com maior precisão a para que não restem dúvidas, afirma-se que o trabalho extraordinário verificado de 19/01/2006 em diante, ainda que na Sessão Legislativa Extraordinária em curso, não deverá ser remunerado. Eis aqui, ainda de que modo parcial, a configuração do *fumus boni iuris*.*

Quanto ao risco na demora da prestação jurisdicional, o mesmo é evidente, já que, a partir do próximo dia 15 de fevereiro terá início nova Sessão Legislativa Ordinária (art. 57, *caput*, CF/1988), devendo ser adimplida, portanto, a segunda parcela da ajuda de custo até o dia 14 próximo, conforme redação originária do art. 3º do Decreto Legislativo 7 de 1995, o que exige a pronta intervenção judicial.

Por fim, relevante frisar que nenhum perigo de irreversibilidade ocorrerá com a concessão parcial da liminar, uma vez que há recursos para o pagamento integral da segunda parcela da ajuda de custo, de modo que, se cassada a decisão ou improcedente o pedido final, haverá como proceder-se ao adimplemento total da verba.

Conquanto não se possa, no exame que o momento processual enseja, firmar um convencimento definitivo sobre a questão posta em juízo, tenho que a decisão agravada está alicerçada nos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo de observar-se, no que diz respeito a este último, que milita contra o ora agravante, o qual, em caso de procedência da ação, estará sujeito ao ressarcimento, juntamente com os demais réus no processo, dos prejuízos causados ao erário.

Entendo, desse modo, que a decisão agravada não está a causar qualquer prejuízo ao agravante, inexistindo, também, quanto a ele, a fumaça do bom direito na sua pretensão de suspender os efeitos de tal decisão, razões que me levam a indeferir o pedido.

Os agravados, também parlamentares, à exceção de um, qualificado como advogado, depois de transcrever manifestação da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, segundo a qual “a aplicação da regra geral da eficácia imediata, no caso presente, acabaria por impedir o pagamento da segunda parcela, ferindo, assim, o princípio da não-retroatividade da lei”, defendem, ao contrário, a imediata aplicação da

nova regra, ao argumento de que “a norma alteradora do Decreto Legislativo 7/1995, que instituiu o comando proibitivo, não excepcionou sua vigência para além da atual sessão legislativa extraordinária (que findará a 14 de fevereiro)”, mas, ao contrário, teve a sua vigência a partir de sua publicação, em 19/01/2006.

Como se vê, contrapõem-se duas teses, ambas com sólidos fundamentos jurídicos, cujo exame de mérito deve ser feito no julgamento da ação popular; não neste agravo de instrumento, em que a análise das questões nele postas deve cingir-se a aferir a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), como previsto no art. 558 do Código de Processo Civil.

Algumas considerações, entretanto, merecem ser feitas acerca da aplicação da lei no tempo, frente ao princípio da irretroatividade, de acordo com a doutrina.

Arnold Wald anota que há dois princípios fundamentais que se enfrentam e se contrapõem, acrescentando:

(...) A segurança coletiva e a ordem jurídica exigem que a lei nova não alcance os fatos que lhe são anteriores, nem as suas conseqüências, mesmo que posteriores à nova lei. Mas o legislador tem o dever de melhorar as leis, de realizar o progresso no sentido da equidade e da justiça.

Duas são as finalidades do Direito: a justiça e a segurança. E muitas vezes entram em conflito. A justiça exige a punição dos criminosos. A segurança quer que o direito seja um arquipélago de ilicitudes (Soler).

A norma jurídica é, ao mesmo tempo, preventiva e repressiva, norma de conduta e norma de composição dos conflitos. Ora, como norma de conduta, como norma preventiva — e tal é o caráter que a política criminal tende de mais em mais a dar à lei — a norma jurídica deve preceder a infração. E o mesmo princípio deve ser aplicado em Direito Privado.

Como diz Gabba, no primeiro volume do seu livro sobre a retroatividade das leis, devemos constatar dois fatos:

1º) Não se pode negar a uma lei nova toda retroatividade. A lei nova deve ter alguma influência sobre as conseqüências ulteriores do fato, ou da relação de direito, que se deu na vigência da lei anterior, isto por motivo do progresso social que se impõe gradualmente, e não por saltos, por evolução, e não por revolução.

2º) Não se pode sujeitar totalmente à lei nova os efeitos posteriores à lei de atos anteriores a ela porque, o cidadão, observando a lei, adquire certos direitos de acordo com o pacto social.

Há, pois, casos em que a hegemonia pertence a um ou a outro desses dois princípios, segundo predomina o interesse de defender o bem comum, o bem-estar da coletividade e a justiça social, ou, então, a segurança individual e o direito adquirido.

A doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar, à lei nova, conseqüências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior.

Discorrendo acerca do direito adquirido assinala o autor citado:

Para Gabba, só é intangível, só não pode ser atingido pela retroatividade o direito adquirido, definindo o juriconsulto italiano o *direito adquirido como a conseqüência de fato idôneo para provocá-la de acordo com a lei antiga, direito esse que já deve ter entrado no patrimônio do indivíduo*. Toda a teoria de Gabba baseia-se nesse conceito de direito adquirido, caracterizado por ter sido *produzido por fato idôneo* e por já *se ter incorporado ao patrimônio do indivíduo*. Opõe Gabba ao conceito de direito adquirido a *faculdade legal* e a *expectativa*. Não basta, para que haja direito adquirido, que tenhamos a faculdade de praticar certo ato, nem que tenhamos a esperança, a expectativa de que certo fato se realize.

Referindo-se ao ato consumado, cujo direito já pertence ao indivíduo, não podendo ser atingido pela lei nova, acrescenta que, “para haver direito adquirido, deve haver um fato aquisitivo, pois *jus oritur ex facto*, e um direito em sentido objetivo, devendo ter o fato aquisitivo todos os elementos exigidos pela lei antiga, pois, senão, deixa de haver direito adquirido para caracterizar-se a existência de simples expectativa” (*in Curso de Direito Civil brasileiro – Introdução e Parte Geral – 8. ed., p. 97-98 e 103-104*).

Os agravados defendem a imediata suspensão do pagamento da ajuda de custo, ao argumento de que a norma que vedou esse pagamento “não excepcionou sua vigência para além da atual sessão legislativa extraordinária.” Cumpre observar, todavia, que vigência

e eficácia são expressões distintas, como anota Carlos Alberto M. S. M. Violante, ao tratar da eficácia da lei no tempo, acrescentando que:

(...) Lei vigente é aquela que integra o ordenamento jurídico, por ter atendido regularmente todas as etapas do processo de elaboração da lei; lei eficaz é aquela que efetivamente produz os efeitos nela previstos. A eficácia da norma pressupõe a sua vigência, porém pode existir lei vigente, mas não eficaz.

(...)

O efeito imediato das leis faz com que a lei nova seja aplicada não só a fatos que surgirem após a sua vigência, mas permite que ela alcance os efeitos de fatos passados, ainda em trânsito quando de sua edição, desde que não prejudique o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. O que o nosso ordenamento proíbe é a retroatividade condenável, injusta, aquela que ofende o direito adquirido.

Saliente-se que não existe incompatibilidade entre o princípio do efeito imediato da lei nova e o da preservação do direito adquirido. O efeito imediato da lei nova encontra barreira no direito adquirido. A lei nova nunca vai alcançar fatos pretéritos consumados, cujos efeitos foram exauridos sob a égide da lei anterior; quanto aos efeitos dos fatos passados e que continuam se produzindo, no momento da edição da lei nova, esta só os alcançará se não prejudicar o direito adquirido. A lei se aplica imediatamente, a partir do momento em que se torna obrigatória, e o limite desse seu efeito imediato é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Por tudo isso, é correto afirmar que, em nosso direito, a *irretroatividade* da lei é a regra e a *retroatividade* a exceção, possível somente quando não prejudicar o direito adquirido” (*in Lei de Introdução ao Código Civil*, Copola Editora, p. 67).

Como se observa, as teses defendidas por ambas as partes estão baseadas em sólidos fundamentos jurídicos, encontrando-se em ambas o requisito do *fumus boni iuris*. O que sobreleva, para o exame do presente recurso, no caso, é o *periculum in mora* que, a meu ver, não ampara a pretensão do agravante.

Nesse sentido foi o parecer ministerial, no qual o ilustre Procurador Regional, depois de transcrever parte da decisão pela qual indeferi o pedido de efeito suspensivo, assinalou (fls. 142-143):

Como se depreende do texto transcrito, está perfeito o exame do caso vertente.

Realmente, a temática jurídica central, discutida nos autos da ação popular ajuizada, sem dúvida, envolve questões complexas de doutrina, concernentes ao instituto do direito adquirido, ao ciclo de formação do direito subjetivo, e ao direito intertemporal, na vertente do conflito aparente de normas no tempo.

Tais questões derivam, conforme consignado na petição inicial da ação popular e na petição de interposição do presente recurso, do fato de que, durante o transcurso da sessão legislativa extraordinária do Congresso Nacional, convocada para o período de 16/12/2005 a 14/02/2006, sobreveio radical alteração do regime jurídico da ajuda de custo devida aos parlamentares a título de compensação pelo comparecimento aos trabalhos legislativos, em decorrência da publicação do Decreto Legislativo 1, de 19/01/06, que, alterando a redação do art. 3º do Decreto Legislativo 7 de 1995, vedou, de forma expressa, o pagamento de ajuda de custo na sessão extraordinária, verba que era devida segundo ordenamento vigente na data do Ato Convocatório da aludida sessão extraordinária.

Em decorrência daquela alteração normativa, mediante a qual suprimiu-se o pagamento de ajuda de custo nas sessões extraordinárias do Congresso Nacional, indaga-se se os parlamentares extraordinariamente convocados pelo Ato de 15/12/2005 adquiriram, nessa mesma data, o direito a receber na íntegra a ajuda de custo correspondente àquela sessão extraordinária ou, se, ao contrário, sobrevindo o Decreto Legislativo 1 de 2006, o direito ao recebimento limita-se à data de vigência desse decreto, sob pena de negar-lhe vigência.

Como se depreende, as teses postas em confronto, uma propugnada pelos agravantes no sentido de que restou aperfeiçoado o direito adquirido ao recebimento integral da ajuda de custo, outra sustentada pelos autores populares na perspectiva de que tal entendimento implica negativa de vigência ao Decreto Legislativo 1 de 2006, sem dúvida se amparam, ambas as duas, nos melhores clássicos da doutrina jurídica, que, a propósito, são citados nas respectivas petições.

Tal fato demonstra, por si só, que a fumaça do bom direito se faz presente tanto na tese sustentada na ação popular quanto na defendida no agravo de instrumento, a despeito da diversidade de efeitos que delas repercutem.

Todavia, no concernente ao perigo da demora, resta evidente que ele se apresenta exclusivamente no âmbito do pleito popular, fato hábil a imprimir legitimidade e legalidade à r. decisão agravada.

Com efeito, para os réus da ação popular, não há o menor prejuízo em aguardar o desfecho dessa demanda para, no caso de saírem vitoriosos, receberem a parcela final da ajuda de custo, que lhes será paga com juros e correção monetária.

Por outro lado, caso a parcela seja paga de imediato, por força de eventual reforma da decisão agravada, ter-se-á esgotado o próprio objeto da ação popular, em momento procedimental e mediante instrumento processual inadequado, o que revela a natureza nitidamente satisfativa do pedido objeto do agravo, fato a que se soma o detalhe de que, caso os réus venham a sucumbir no feito popular, o perigo da demora se descortina claramente em sentido oposto, ante a perspectiva de que haverá a necessidade de se ajuizar outra medida judicial, talvez uma ação de repetição de indébito, para repor ao erário o quanto indevidamente pago.

Neste contexto, observado que a r. decisão agravada tem a legitimá-la a presença concreta e efetiva dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o Ministério Público Federal conclusivamente opina pelo não-provimento do presente agravo de instrumento.

Diante do exposto, ratificando a decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, por não vislumbrar perigo de dano irreparável a amparar a pretensão do agravante, mas, pelo contrário, considerando-o presente na tese dos agravados, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

Voto vista

O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves: — 1. O ato impugnado em causa tem natureza jurídica de ato administrativo, e não de ato de natureza política ou *interna corporis*, uma vez que a percepção da parcela indenizatória estava prevista no § 7º do art. 57 da Constituição e no Decreto Legislativo 7 de 1995. Assim sendo, o Poder Judiciário tem competência para apreciar a conformidade do ato administrativo que determinou o pagamento dos valores respectivos com a Constituição Federal e as leis do País, nos termos do art. 5º, XXXV, sem ofensa ao art. 2º da referida Carta.

Com efeito, o Poder Judiciário, no exercício de sua competência constitucional (Carta Magna, art. 5º, XXXV), ao invalidar o ato administrativo inconstitucional ou ilegal, não invade a esfera de competência

do Poder Legislativo, inexistindo violação ao disposto no art. 2º da Constituição.

Neste sentido:

Improcedência da alegação de infringência ao art. 2º da Carta Magna, pois, quando se trata de ação popular contra a prática de atos administrativos que se reputam contrários à Carta Magna ou em fraude a ela, como ocorre no caso, não há que se pretender que o Poder Judiciário, chamado a julgá-la, se esteja imiscuindo, indevidamente, em assunto que envolve juízo de mérito ou político que é privativo de outro Poder. (RE 230.267/MG, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento: 24/10/2000, Primeira Turma DJ 15/12/2000, p. 105).

2. Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de Poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. (RE 259.335-AgRg/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento: 08/08/2000, Segunda Turma DJ 07/12/2000, p. 22).

Portanto, não há que se falar que se trata de ato relativo à interpretação do regimento interno das casas do Congresso, insusceptível de exame pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o juízo federal de primeiro grau tem competência para processar e julgar ações populares propostas contra quaisquer autoridades, ainda que tenham direito ao foro por prerrogativa de função em Tribunal Superior, ou ainda que seus atos estejam sujeitos, na via do mandado de segurança, à jurisdição de Tribunal Superior.

Neste sentido, é pacífica a jurisprudência do STF:

Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular contra ato do presidente da República. Medidas preparatórias: protestos, notificações, interpelações: competência. 1. Não compete ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, processar e julgar ação popular, mesmo quando eventualmente dirigida contra ato do presidente da República (v. art. 102, I, da Constituição Federal). (Pet-AgR 1282/RJ, Relator Min. Sydney Sanches, julgamento: 26/05/1997, Tribunal Pleno, DJ 27/06/1997, p. 30.242).

Não está prevista, na Constituição Federal, art. 119, I, a) - p), a competência do Supremo Tri-

bunal Federal, para processar e julgar, originariamente, ação popular, ainda que proposta ao presidente da República. Agravo de instrumento, a que se nega provimento. (Pet-AgR 96/RJ, Relator Min. Firmino Paz, julgamento: 29/04/1982, Tribunal Pleno, DJ 21/05/1982, p-04.869).

Rejeito, pois, as preliminares suscitadas.

2. No caso, como salientado pelo eminente relator, trata-se “de questão exclusivamente de direito, a saber, a legalidade ou não do pagamento de ajuda de custo a parlamentares, em razão de convocação extraordinária, depois da vigência do Decreto Legislativo 1/2006, que vedou tal pagamento.”

O Decreto Legislativo 1, de 18/01/2006, que alterou a redação do art. 3º do Decreto Legislativo 7 de 1995, para vedar o pagamento de ajuda de custo na sessão legislativa extraordinária, é inconstitucional à vista do disposto no inciso XXXVI do art. 5º e no § 7º do art. 57 da Constituição na redação em vigor naquela data, o qual assegurava o pagamento de indenização por convocação extraordinária em valor que não poderia ser superior ao subsídio mensal.

Por outro lado, não há que se falar na constitucionalização superveniente do Decreto Legislativo 1/2006 em virtude da posterior promulgação da Emenda Constitucional 50, de 2006, que, modificando a redação do § 7º do art. 57 em causa, vedou o pagamento de ajuda de custo na convocação extraordinária, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da norma produz efeito *ex tunc*, nem é juridicamente possível a constitucionalização de norma que nasceu viciada por ofensa a dispositivo constitucional vigente na data em que ela entrou em vigor.

Neste sentido:

Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Decreto-Lei 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional. (RE 79.343/BA, Rel. Min. Leitão de Abreu, julgamento: 31/05/1977, Segunda Turma, DJ 02/09/1977, p. 5.970, RTJ 82/791).

Ação Direta de Inconstitucionalidade Constituinte do Estado de São Paulo (art. 101). Equi-

paração, em vencimentos e vantagens, entre procuradores do Estado e procuradores autárquicos. Alegação de ofensa à Constituição Federal (art. 37, XIII; art. 39, § 1º, e art. 61, § 1º, LI, c). Plausibilidade jurídica. Medida cautelar deferida com eficácia ex nunc. Ingresso de sindicato como litisconsorte passivo necessário em processo de controle abstrato de constitucionalidade. Inadmissibilidade.

(...)

A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461). (ADI 1.434-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 20/08/1996, Tribunal Pleno, 22/11/1996, p. 45.684, RTJ 164/506.)

Ação direta de inconstitucionalidade. Controle normativo abstrato. Natureza do ato inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade. Eficácia retroativa. O Supremo Tribunal Federal como “legislador negativo”. Revogação superveniente do ato normativo impugnado. Prerrogativa institucional do poder público. Ausência de efeitos residuais concretos. Prejudicialidade.

(...)

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional — que extrai a sua autoridade da própria Carta Política — converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo. (ADI 652-QO/MA rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 02/04/1992, Tribunal Pleno, DJ 02/04/1993, p. 5.615, RTJ 146/461.)

Portanto, e em se tratando de direito assegurado na Constituição na data em que os fatos ocorreram

(art. 57, § 7º, na redação dada pela Emenda Constitucional 32, de 2001), está ele a salvo da supressão por parte de normas infraconstitucionais posteriores (inclusive decreto legislativo – art. 59, VI, da Constituição), uma vez que o princípio da intangibilidade do direito, previsto no art. 153, § 3º, da Emenda Constitucional 1/1969 e no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna atual “se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva” (STF – ADI 493/DF, Relator Min. Moreira Alves, julgamento: 25/06/1992, Tribunal Pleno, DJ 04/09/1992, p. 14.089, RTJ 143/724; Representação 1.451/DF, Relator Min. Moreira Alves, julgamento: 25/05/1988, Tribunal Pleno, DJ 24/06/1988, p. 16.113, RTJ 127/789). Ora, não há dúvida de que, na expressão “lei infraconstitucional” se inclui o decreto legislativo, que tem natureza jurídica de lei ordinária no âmbito da competência do Congresso Nacional para expedir-lo.

Por outro lado, o caso em debate muito se assemelha à situação dos servidores públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e que tiveram os contratos de trabalho extintos para o ingresso no Regime Jurídico Único da Lei 8.112, de 11/12/1990 (art. 243). Naquele caso, o art. 100 da Lei 8.112/1990 assegurou a contagem do tempo de serviço público federal para todos os efeitos (inclusive, portanto, anuênio e licença prêmio). No entanto, em 09/01/1991 foi publicada a Lei 8.162, cujo art. 7º, incisos I e III, excluiu dos servidores regidos pela CLT. o direito à contagem do tempo de serviço público federal prestado naquele regime para fins de anuênio e licença prêmio.

O Supremo Tribunal Federal, considerando que o direito à contagem do tempo de serviço público já constituía direito adquirido dos servidores regidos pela CLT., pois fora assegurado pela Lei 8.112/1990, declarou a inconstitucionalidade dos incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/1991.

Neste sentido:

Direito Constitucional e Administrativo. Servidores públicos federais: celetistas convertidos em estatutários. Direito adquirido a anuênio e licença-prêmio por assiduidade: arts. 67, 87 e 100 da Lei 8.112/90. Inconstitucionalidade dos incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162, de 08/01/1991. 1. São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7 da Lei 8.162, de 08/01/1991, porque violam o direito

adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF) dos servidores que, por força da Lei 8.112/90, foram convertidos de celetistas em estatutários, já que o art. 100 desse diploma lhes atribuiu o direito à contagem do tempo de serviço público para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o efeito do adicional por tempo de serviço (art. 67) e da licença-prêmio (art. 87). 2. Precedentes do Plenário e das Turmas. 3. RE conhecido e provido, para se julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (RE 226224/SC, Relator Min. Sydney Sanches, julgamento:03/11/1998, Primeira Turma, DJ 21/05/1999, p. 23).

No mesmo sentido: RE 225759/SC, Relator Min. Moreira Alves, julgamento:29/10/1998, Tribunal Pleno, DJ 19/03/1999, p. 21.

No caso, a existência da ofensa a direito adquirido mais se acentua, porquanto foi a própria Constituição que assegurou o direito à percepção da ajuda de custo pela convocação extraordinária (art. 57, § 7º, na redação dada pela Emenda Constitucional 32/2001), não podendo esse direito ser suprimido por decreto legislativo posterior (Decreto Legislativo 1 de 2006). Neste caso, evidentemente, não há que se falar em inexistência de direito adquirido a regime jurídico, pois não há modificação do regime jurídico, mas sim a supressão, por norma infraconstitucional posterior, de direito assegurado por norma constitucional anterior, o que levanta, ainda, o problema da ofensa ao princípio da hierarquia das leis, fundamento acolhido no voto do eminente Desembargador Federal Souza Prudente.

Dessa forma, e havendo forte relevância da fundamentação no sentido da legitimidade da percepção da parcela em causa, não é razoável a determinar a suspensão do pagamento respectivo (Lei 4.717/1965, art. 5º, § 4º), mormente em virtude de sua natureza indenizatória (ajuda de custo).

3. À vista do exposto, peço respeitosa vênias a Vossa Excelência, Senhor Presidente, para acompanhar o voto do eminente Desembargador Federal Souza Prudente.

Voto vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, verifico, tanto da leitura do voto de Vossa Excelência, de forma clara e objetiva, quanto das letras do memorial que me fora apresentado nesta

sessão pelo agravante, que tramita ação popular perante o juízo singular, onde se discute o pagamento de ajuda de custo aos Senhores parlamentares das duas Casas do Congresso Nacional, por ocasião do período de convocação extraordinária, realizada entre os dias 15/12/2005 a 14/02/2006. Diz o memorial que “por ocasião da edição do Decreto Legislativo 1 de 2006, que extinguiu o pagamento de ajuda de custo aos parlamentares, por ocasião da sessão legislativa extraordinária, vigorava o art. 57, § 7º, da Constituição Federal”, em sua redação anterior, que assim dispunha, *in verbis*: “Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao do subsídio mensal.”

Dessa forma, o recém-aprovado Decreto Legislativo 1 de 19/01/2006, estava em desacordo com o texto constitucional então vigente à época. A situação somente veio a ser modificada com a promulgação, em 14 de fevereiro de 2006, quase um mês depois, da Emenda Constitucional 50, de 2006, que somente a partir dessa data, 14/02/2006, proibiu qualquer indenização pela convocação extraordinária do Congresso Nacional. Essa é a razão do pagamento da indenização aos parlamentares que participaram da sessão legislativa extraordinária durante o período de 15/12/2005 a 14/02/2006. Por fim, cabe ressaltar que até o presente momento está suspenso o pagamento da segunda parcela da indenização a que se refere o art. 57, § 7º, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional 50, de 14/02/2006, o que vem gerando grande prejuízo aos parlamentares convocados para aquela sessão legislativa.” O relato constante deste memorial está harmonizado com o relatório apresentado pelo eminente Presidente, na qualidade de Relator deste agravo de instrumento.

Senhor Presidente, o extraordinário jurista Pontes de Miranda já dizia e continua dizendo, nas letras dos comentários que fizera às Constituições de 1946 e de 1967, com a Emenda 1, de 1969, que a Constituição é rasoura, desbastando tudo aquilo que contraria a sua letra e o seu espírito. Ora, com a devida vênias, seria um absurdo jurídico entender que o decreto legislativo, posto formalmente na pirâmide kelseniana e consagrado no art. 59 da Carta Política Federal como um texto normativo inferior às medidas provisórias, pudesse revogar texto expresso da Constituição Federal

como ao que se lê no § 7º do art. 57 da Carta Maior, que assegura o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares que participaram da sessão legislativa extraordinária, vedando tão-somente o pagamento de indenização em valor superior ao do subsídio mensal. Ora, como se vê, não tem o Decreto Legislativo 1 força normativa bastante para afastar o texto da Constituição Federal que garante aos parlamentares o pagamento dessa ajuda de custo em termos claros, precisos. E tanto assim é que o Congresso Nacional só pôde afastar o pagamento dessa ajuda de custo quando editou a Emenda Constitucional 50, de 2006, promulgada em 14/02/2006, cujos efeitos devem ser considerados da data de sua promulgação para frente e não para trás, a fim de energizar normativamente um decreto legislativo flagrantemente inconstitucional e sem nenhuma eficácia jurídica, porque bate de frente com a fortaleza da norma constitucional vigente, qual seja, o § 7º do art. 57 da Carta Maior. Vale aqui, dentro desse enfoque hermenêutico, a tese sustentada por Ingo Sarlet a respeito do princípio da proibição do retrocesso, no sentido de se garantir o ato jurídico perfeito contra qualquer investida normativa em sentido contrário, visando destruir esse ato jurídico perfeito e possível direito adquirido, direito adquirido dele resultante. Assim dispõe a Constituição Federal, como garantia fundamental, o respeito que deve ter a lei ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, inciso XXXVI). Correto, pois, se afigura o raciocínio do agravante, quando diz: “Que essa fora a razão do pagamento da indenização aos parlamentares que participaram da sessão legislativa extraordinária durante o período de 15/12/2005 a 14/02/2006.” Agiu, portanto, o agravante, amparado pela força normativa da Constituição, e fechou os olhos para o inválido Decreto Legislativo 1 de 2006, que feriu fundo o corpo e a alma da carta política federal, no ponto.

Senhor Presidente, o princípio da irretroatividade das normas e da proibição do retrocesso não autorizam os efeitos da Emenda Constitucional 5, de 2006, uma vez publicada em 14/02/2006, para atingir situação jurídica constituída antes da sua promulgação. Evidente, pois, se afigura o direito dos parlamentares a essa ajuda de custo, a ser defensável, inclusive, através de mandado de segurança, se o agravante aqui se colocasse como autoridade coatora, o que não aconteceu, logicamente, na situação fática que emba-

sa esta ação popular.

Comungo do entendimento de Sua Excelência, o eminente Relator, quando não vê espaço processual para concessão de antecipação de tutela satisfativa na instrumentalidade estreita do agravo de instrumento, de acordo com o modelo previsto no art. 558 do CPC. A todo modo, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da inteligência processual sempre brilhante do eminente Ministro Luiz Fux, uma das maiores expressões em Processo Civil neste País, tem consagrado o entendimento de que, em se tratando de direito evidente, há de ser esse direito reconhecido, de plano, em qualquer processo e procedimento jurisdicional.

Na hipótese dos autos, portanto, o reconhecimento da evidência do direito a essa ajuda de custo dos senhores parlamentares, que fora tutelado por ato administrativo emitido pelo agravante, merece aqui ser conhecido excepcionalmente, mesmo na estreiteza procedimental do agravo de instrumento, diante da clareza e da evidência desse direito.

Com essas considerações, peço vênias a Vossa Excelência e, por isso, dou provimento ao agravo, para que se libere, de logo, a segunda parcela de ajuda de custo, que fora obstada por decisão judicial singular, até porque tal parcela de ajuda de custo tem caráter nitidamente alimentar e está, inclusive, livre da incidência do Imposto de Renda por força de lei federal, nesse sentido e, assim, prestigiada pela jurisprudência uniforme dos nossos tribunais.

De outro lado, Senhor Presidente, negar essa antecipação de tutela, diante de um direito evidente, será, sem dúvida alguma, sacrificar esse direito a ponto de, uma vez reconhecido no julgamento final da ação popular, submeter o titular desse direito à ajuda de custo, à instrumentalidade imoral dos precatórios, pois esse será o destino do pagamento após o trânsito em julgado da sentença, se favorável, nos autos da ação popular. E, para evitar essa imoralidade precatorial, é que peço vênias a Vossa Excelência e concedo antecipadamente os efeitos de uma antecipação de tutela satisfativa na instrumentalidade plena deste agravo de instrumento.

Por isso, dou provimento ao agravo.

Sétima Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2002.34.00.039682-0/DF

| | |
|---------------------|--|
| Relator p/ acórdão: | O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral |
| Relatora: | A Exma. Sra. Juíza Anamaria Reys Resende (convocada) |
| Apelante: | Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV |
| Advogados: | Dr. Paulo Roberto Roque Antonio Khouri e outros |
| Apelante: | Francisco Cavalcanti de Almeida |
| Advogados: | Dr. Fausto Pagioli Faleiros e outros |
| Apelado: | Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo – CRVM/SP |
| Advogados: | Dr. Antonio Jose Ribas Paiva e outro |
| Publicação: | DJ de 31/07/2006 |

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Conselhos profissionais (CRMV/SP X CFMV): eleições regionais. Inexistência de ato coator (carência de ação. Ilegitimidade ativa do CRMV/SP para postular, em juízo, anulação das eleições que ele próprio convocou e realizou (carência de ação). Mandato da antiga diretoria extinto: nomeado “interventor” judicial (ilegalidade). Apelação e remessa oficial providas: processo extinto sem julgamento do mérito (Lei 1.533/1951, art. 8º; e CPC, art. 267, VI). Segurança cassada, interventor judicial destituído. Decisão mandamental de efeito imediato desde o julgamento.

I – Direito líquido e certo é condição de ação específica imprescindível para a impetração do mandado de segurança, quando vulnerado, ou sob ameaça de vulneração, por ato de autoridade, dito coator, ambos inter-relacionados por liame direto e lógico causal para que, concedida a ordem mandamental, a ameaça, se o caso, seja afastada ou o ato violador seja corrigido pela autoridade responsável por sua prática.

II – A ordem mandamental que se busque está adstrita ao ato que se aponta coator, de modo que se não existe liame fático jurídico de natureza causal suficiente ao refazimento ou anulação do ato coator, não há sede para mandado de segurança, fulminando de inépcia a petição inicial mandamental, com o corolário (secundário) da ilegitimação passiva.

III – O Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo não tem legitimação ativa para postular “ação mandamental” para o fim de anular as eleições que ele próprio convocou e realizou, notadamente se motivado por razões políticas intestinas (vitória da oposição), visto como é juridicamente impossível pleitear ordem judicial contra si próprio, ilegitimação que tanto mais se reforça e patenteia se e quando expira o mandato da diretoria e caduca, por isso mesmo, a procuração judicial que outorgou.

IV – Descabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em assuntos internos dos conselhos profissionais em ordem a, na contramão das normas estatutárias e regulamentares, decretar intervenção judicial em conselho regional sem pedido ou sem relação entre a causa de pedir e o pedido e/ou se expressamente prevista competência para tanto ao conselho federal correspondente.

V – A decisão mandamental (sentença ou acórdão que a reforma) tem pronta eficácia a partir da notificação pessoal, independentemente de sua publicação na Imprensa Oficial.

VI – Apelação e remessa oficial providas em parte: processo extinto sem julgamento do mérito (carência de ação). Liminar cassada.

VII. Autos recebidos em Gabinete, em 07/07/2006, para lavratura do acórdão. Peças liberadas, em 24/07/2006, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma dar provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial por maioria.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 27/06/2006.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator para acórdão.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Anamaria Reys Resende: — Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV e por Francisco Cavalcanti de Almeida (litisconsorte passivo) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, julgou procedente o pedido do Conselho Profissional Regional e anulou os atos referentes ao primeiro e segundo turnos das eleições para a escolha da Diretoria do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo CRMV/SP, para o biênio 2003/2004, sob o fundamento de desvio de poder, determinando a realização de nova eleição no prazo de trinta dias da sentença (fls. 496/503).

Houve remessa.

Opostos embargos de declaração pelo litisconsorte passivo (fls. 516/520), foram rejeitados, conforme sentença de fls. 537/539.

Apela o Conselho Federal de Medicina Veterinária (fls. 522/532), argüindo, em preliminar, a inadequação da via eleita e a ilegitimidade das partes.

Decisão do eminente Desembargador Federal Relator que negou seguimento ao recurso do Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV, por falta de preparo, às fls. 630/631.

O litisconsorte passivo, vencedor do pleito anulado pela sentença impugnada, apela da sentença (fls. 543/552), argüindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa e, no mérito, aduz que não houve prejuízo para o presidente do CRMV/SP nas eleições e que não há prova documental de atos praticados com desvio de poder pelos impetrados.

O interventor nomeado pelo juízo no curso do processo de conhecimento apresenta relatório das atividades às fls. 566/593.

Extraída carta de sentença para execução provisória (fls. 601 e 603).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 606/609, pugnando pelo não-provimento dos recursos.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Anamaria Reys Resende: —

Da preliminar de carência de ação

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo, argüida pelo litisconsorte passivo, já que tem a pessoa jurídica legitimidade para pleitear a anulação de pleito eleitoral da entidade eivado de nulidade, em face de alegados atos de abuso de poder praticados pelo Presidente do Conselho Federal de Medicina Veterinária (art. 1º da Lei 1.533/1951).

Do mérito

Discute-se, na presente ação, a legalidade da eleição para renovação da Diretoria do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo, realizada em 2002, que teria sido prejudicada por atos praticados pelo então Presidente do Conselho Federal de Medicina Veterinária, Sr. Benedito Fortes de Arruda.

A sentença recorrida consigna que:

Surgiu uma divergência entre o Presidente do Conselho Federal e o Presidente do Conselho

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e a Exma. Sra. Juíza Daniele Maranhão Costa Calixto (convocada). Ausentes, por motivo de férias, os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Antônio Ezequiel da Silva.

Regional de São Paulo, em que aquele acusava este de apropriação de valores, que configuraram ilícito de “peculato” e resolveu agir para afastá-lo e todos os demais integrantes da Diretoria.

(...)

Amparado por esta norma a autoridade coatora efetivamente afastou a diretoria, nomeando interventor, que motivou o ingresso com mandado de segurança que tramitou perante o Juízo da 7ª Vara Cível desta Seção Judiciária, no qual foi concedida a liminar e a segurança, que entendeu ilegal o afastamento da diretoria.

(...)

O quadro probatório formado pelos documentos convencem de que o impetrado efetivamente agiu com abuso de poder, ao pretender influir no pleito, de modo a que os então diretores não fossem sufragados no pleito que se avizinhava conseguindo o objetivo buscado anteriormente, de afastar toda a diretoria, o que iria alcançar fazendo com que não fossem votados pelos eleitores...”

Os documentos de fls. 38/61 comprovam que o impetrado, na condição de Presidente do Conselho Federal, tomou diversas medidas administrativas visando afastar a Diretoria do Conselho Regional de São Paulo, que foram coibidas por medidas judiciais propostas pelo CRMV/SP, e, não satisfeito, às vésperas do pleito eleitoral para renovação da Diretoria do Conselho Regional, enviou uma carta aos eleitores (cópia à fl. 55) informando que teria o, então, Diretor do CRMV/SP praticado ato de improbidade administrativa.

Na decisão judicial proferida no Mandado de Segurança 2002.34.00.004868-9/DE, vista por cópia às fls. 56/57, registra o MM. juiz oficiante que o processo administrativo disciplinar referido na carta fora suspenso por decisão judicial e que o impetrado descumpriu a decisão ao divulgar o resultado.

Assim, resta comprovado nos autos que o impetrado agiu com abuso de poder, ao descumprir decisão judicial e divulgar resultado do processo de sindicância já suspenso, visando a influir no resultado do pleito eleitoral do Conselho Regional para obter vantagem pessoal ou de terceiro.

Certo é que não cabe ao administrador agir em nome da entidade para atender a interesse pessoal ou de terceiro. Entretanto, não se discute nos autos quais os interesses perseguidos pelo impetrado, mas sim a legalidade do ato impugnado, de envio de missiva a

eleitores, na véspera do pleito eleitoral, informando sobre conclusões de processo administrativo do âmbito do Conselho Federal suspenso pelo Poder Judiciário.

Com efeito, o fato alegado pelo impetrante configura ato administrativo praticado com abuso de poder pelo então Presidente do CFMV, já que a divulgação, na véspera das eleições, do resultado da sindicância que apura irregularidades praticadas por integrantes de uma das chapas concorrentes foi vedada pelo Poder Judiciário, e, portanto, evidencia que o resultado perseguido pelo impetrado não foi o de informar os administrados ou dar publicidade ao ato administrativo (desvio de finalidade).

Nesse sentido o parecer ministerial proferido em 1º grau e ratificado nesta instância à fl. 609, que observa:

De fato, apesar de determinada judicialmente a vedação de conclusão de procedimento administrativo (e da publicidade de seu resultado) que envolvia candidatos a cargos eletivos acima referidos, o impetrado descumpriu tal decisão, tendo sido inclusive apenado com multa nos termos do art. 14 do CPC, conforme documento nestes autos.

O fato acima referido produziu reflexos no procedimento eleitoral em apreço, por ter sido ultimado dias antes da realização do pleito eleitoral, tendo sido veiculada a informação de que “(...) da decisão do Plenário do Conselho Federal referente ao assunto afastamento definitivo do Presidente eleito em 1999 para o CRMV/SP, por sua ação ter sido considerada improba administrativamente.”

Comprovados tais fatos, verifica-se que a interferência destes no processo eleitoral em tela maculou a isonomia dos candidatos, por ter sido proferido juízo de valor negativo a respeito de alguns destes, a despeito da imparcialidade e da impessoalidade que deveriam nortear as ações do impetrado, mormente na véspera de realização de pleito eleitoral, diante do teor do art. 4º, II, da Resolução CFMV 681/2000.

O art. 4º, II, da Resolução 681/2000 estabelece que compete ao Conselho Federal de Medicina Veterinária atuar como órgão fiscalizador do processo eleitoral, objetivando assegurar a legalidade, a moralidade e a impessoalidade do processo eleitoral.

Assim, a atuação irregular do Presidente do CFMV, na véspera da eleição do CRMV/SP, por si só,

viciou todo o procedimento eleitoral, já que, na condição de órgão fiscalizador, não poderia emitir nenhum juízo de valor sobre os candidatos ou mesmo influir diretamente sobre o sufrágio.

Por todo o exposto, nego provimento ao apelo do litisconsorte passivo e à remessa oficial.

É como voto.

Voto vogal
Preliminar de ilegitimidade
Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Entendo que é imprescindível ao mandado de segurança a existência de ato coator; e a decisão judicial necessita ter pertinência lógica e ontológica entre o ato coator e o seu conteúdo. Na consideração da preliminar, tenho convencimento de que não se cogita de ato de autoridade, na espécie, a carta emanada do Presidente do Conselho Federal de Medicina Veterinária endereçada aos filiados ao Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo, porquanto não se trata de ato do colegiado superior. Não se cogita, na espécie, segundo esclareceu a Relatora, de ato de intervenção do Conselho Federal de Medicina Veterinária no Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo.

Na inexistência de ato próprio de autoridade tido como coator, penso que não cabe mandado de segurança. Tal entendimento reforça-se na mesma medida em que as eleições convocadas e realizadas pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo foram por ele próprio convocadas e realizadas, não havendo lógica jurídica na pretensão expressamente formulada de o Conselho Regional buscar em juízo a anulação das eleições que ele mesmo convocou. O eventual ato de anulação deve estar previsto no seu regulamento ou então no regulamento do Conselho Federal de Medicina Veterinária, órgão superior de supervisão, que por certo tem competência para — se fosse o caso — intervir no Conselho Regional ou anular as eleições por ele convocadas e realizadas. Não vejo como se possa sustentar que o Conselho Regional, a pretexto de impugnar um expediente emanado pelo Presidente do Conselho Federal de Medicina Veterinária, objetive anular eleições que ele próprio realizou.

Desse modo, com a devida vênia da Relatora, e tendo em vista que a matéria é de ordem pública atinente à legitimação ativa para mandado de segurança, à luz da Lei 1.533/1951, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para acolher a preliminar de ilegitimação ativa e julgar o impetrante carecedor de ação mandamental, declarando extinto o processo nos termos do art. 267, VI, do CPC, ficando cassada a liminar. Custas, pelo impetrante; honorários incabíveis (Súmula 105/STJ) e Súmula 512/STF).

Oficie-se ao CFMV e ao interventor judicial dispensando-o da função a partir desta data.

Oitava Turma

Agravo de Instrumento

2006.01.00.012726-0/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Max Henry Oliveira Matos
Advogados: Dr. Ildeu da Cunha Pereira e outros
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Publicação: DJ 2 de 14/07/2006

Ementa

Processo Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. Execução fiscal. Débitos previdenciários. Responsabilidade solidária do sócio de sociedade limitada. Art. 13 da Lei 8.620/1993. Art. 124, II, CTN. Arts. 1.016 e 1.053 do Código Civil. Interpretação sistemática. Art. 135, III, CTN.

I – O art. 13 da Lei 8.620/1993 deve ser aplicado observando-se os requisitos trazidos no art. 135, III, do CTN, bem como nos arts. 1.016 e 1.053, do Código Civil (Precedente do STJ): 1ª Seção, REsp 717.717/SP, relator Ministro José Delgado, DJ de 08/05/2006, p. 172).

II – A responsabilidade solidária só pode ser verificada se presentes os requisitos dispostos no art. 135, III, do CTN.

III – Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados pessoalmente não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas pelo fato de exercerem a sua administração e possuírem poderes de gerência, por meio dos quais cometem abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

IV – O inadimplemento das obrigações tributárias pela pessoa jurídica não é considerado infração à lei capaz de imputar a responsabilidade pessoal prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

V – Independentemente da alegada presunção de legitimidade da CDA, não logrando o INSS comprovar a qualidade de administrador do sócio a quem pretende redirecionar a execução fiscal, ou que houve, por parte dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado, prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, não há de se cogitar em redirecionamento da execução.

VI – Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se da CDA consta apenas a pessoa jurídica como responsável tributária, decorre que a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade também ao sócio-gerente. Se, posteriormente, pretende voltar-se também contra o patrimônio do sócio, deverá demonstrar a infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade. (EREsp 702.232/RS, rel. Ministro Castro Meira, DJ de 26/09/2005).

VII – Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social da decisão que, nos moldes do art. 557, § 1º – A, do CPC, c/c o art. 30, XXVI, do RITRF da 1ª Região, deu provimento ao agravo de instrumento.

Em decisão da minha lavra, às fls. 169/171, entendi que: mesmo nos débitos previdenciários, o que enseja a responsabilidade pessoal dos sócios é a prática de atos com infração à lei que resulte no nascimento de obrigação tributária, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Por sua vez, o INSS, em suas razões expendidas no presente regimental, alega, em breve síntese, que (i) os sócios-gerentes de empresa de direito privado são responsáveis pelos débitos executados pela Fazenda Nacional e, por isso, cabem a estes o ônus da prova sobre a ocorrência ou não da responsabilidade subjetiva, nos moldes dos arts. 135, III, e 204, do CTN, c/c o art. 3º da Lei 6.830/1980; (ii) no tocante aos débitos junto à Seguridade Social, incide — no caso — a responsabilidade solidária, de acordo com o art. 13 da Lei 8.620/1993.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Razão não assiste ao agravante.

Preliminarmente, esclareço que a execução fiscal em tela, movida pela União, diz respeito a débitos relativos às contribuições para a Seguridade Social.

Dessa maneira, sobre esse tema, vin ha adotando entendimento segundo o qual, no caso de débitos para com a Seguridade Social exigidos, por força das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, restou estabelecida, com respaldo no inciso II, art. 124, do CTN, e na Lei

8.620/1993, a responsabilidade solidária aos sócios das empresas limitadas, ou seja, nos débitos da sociedade junto à Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, ocorre a responsabilidade solidária de todos os sócios.

No entanto, revendo esses fundamentos, tenho que a responsabilidade do(s) sócio(s) deve ser apurada mediante análise sistemática dos dispositivos infra-constitucionais pertinentes ao caso.

Com efeito, no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial 717.717/SP, relator Ministro José Delgado, DJ de 08/05/2006, p. 172, a 1ª Seção, por maioria, nos termos do voto do relator, concluiu que, *verbis*:

a) a responsabilidade tributária é matéria, por força do art. 146, III, b, da Constituição Federal, reservada à lei complementar;

b) o CTN, art. 135, III, estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer ato de gestão vinculado ao fato gerador;

c) o art. 13 da Lei 8.620/1993 não merece ser interpretado em combinação exclusiva com o art. 124, II, do CTN, mas com adição dos comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature esse tipo societário;

d) a responsabilidade solidária criada pelo art. 13 da Lei 8.620/1993 só pode ser aplicada quando presentes as condições do art. 135, III, do CTN, conforme precedentes jurisprudenciais deste Superior Tribunal de Justiça;

e) a Lei 8.620/1993, art. 13, também não se aplica às sociedades limitadas por encontrar-se esse tipo societário regulado pelo novo Código Civil, lei posterior, de igual hierarquia, que estabelece direito oposto ao nela estabelecido;

f) o teor do art. 1.016 do Código Civil de 2002 é extensivo às sociedades limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

Coadunando com as razões utilizadas no voto do eminente Ministro Relator, adoto tal orientação, no sentido de que o art. 13 da Lei 8.620/1993 deve ser aplicado, observando-se os requisitos trazidos no art. 135, III, do CTN, bem como nos arts. 1.016 e 1.053 do Código Civil.

Por oportuno, transcrevo trecho do referido voto, in verbis:

O art. 13 da Lei 8.620/1993 dispõe:

(...)

O dispositivo supra-referenciado não pode ser interpretado sem o comando principiológico esculpido no art. 135, III, do CTN. Este tem força de lei complementar oriundo do art. 146, III, b, da CF, portanto, com caráter hierárquico superior; pelo que a norma infraconstitucional não pode descaracterizar o preceito maior naquele contido.

A respeito, registro as seguintes manifestações.

A doutrina tem apresentado, sobre a aplicação do art. 124, II, do CTN, as conclusões que passo a alinhar:

Quanto ao inciso II do art. 124, a disposição que prescreve a solidariedade das “pessoas expressamente designadas por lei” pressupõe que a lei poderá determinar a existência de solidariedade entre pessoas que possam não ter interesse comum na situação que constitua o fato gerador, pois é incabível previsão legal no sentido de estipular em qual ou quais situações há o interesse comum.

Não há que se admitir que, na criação de um tributo, através da competência conferida pela Constituição Federal, seja estabelecida como devedor solidário pessoa que não tenha participado ou concorrido para a realização do fato jurídico tributário, uma vez que o legislador ordinário, por força do texto constitucional, não poderá fazer incidir a carga tributária sobre pessoa estranha ao fato previsto na norma como gerador da obrigação.

O comando desse dispositivo deve apontar para obrigação de caráter sancionatório, advinda do descumprimento de deveres, permitindo-se a identificação de devedor solidário tão-somente para esse fim, visto que nessa situação não participa da realização do fato gerador. (Luiz Antônio Caldeira, p. 212, Comentários ao Código Tributário Nacional, Saraiva, ob. Coletiva, 2002)

A solidariedade prevista nesse preceito é denominada de direito. Ela só tem validade e eficácia quando a lei que a estabelece for interpretada de acordo com os propósitos da Constituição Federal e do próprio Código Tributário Nacional.

O ilustre tributarista Hugo de Brito Machado, com absoluta razão a meu pensar, doutrina que:

A responsabilidade tributária não é matéria de livre criação e alteração pelo legislador infraconstitucional. A Constituição Federal de 1988 estabelece, implícita ou explicitamente, limitações às quais a produção normativa inferior relativa ao tema está adstrita. Vejamos.

No que diz respeito ao aspecto formal, o texto constitucional é expresso em atribuir à lei complementar o trato da matéria.

(...)

Portanto, inteiramente desprovida de validade são as disposições da Lei 8.620/1993, ou de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas. Nesse sentido, aliás, é a lição de João Luís Nogueira Matias (Responsabilidade Tributária de Sócios no Mercosul, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001, p. 73):

“Na forma de que requer o art. 146, inciso III, b, da Constituição Federal, a legislação que estabelecer normas sobre responsabilidade tributária deverá se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

Tal exigência, penso, é estabelecida como uma garantia do contribuinte, ante a maior dificuldade do fisco em estabelecer padrões mais amplos de responsabilidade.”

Mais adiante, lembra Hugo de Brito Machado: “Trata-se de diretriz assaz relevante, da qual o intérprete das disposições do CTN não pode esquecer. Tendo-a sempre em mente, passemos ao exame dos arts. 134 e 135 do CTN.” (Execução Fiscal e Responsabilidade de Sócios e Diretores de Pessoas Jurídicas, p. 124, Rev. de Estatutos Tributários, Síntese, v. 83).

O mesmo autor, na linha de interpretação acima mencionada, em seu Curso de Direito Tributário, 23. ed., Malheiros, p. 152, explica:

“Destaque-se desde logo a simples condição de sócio não implica responsabilidade tributária. O que gera a responsabilidade, nos termos do art. 135, III, CTN, é a condição de administrador dos bens alheios. Por isso a lei fala em diretores, gerentes e representantes. Não em sócios. Assim, se o sócio não é diretor, nem gerente, isto é, não pratica atos de administração da sociedade, responsabilidade não tem pelos débitos tributários.”

(...)

De outro vértice, tenho que, atualmente, a aplicação da Lei 8.620/1993, art. 13, fica prejudicada também em razão do prescrito na Lei 10.406/2002 (novo Código Civil), que passou a disciplinar as sociedades limitadas (arts. 1.052 a 1.087). Segundo

esse diploma, é específica e particular a hipótese em que se ignora a limitação de responsabilidade dos sócios que não desempenham função de gerência, circunscrevendo-se à solidariedade para a integralização do capital social:

Código Civil de 2002

“Art. 1.052. Na sociedade Ltda, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

Observe-se que a regra de responsabilidade ilimitada quanto aos sócios, inclusive a inscrita no Código Tributário Nacional, diz respeito ao sócio-gerente, que exerce função de direção, mas não se dirige ao sócio que não participa da administração da sociedade.

Fato a respaldar igualmente o afastamento da mencionada Lei 8.620/1993 é o de que, pelo menos em tese, o quotista minoritário, de inexpressiva participação, obrigaria-se perante créditos previdenciários da mesma forma e proporção que o sócio empreendedor, diretor ou gerente da empresa.

Se a lei nova que disciplina as sociedades limitadas não autoriza esse procedimento, não se mostra de direito que lei anterior (Lei 8.620/1993), de mesma hierarquia, prevaleça para impor tal ordem de alteração na própria constituição e natureza desse tipo societário.

A corroborar tais assertivas, o teor do art. 1.016 do mesmo Codex Civilista, disciplinador da responsabilidade no âmbito das sociedades simples, extensivo às sociedades limitadas por força do prescrito no art. 1.053, claramente expressa hipótese em que os administradores respondem solidariamente somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN.

(...)

Em realidade, não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemáticas e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as sociedades limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário.

De fato, o respeito à separação da pessoa jurídica da pessoa dos sócios que a compõem é

preceito basilar que não pode e nem deve ser indevidamente violado, pena de se desconhecer as prescrições normativas que regulam, em particular, o direito empresarial.

A concessão de privilégios materiais e processuais inesgotáveis para o Fisco em detrimento dos direitos dos contribuintes não pode subsistir num ordenamento jurídico que prima pela preservação dos princípios e garantias constitucionais, merecendo limitação, senão por meio das leis ordinárias, que conflitam em premente constância, ao menos pela Constituição pátria.

Evidencia-se, pois, diante das peculiaridades, que os preceitos legais instituidores da obrigação fiscal não comportam uma leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos do nosso ordenamento jurídico a fim de que se tome viável a sua aplicação de forma mais justa e coerente.

Partindo dessas premissas, a responsabilidade solidária só pode ser verificada se presentes os requisitos dispostos no art. 135, III, do CTN, verbis:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – omissis;

II – omissis;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A primeira assertiva que decorre desse dispositivo é que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados, pessoalmente, não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas por exercerem ou terem exercido sua administração, isto é, por possuírem ou terem possuído poderes de gerência, por meio dos quais cometeram abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

Destarte, concluo que, para que se vislumbre a possibilidade de responsabilização pessoal do sócio, gerente ou administrador, deve o INSS comprovar que o sócio, para quem pretende redirecionar a execução fiscal, exercia, ao tempo da constituição do crédito tributário, cargo de gerência ou administração da pessoa jurídica. Esse é o entendimento pacífico no âmbito do TRF 2ª Região:

Tributário. Sociedade limitada. Responsa-

bilidade do sócio pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica (Art. 173, III).

1. O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Um não responde pelas obrigações da outra.

2. Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado (Dec. 3.807/1919 - Art. 9º). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

3. O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.(...)(TRF Segunda Região – Agravo de Instrumento 200102010418039/RJ – Primeira Turma - DJU: 29/10/2002 p.: 261 – relator Desembargador Federal Alcides Martins Ribeiro Filho)

(sem grifo no original)

Restando devidamente provado que o sócio, imputado como co-responsável, efetivamente exercia, ao tempo da constituição do crédito tributário, cargo de administração da pessoa jurídica executada, mister a comprovação do elemento subjetivo do ato, do dolo, ou seja, da vontade do administrador de prejudicar terceiro, no caso, o Estado, na qualidade de ente tributário, valendo-se, para isso, da pessoa jurídica.

Friso que, também quanto ao elemento subjetivo, não prevalece a presunção, havendo de ser provada a prática de ato contrário ao contrato social ou à lei do sócio para que possa ser responsabilizado pelo descumprimento de obrigações sociais.

Firmou entendimento, nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Exmo. Ministro Luiz Fux, em julgado que trago à colação:

Agravo regimental em recurso especial. Responsabilidade tributária. Direcionamento da execução para o sócio. Lei 8.620/1993.

1. A responsabilidade do sócio não é objetiva. Para que surja a responsabilidade pessoal, disciplinada no art. 135 do CTN é necessário que haja comprovação de que ele, o sócio, agiu com excesso de mandato, ou infringiu a lei, o contrato social ou o estatuto, ou ocorreu a dissolução irregular da sociedade.

2. A contribuição para a seguridade social é espécie do gênero tributo, devendo, portanto, seguir o comando do Código Tributário Nacional que, por seu turno, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar.

Dessarte, não há que se falar na aplicação da Lei ordinária 8.620/1993, posto ostentar grau normativo hierarquicamente inferior ao CTN, mercê de esbarrar no princípio da hierarquia das leis, de natureza constitucional, que foge aos limites do recurso especial traçados pela Constituição Federal, ao determinar a competência do STJ.

3. É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental.

4. Agravo regimental desprovido.(AGREsp 536.098/MG. Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03/11/2003) (sem grifo no original)

Outra questão, com a qual se defronta o intérprete do mencionado dispositivo legal, é a concernente aos limites da expressão excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos.

Quanto à definição da infração legal capaz de imputar responsabilidade tributária ao diretor, gerente ou representante, esclarecedora é a lição do professor Sacha Calmon Navarro Coelho, verbis:

O simples não-recolhimento do tributo constitui, é claro, uma ilicitude, porquanto o conceito lato de ilícito é o de descumprimento de qualquer dever jurídico, decorrente de lei ou contrato. Dá-se que a infração a que se refere o art. 135, evidentemente, não é objetiva, e sim subjetiva, ou seja, dolosa. (...) No art. 135, o dolo é elementar. Nem se olvide que a responsabilidade aqui é pessoal (não há solidariedade); o dolo, a má-fé hão de ser cumpridamente provados. (Curso de Direito Tributário brasileiro, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.)

Com efeito, não se pode olvidar que mora ou ausência de recolhimento de tributo constitui infração a obrigação legal. Todavia, não é infração legal suficiente a ensejar, por si só, responsabilidade pessoal do sócio-gerente, sendo necessária, concomitantemente, à verificação da infração, investigação do elemento subjetivo inerente ao ato do administrador.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Tributário. Execução Fiscal. Art. 135, inciso III, do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Subjetividade. Comprovação da existência de ato praticado mediante fraude ou com excesso de poderes. Necessidade. Infração à lei. Mera inadimplência. Não-caracterização.

1. A jurisprudência deste eg. Tribunal consolidou-se quanto a ser subjetiva a responsabilidade do sócio-gerente pelo pagamento de tributo

devido pela sociedade, ficando aquele obrigado pessoalmente pela dívida, somente quando restar provado ter ele agido com fraude ou excesso de poderes, não se consubstanciando em infração à lei, de per si, a mera inadimplência.

2. Agravo regimental desprovido. (AGREsp 384860/RS; Agravo Regimental no Recurso Especial 2001/0162333-7 – DJ, 09/06/2003. P. 00213 – Relator Min. Paulo Medina)

Outrossim, diante da inteligência que encerra o art. 135, III, do CTN, o que enseja responsabilidade pessoal é a prática de atos com infração à lei que resulte no nascimento de obrigação tributária. Essa é a lição do professor Kiyoshi Harada, que passo a transcrever:

A disposição é bem clara no sentido de separar a responsabilidade normal do contribuinte (pessoa jurídica) pelos créditos tributários oriundos de operações regulares, da responsabilidade pessoal dos diretores ou gerentes pelos créditos tributários oriundos de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social e estatutos. (Responsabilidade tributária dos sócios, diretores e gerentes de empresas. Repertório de Jurisprudência IOB. V. 15/2000)

Desse modo, os créditos tributários devem ser oriundos do cometimento da infração, não anteriores ou posteriores a ela, o que afasta a possibilidade de considerar a falta de pagamento, pura e simples, como infração capaz de imputar responsabilidade ao sócio-gerente.

No caso em cena, não há — nos autos — qualquer prova de que tenha ocorrido, por parte dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado, prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou, ainda, que esses atos tenham efetivamente dado origem ao crédito tributário em execução.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, às fls. 176/185.

É como voto.

Processo

2006.36.00.701233-1/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Recorrente: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT

Recorrido: Ary Krause

Publicação: DJ de 05/07/2006

Ementa

Direito Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Não comprovado nexos causal. Não configurada a responsabilidade objetiva. Indenização por danos materiais indevida.

I – Os danos materiais decorrentes de acidentes de trânsito em rodovias federais em estado de má conservação não ensejam a responsabilidade objetiva do Estado quando não se encontra demonstrado o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

II – Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MT – 31/05/2006.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva: — Trata-se de recurso interposto pelo DNIT contra a sentença prolatada às fls. 61/63, em face de o Juízo do 1º Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso ter julgado parcialmente procedente o pedido de indenização por danos materiais, ocasionados por acidente de trânsito entre dois veículos, cuja causa direta fora atribuída à existência de um buraco na BR 163, trecho compreendido entre os Municípios de Sorriso/MT e Lucas do Rio Verde/MT, sendo o recorrente responsabilizado por omissão quanto à conservação da referida via terrestre. O valor do prejuízo fixado na sentença foi de R\$ 12.476,91 (doze mil e quatrocentos e setenta e seis reais e novena e um centavos), atualizados pela taxa Selic.

O recorrente sustenta que a petição inicial encontra-se desacompanhada dos documentos essenciais à comprovação do direito alegado pelo autor, fundando-se este tão-somente em boletim de ocor-

rência lavrado por policial rodoviário federal. Alega que o termo de acordo de ressarcimento e confissão de dívida (fl. 9) evidencia a responsabilidade do recorrido pelos danos causados ao outro veículo, os quais correspondem à parte da indenização pleiteada.

Assevera a existência de culpa exclusiva do recorrido, visto ter este agido com imprudência, negligência e imperícia, aduzindo ainda a ausência de prova do nexos causal entre a ação/omissão estatal e o dano sofrido, descaracterizando a responsabilidade objetiva do Estado, em face do que requer a condenação do recorrido por litigância de má-fé.

A parte recorrida apresentou contra-razões às fls. 95/98, nas quais pugna pelo total improvimento do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva: — Inicialmente, afasto a alegação de ausência dos do-

cumentos essenciais à propositura da lide, uma vez que não restou demonstrada a imprescindibilidade de nenhum dos elementos de convicção mencionados pelo recorrente, conforme acentuado na sentença recorrida, restando a ausência desses plenamente suprida pelo boletim de ocorrência, o termo de acordo de ressarcimento e confissão de dívida, pelas notas fiscais de fls. 16/26 e fotografias dos veículos acidentados de fls. 14/15.

No entanto, assiste razão ao recorrente quanto ao pedido de reforma da sentença recorrida que reconheceu a sua responsabilidade objetiva e, por conseguinte, o condenou na obrigação de indenizar o recorrido por danos materiais.

Incumbia ao recorrido a prova do fato danoso e do nexos de causalidade entre o fato e o dano para configurar a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. O evento danoso é indubitável, posto que as fotografias de fls. 14/15, o boletim de ocorrência de fl. 10 e o termo de acordo de ressarcimento e confissão de dívida de fl. 9 constituem prova inequívoca da ocorrência do acidente de trânsito, estando, inclusive, especificados os veículos envolvidos, o local, data e horário.

Não obteve o recorrido, entretanto, o mesmo êxito quanto à prova do nexos causal, a qual fundou-se exclusivamente no boletim de ocorrência de fl. 10, que não se presta a esclarecer de quem seria a culpa pelo acidente de trânsito em questão, já que elaborado por policial rodoviário federal que não presenciou o acidente e que apenas transcreveu as declarações dos envolvidos. Igualmente não socorrem ao recorrido os documentos das fls. 14/15 (fotos), eis que demons-

tram apenas a existência de um acidente, sem sequer mostrar a exata localização do lugar onde ocorreu o acidente ou uma possível causa para se concluir pela responsabilização do recorrente.

Nesse sentido, é a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Boletim de ocorrência. Presunção de veracidade elidida através de outros elementos probatórios. Recurso especial inadmissível.

– Não é admissível admitir-se valor probante a um determinado documento (BO), que não vem corroborado pelos demais elementos de prova coligidos nos autos.

– Pretensão dos recorrentes, em última análise, de revolver o conjunto probatório. Incidência da Súmula 7-STJ.

– Recurso especial não conhecido. (REsp – Recurso Especial 439760, processo 200200665026/ES, 4ª Turma, DJ de 18/11/2002, p. 229.)

Dessa forma, os fatos provados nos autos não se mostram suficientes para comprovar que o acidente que deu origem à pretensão indenizatória tenha sido causado por omissão da Administração quanto à conservação e sinalização da pista, pois não foi realizada perícia no local do evento e nos veículos danificados.

Com efeito, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

Custas processuais indevidas e honorários advocatícios, em 15% do valor da condenação, pelo recorrido.

É como voto.

Processo

2006.38.00.719232-5/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves

Recorrente: União

Recorrida: Nira de Aguiar Barbosa

Publicação: DJ de 12/07/2006

Ementa

Administrativo e Constitucional. Fiscal federal agropecuário. Gratificação de desempenho de atividade de fiscalização agropecuária (GDAFA). Extensão aos inativos. Art. 40, § 8º, da Constituição, na redação antiga. Recurso desprovido.

I – A GDAFA, criada pela MP 2.048-26/2000 e devida, inicialmente, aos servidores ativos, deve ser estendida aos servidores inativos, por não representar uma gratificação temporária ou decorrente do exercício de uma atividade específica.

II – Inconstitucionalidade do art. 54, I, da MP 2.048-26/2000, por violação ao § 8º do art. 40 da Constituição, na redação antiga.

III – As parcelas representativas de diferenças de proventos, ainda que não pedidas, vencem mês a mês, a partir do ajuizamento da demanda. Interpretação dos arts. 263 e 290 do Código de Processo Civil.

IV – Recurso desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os juízes da Turma Recursal com sede na Seção Judiciária de Minas Gerais, à unanimidade, negar provimento ao recurso, na conformidade do voto do Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 28/06/2006.

Juiz Federal *Gláucio Maciel Gonçalves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves:
— Nira de Aguiar Barbosa ajuizou a presente demanda, na condição de pensionista de ex-servidor do Ministério da Agricultura, pleiteando a condenação da União a promover seu reposicionamento na classe especial, padrão III, da carreira de fiscal agropecuário, bem como a incluir no cálculo de seus proventos a gratificação de desempenho da atividade de fiscalização agropecuária – GDAFA, no mesmo montante que é pago aos servidores ativos.

A sentença julgou procedente a demanda, acolhendo o pedido de reposicionamento e o de inclusão da mencionada gratificação nos proventos da autora, bem como condenando a União ao pagamento dos atrasados, no valor de R\$ 30.727,30.

A União interpôs embargos de declaração em face desta decisão, alegando omissão no julgado quanto aos fundamentos legais para a fixação do valor imposto na condenação, a ocorrência de julgamento *ultra petita*, eis que a autora não requereu o pagamento das parcelas vencidas, bem como a perda do objeto da demanda, no que diz respeito ao pedido de reenquadramento da pensionista na classe S, padrão III, tendo em vista o reconhecimento administrativo do direito, com a implementação em folha de pagamento.

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos, decotando-se da sentença a parte que con-

denava a ré a pagar as parcelas pretéritas referentes ao reenquadramento funcional e à implantação da GDAFA. No que diz respeito à perda do objeto, entendeu que se tratava de circunstância fática superveniente, rejeitando o pedido.

Irresignada, recorreu a União. Sustentou a necessidade de se declarar a perda de objeto da ação, quanto ao reenquadramento na classe e padrão a que faria jus o instituidor da pensão acaso fosse vivo, haja vista ter a Administração reconhecido o direito da recorrida e procedido à correção administrativa do seu enquadramento, conforme afirmado inclusive pela própria autora às fls. 114/116.

Alegou, ainda, que merece reforma a sentença, no que se refere ao pagamento à autora da GDAFA, nas mesmas condições e valores em que é paga aos servidores da ativa, uma vez que referida vantagem não se incorpora automaticamente aos proventos da aposentadoria e muito menos à pensão, passando a ser devida aos aposentados e pensionistas somente a partir de 01/06/2004, com o advento da Lei 10.883/2004.

A recorrida apresentou contra-razões.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Manoel Gonçalves:
— Análise, inicialmente, preliminar levantada em contra-razões recursais, no sentido de existir óbice ao

exame do recurso da União, na parte em que sustenta ter ocorrido perda de objeto da pretensão de ser a recorrida pensionista de fiscal federal agropecuário, reenquadrada na classe S-III.

Sem razão a recorrida. Não há óbice ao conhecimento do recurso da União. Dito reenquadramento era matéria da petição inicial. Já na contestação, a recorrente afirmou ter ele sido acolhido administrativamente. O ato administrativo que levou à alteração de classe da recorrida foi anterior à sentença. Não tendo o ato jurídico modificador da situação jurídica da recorrida sido expedido por força de suposta decisão judicial, é irrelevante o momento em que foi proferida a sentença, a fim de se aferir a possibilidade de interposição de recurso. Não houve, portanto, aceitação tácita da decisão que impedisse o exame de eventual recurso, não sendo de se aplicar a norma contida no art. 503 do Código de Processo Civil.

Conheço do recurso da União na sua integralidade, porque estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

A perda de objeto de parte da pretensão não se evidenciou. A recorrente efetuou o reenquadramento da recorrida na mencionada classe S-III somente a partir de junho de 2003, de forma que persiste o interesse no recebimento dos valores que se venceram após o ajuizamento da causa, ocorrido em outubro de 2002, por força dos arts. 263 e 290 do Código de Processo Civil.

Quanto ao direito em si ao reenquadramento, ainda que não tivesse sido acolhido na esfera administrativa, ele era de rigor. O marido da recorrida, então servidor público, ocupava o último nível do antigo plano de classificação de cargos das Leis 5.645/1970 e 6.550/1978. Por força da Lei 8.460/1992, foi ele transposto do nível NS-25 para o nível B-VI e, pela Lei 8.627/1993, para o nível A-III da tabela de nível superior. A MP 2.048-26/2000 transformou o cargo de médico veterinário, ocupado pelo marido da recorrida, em cargo de fiscal agropecuário, de acordo com o anexo VI, tal como dispôs o art. 28. Assim, se ele compunha o último nível da carreira anterior, deve ser enquadrado no último nível da nova carreira.

Em relação ao pagamento da GDAFA, igualmente não assiste razão à União. A GDAFA foi criada pelo art. 30 da MP 2.048-26/2000 e seria devida apenas aos fiscais federais agropecuários que estivessem em

exercício de atividades inerentes às atribuições da carreira. Excluiu, por interpretação *a contrario sensu*, os servidores inativos, que somente poderiam percebê-la se recebessem por 5 anos (art. 54, I), ou seja, se se aposentassem 5 anos depois da edição da MP 2.048-26/2000.

Outras gratificações, que eram pagas aos atuais fiscais federais agropecuários, foram extintas, sendo instituída a GDAFA, devida a todos aqueles ocupantes da mencionada carreira, desde que estivessem em atividade. A gratificação não é transitória, porque devida sem termo final, e não decorre de um trabalho específico, porque incide sobre o vencimento de todo e qualquer fiscal agropecuário. A GDAFA nada mais é do que uma gratificação inerente à própria carreira de fiscal federal agropecuário, de forma que, pelos termos do art. 40, § 8º, da Constituição, na redação anterior à Emenda 20, deve ser estendida aos inativos.

Nesse sentido, decisão da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Incidente de Inconstitucionalidade na AMS 2000.34.00.033686-1, Relator o Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos art. 54 e 55 da MP 2.048-26/2000, na parte em que não estendeu aos inativos a GDAFA. E, ainda, decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 546.318/SC (DJ27/06/2005), da relatoria do Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

A inconstitucionalidade era tão evidente que a Lei 10.883/2004, que mais uma vez reestruturou a carreira de fiscal federal agropecuário, tratou de reconhecer aos servidores inativos o direito à incorporação da GDAFA — art. 6º —, mas apenas a partir de 01/06/2004. A limitação da lei é indevida, justamente porque a lei anterior — art. 54, I, da MP 2.048-26/2001 — era inconstitucional, retroagindo seus efeitos desde a criação da referida gratificação, incidente, então na remuneração de todos os servidores, ativos e inativos.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso da União. Por força do art. 55 da Lei 9.099/1995, aplicada subsidiariamente, condeno a recorrente ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É o voto.

Processo

2006.41.00.700103-8/RO

Relator originário: O Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto Flávio da Silva Andrade

Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Juiz Federal Élcio Arruda

Recorrente: Moisés de Souza Barbosa

Recorrida: Fazenda Nacional

Publicação: DJ de 26/07/2006

Ementa

Tributário. Policial militar ex-território de Rondônia. Imposto de Renda. Não-incidência sobre verba denominada “remuneração para a inatividade PM/BM”, dada sua natureza legal de ajuda de custo. Devolução do montante. Recurso provido.

I – Se a Lei 10.486/2002 expressamente pronuncia a isenção da verba denominada “remuneração para a inatividade PM/BM”, ao incluí-la no rol das *ajudas de custo*, inadmissível é a incidência de Imposto de Renda.

II – Nem à Administração, nem ao Judiciário, é dado modificar a natureza de verba pronunciada pela *lei*, com vistas à incidência de exação, sob pena de ulceração à tripartição de Poderes.

III – Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, por maioria, vencido o relator, acordam os Juizes da Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, em dar provimento ao recurso, na conformidade do voto-vista do Juiz Federal Élcio Arruda.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/RO – 26/06/2006.

Juiz Federal *Élcio Arruda*, Relator.

Recurso

2005.34.00.754533-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos

Recorrente: Instituto Nacional de Seguridade Social

Procuradora: Dra. Maria Cristina de Miranda

Recorrida: Damázia Alves de Freitas

Publicação: DJ 2 de 14/07/2006

Ementa

Previdenciário. Processual Civil. Averbação de tempo de serviço. Empregada doméstica. Carteira de trabalho e previdência social. Anotações realizadas por ordem judicial. Sentença trabalhista. Ausência de prova documental. Início razoável de prova não configurado. Recurso provido. Sentença reformada.

I – A sentença trabalhista será admitida como início de prova material, apta a comprovar o tempo de serviço, caso ela tenha sido fundada em elementos que evidenciem o labor exercido na função e o período alegado pelo trabalhador na ação previdenciária (STJ, EREsp 616242/RN, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ de 24/10/2005, p. 170).

II – *In casu*, a reclamação trabalhista foi ajuizada cerca de 24 anos após a extinção do suposto vínculo empregatício, com claro propósito de produzir, indiretamente, efeitos previdenciários, os quais não podem ser admitidos já que a sentença trabalhista julgou a lide procedente diante, unicamente, da falta de oposição aos fatos alegados pela autora, sem que houvesse a produção de qualquer prova substancial capaz de satisfazer as exigências do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991. Início de prova documental não configurado.

III – Recurso provido. Julgamento em consonância com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

IV – Incabível a condenação em honorários advocatícios (art. 55, *caput*, da Lei 9.099/1995).

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/DF – 29/06/2006.

Juiz Federal *Alexandre Machado Vasconcelos*, Relator.

Recurso

2005.34.00. 754799-2/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Alexandre Machado Vasconcelos

Recorrente: Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS

Procuradora: Dra. Maria Cristina de Miranda

Recorrida: Evelyn Mariane Aragão de Souza

Advogado: Defensoria Pública da União

Publicação: DJ 2 de 14/07/2006

Ementa

Constitucional. Previdenciário. Benefício de amparo assistencial ao deficiente. Laudo pericial. Requisitos legais preenchidos. Súmula 29 da TNUJ/JEF. Recurso improvido.

I – A concessão do benefício de amparo assistencial ao deficiente e ao idoso faz-se necessária quando comprovada a inexistência de meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do art. 203, V, da Constituição Federal.

II – O laudo clínico de fls. 11/12 afirma ser a autora portadora de doença crônica grave cujas implicações, no entanto, não a incapacitariam para as atividades habituais e laborativas, a despeito de atestar que “A paciente de 7 anos, acompanhada no Hospital Sarah desde 2 anos de idade por paralisia cerebral tipo diplegia espática, que a impede de movimentar-se normalmente, faz uso de órtese no tornozelo — pé direito, locomove-se apoiando-se nos móveis ou com andador e freqüenta o laboratório da marcha e terapia funcional daquele hospital (...) chama atenção deficiência física em membros inferiores, convergência de olho direito e respiração bucal, com aumento importante de amígdalas”.

III – Estando a sentença amparada no conjunto probatório, deve prosperar o princípio do livre convencimento do julgador — mesmo contra eventuais conclusões do laudo pericial —, porquanto não se pretende, *in casu*, desconsiderar a análise do perito, senão atribuir-lhe conclusão diferente, conforme a conotação legal conferida ao conceito de incapacidade para a vida independente.

IV – Não tendo a autora como prescindir de cuidados permanentes de sua mãe — a qual fica impedida de exercer atividades profissionais —, torna-se imperiosa a concessão do amparo assistencial do Estado, com esteio

no art. 20 da Lei 8.742/1993. Requisito econômico atendido.

V – Entendimento conforme a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilidade de prover ao próprio sustento”.

VI – Recurso improvido. Sentença confirmada.

VII – Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995. Súmula 111 do STJ.

VIII – Julgamento em consonância com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

Acórdão

A Turma Recursal, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/DF – 29/06/2006.

Juiz Federal *Alexandre Machado Vasconcelos*, Relator.

Recurso Criminal

2006.41.00.700305-9/RO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto Flávio da Silva Andrade

Recorrente: Ermógenes Jacinto de Souza

Recorrido: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Reginaldo Pereira da Trindade

Publicação: DJ de 20/07/2006

Ementa

Penal. Processo Penal. Crime de desacato. Inocorrência de nulidade da sentença condenatória. Exame suficiente do conjunto probatório. Demonstração razoável do convencimento judicial. Delito praticado por advogado contra servidores públicos federais no exercício regular de suas funções. Configuração da infração penal.

I – Não padece do vício de falta de fundamentação a sentença condenatória em que o juízo monocrático demonstrou satisfatoriamente as razões de seu convencimento.

II – Delito de desacato praticado por advogado contra servidores do Ministério Público Federal durante colheita de declarações para fins de instrução de procedimento investigatório.

III – Exame da prova realizado de maneira a não colocar em risco nenhuma das garantias constitucionais (princípios constitucionais da fundamentação ou ampla defesa), mostrando-se o *decisum* suficientemente completo para retratar o convencimento acerca dos fatos.

IV – Delito de desacato configurado.

V – Recurso improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, acordam os juizes da Turma Recursal do Juizado

Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, em negar provimento ao recurso, na conformidade do voto do relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/RO – 26/06/2006.

Juiz Federal *Flávio da Silva Andrade*, Relator.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet.

Embargos à execução. Restituição de Imposto de Renda. Valores cobrados sobre indenização de férias convertidas em pecúnia.

Embora seja certo que a restituição de Imposto de Renda, em razão da declaração anual de ajuste, significa pagamento antecipado, que pode, em tese, ensejar pedido de abatimento do valor já restituído, o art. 741 do CPC, ao limitar a matéria dos embargos à execução, condiciona a alegação de pagamento, assim como de compensação, a que tais fatos sejam supervenientes à sentença, o que, *in casu*, não ocorre, posto que os valores que a Fazenda Nacional pretende compensar são relativos a exercícios anteriores à data em que foi prolatado o julgado exequendo.

AC 2003.38.00.041535-3/MG.

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – 7ª Turma.

Publicação: *DJ* 2 de 21/07/2006

Doutorado. Bolsa de estudos. Suposta vedação ao recebimento de valores decorrentes de vínculo empregatício.

Inexistindo previsão legal a restringir a concessão e manutenção de bolsas de estudos, por universidades federais, a candidatos que não percebam quaisquer valores decorrentes de vínculo empregatício, afigura-se ilegítima a suspensão da bolsa de estudo e o pretense ressarcimento de valores pagos a esse título, em desfavor de bolsista que, sem prejuízo do curso de doutorado, exerce atividade remunerada, no caso, como professora substituta, por afrontar o princípio da legalidade.

REO 1999.39.00.002391-0/PA

REL.: Des. Federal Souza Prudente – 6ª Turma.

Publicação: *DJ* 2 de 31/07/2006

Ministério Público. Poder de investigação. Quebra de sigilo. Reserva de jurisdição.

O Ministério Público não tem atribuição para realizar investigações, instaurando procedimento investigatório criminal, presidindo instrução, interrogando o agente, ouvindo testemunhas etc. A Constituição Federal não lhe dotou do poder de presidir inquérito policial. Pode, sim, tão-somente, requisitar diligências à autoridade policial.

O monopólio da quebra do sigilo pertence ao juiz. Trata-se de reserva absoluta de jurisdição. É o monopólio da *primeira palavra*, no dizer de Canotilho.

HC 2006.01.00.023372-2/TO

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma.

Publicação: *DJ* 2 de 28/07/2006

OAB. Pedido de atendimento prioritário para os advogados e de livre acesso às dependências do INSS.

Não é admissível a pretensão de atendimento privilegiado aos advogados, em detrimento das pessoas humildes, que necessitam dos serviços do INSS, que são pessoas idosas, acidentadas ou portadoras de alguma deficiência.

A permissão para que os advogados possam ter atendimento privilegiado, sem a necessidade de enfrentar qualquer fila, além de afrontar o princípio constitucional da igualdade, afronta questão de ordem moral e de respeito com o próximo.

A restrição de determinação de dia para que os advogados possam ingressar no recinto do INSS afigura-se ilegal (art. 7º, VI, Lei 8.906/1994), sendo legítima a pretensão de carga de autos administrativos, que encontra respaldo no inciso XV do art. 7º do mesmo diploma legal.

AMS 2000.36.00.007193-4/MT

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Tuma

Publicação: *DJ* 2 de 27/07/2006

Pena cumprida no estrangeiro. Atenuação da pena imposta no Brasil. Prescrição. Saldo da pena. Livramento condicional.

A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas (CP, art. 8º).

A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada (art. 110 do CP), e não segundo o restante (saldo) da pena por cumprir, hipótese restrita aos casos de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional (CP, art. 13).

Para o cálculo da prescrição, deve ser contado como termo inicial não a data de início do gozo de livramento condicional, mas sim a data de seu término, e deve ser considerado que, na execução da pena em concurso de infrações, executar-se-á primeiro a pena mais grave (CP, art. 76).

RCr 2005.32.00.005371-8/AM.

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 07/07/2006

Ensino superior. Programa Universidade para todos – Prouni. Comprovação de que o ensino médio foi cursado em escola pública.

Tendo o impetrante comprovado que cursou todo o ensino médio em escolas públicas mediante a oportuna apresentação de boletins escolares, afigura-se ilegítima sua reprovação no processo seletivo do Prouni apenas por não ter comprovado esse fato através de histórico escolar.

Não é razoável penalizar o estudante com sua reprovação no processo seletivo do Prouni em razão da demora da instituição pública de ensino médio em lhe fornecer o respectivo histórico escolar.

AMS 2005.39.00.002499-0/PA

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 27/07/2006.

Tributos declarados pelo contribuinte por meio de DCTF. Decadência e prescrição. Expedição de certidão positiva de débito com efeito de negativa.

No crédito constituído por Declaração de Créditos e Débitos Federais – DCTF do contribuinte, não há incidência do instituto da decadência.

Tendo o contribuinte apresentado a DCTF e não recolhido o devido aos cofres públicos, a partir daí começa a correr o prazo prescricional quinquenal para cobrança, pela Fazenda Nacional, do crédito fiscal.

A entrega da DCTF constitui termo inicial do prazo prescricional quinquenal para a Fazenda Nacional fiscalizar o procedimento compensatório levado a cabo pelo contribuinte e, se for o caso, lançar de ofício diferenças compensadas a maior.

Não estando comprovados quaisquer óbices para obtenção da certidão positiva de débitos com efeito de negativa requerida, impõe-se a expedição da referida certidão, nos termos do art. 206 do CTN.

AMS 2004.35.00.019764-9/GO

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/07/2006

Estatísticas TRF 1ª Região

JULHO/2006

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

— JULHO/2006 —

| | |
|--|------------|
| Recursos Extraordinários Admitidos | 93 |
| Recursos Especiais Admitidos | 143 |
| Recursos Extraordinários Não-Admitidos | 67 |
| Recursos Especiais Não-Admitidos | 232 |
| Despachos Diversos | 22 |
| Decisões Diversas | 14 |
| Decisões em Plantão | 2 |
| RESP/RE Retidos | 4 |
| Suspensão de Segurança Deferida | 1 |
| Decisões Diversas em Suspensão de Segurança | 2 |
| Despachos Diversos em Suspensão de Segurança | 11 |
| Embargo de Declaração Acolhido | 1 |
| Embargos de Declaração Rejeitados | 3 |
| Embargo de Declaração Não-Conhecido | 1 |
| Informações em CC, HC e SS ao STJ e STF | 43 |
| TOTAL | 639 |

Dados fornecidos pela ASRET.

SECRETARIA JUDICIÁRIA

— 19 DE ABRIL A 31 DE JULHO —

| | |
|--------------------|------------|
| Despachos Diversos | 170 |
| TOTAL | 170 |

Dados fornecidos pela COREJ.

SUBSECRETARIA DE EXECUÇÃO JUDICIAL

— 19 DE ABRIL A 31 DE JULHO —

| | |
|--------------------------|-----------|
| Despachos em Precatórios | 26 |
| TOTAL | 26 |

Dados fornecidos pela COREJ.

SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

— 19 DE ABRIL A 31 DE JULHO —

| | |
|----------------------|-----------|
| Informações em MS | 11 |
| Informações para AGU | 8 |
| TOTAL | 19 |

Dados fornecidos pela SECRE.

VICE-PRESIDÊNCIA

— JULHO/2006 —

| | |
|-----------------------------|------------|
| RESP Admitidos | 121 |
| RESP Inadmitidos | 139 |
| RE Admitidos | 59 |
| RE Inadmitidos | 55 |
| RO Admitido | 1 |
| Despachos/Decisões Diversas | 19 |
| TOTAL | 394 |

Dados do Gabinete da Vice-Presidência.

COORDENADORIA DE RECURSOS

— JULHO/2006 —

| | |
|---|--------------|
| Recebidos das Turmas e Seções (RESP/RE) | 558 |
| Remetidos à ASRET com RESP/RE | 443 |
| Remetidos ao STF (RE e AG/RE) | 161 |
| Remetidos ao STJ (RESP e AG/RESP) | 1.062 |
| Recebidos do STJ | 289 |
| Recebidos do STF | 189 |
| Remetidos por Baixa Definitiva | 671 |
| Requisitados da Origem | 28 |
| Remetidos ao Arquivo Judicial | 7 |
| Sobrestados na COREC | 3.458 |
| Agravos Processados | 640 |
| TOTAL | 7.506 |

PUBLICAÇÕES – PRESIDÊNCIA

— JULHO/2006 —

| | |
|----------------------|-----------|
| Recursos Admitidos | 2 |
| Recursos Inadmitidos | 14 |
| Despachos Diversos | 8 |
| TOTAL | 24 |

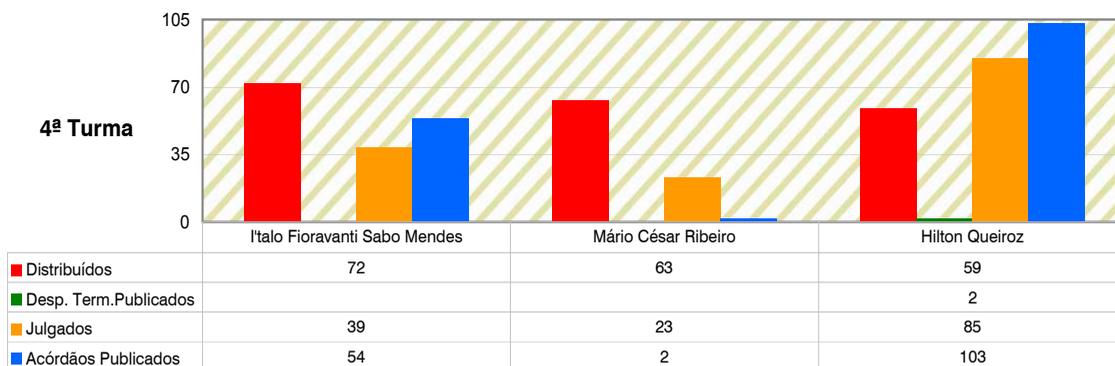
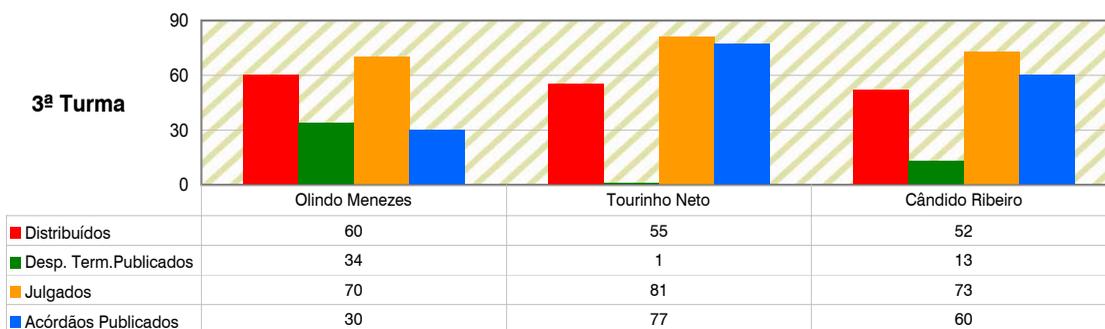
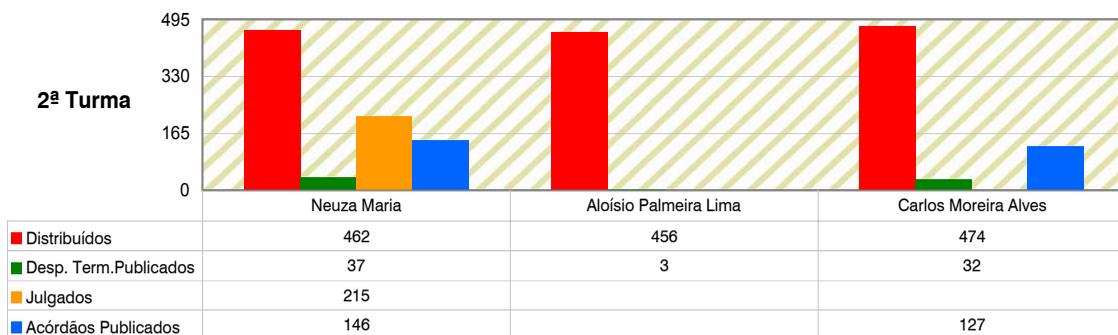
PUBLICAÇÕES – VICE-PRESIDÊNCIA

— JULHO/2006 —

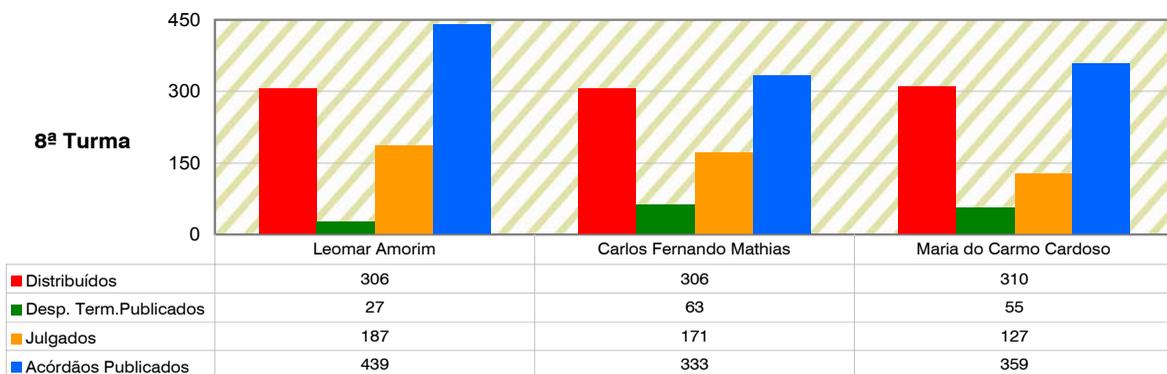
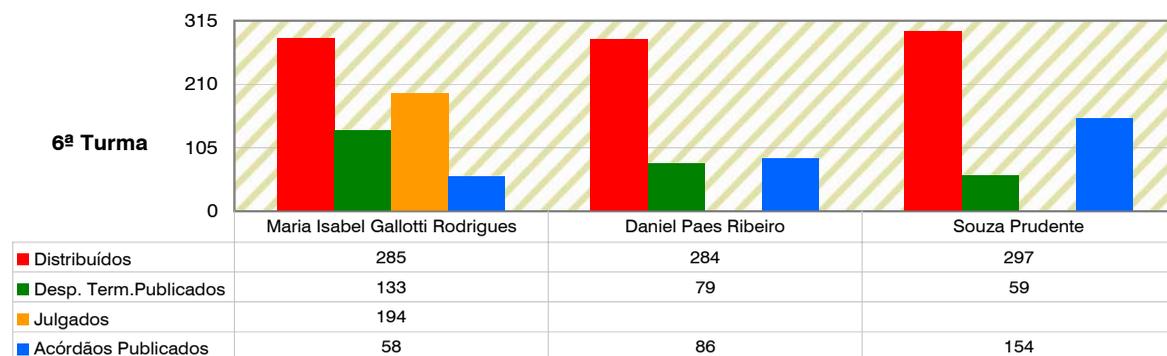
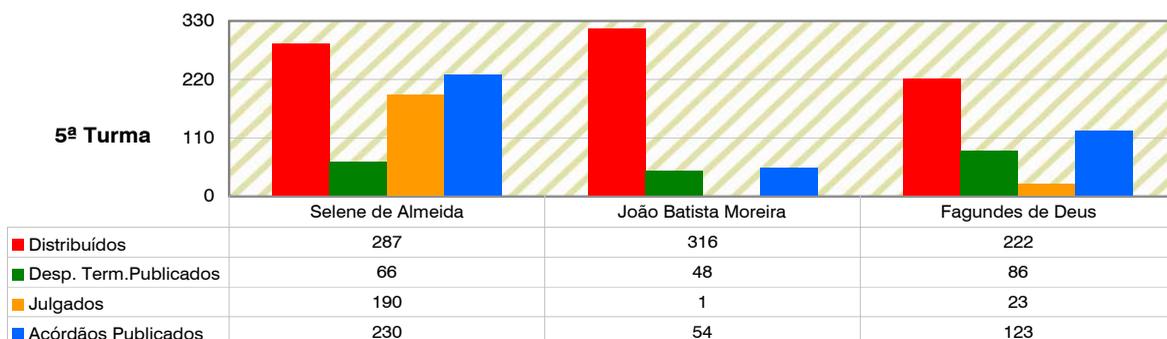
| | |
|----------------------|------------|
| Recursos Admitidos | 179 |
| Recursos Inadmitidos | 99 |
| Despacho Diverso | 1 |
| TOTAL | 279 |

Dados fornecidos pela COREC.

DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JULHO/2006



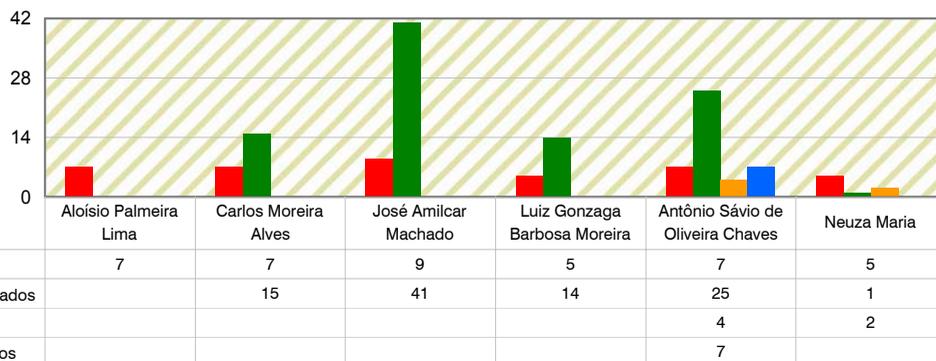
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JULHO/2006



DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – JULHO/2006

1ª Seção

Desembargador Federal
Presidente:
Carlos Olavo



2ª Seção

Desembargador Federal
Presidente:
Carlos Olavo



3ª Seção

Desembargador Federal
Presidente:
Carlos Olavo

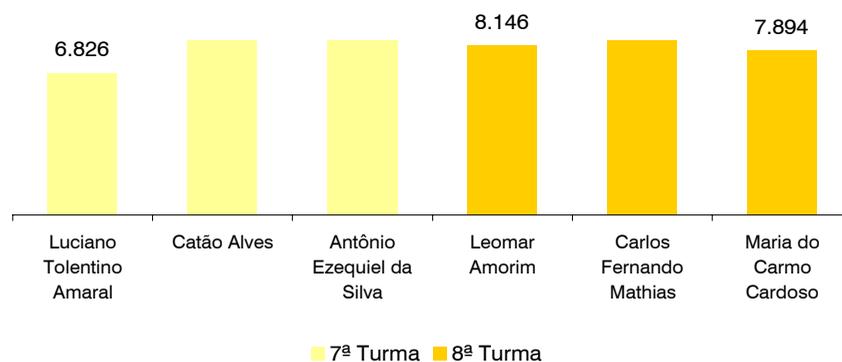
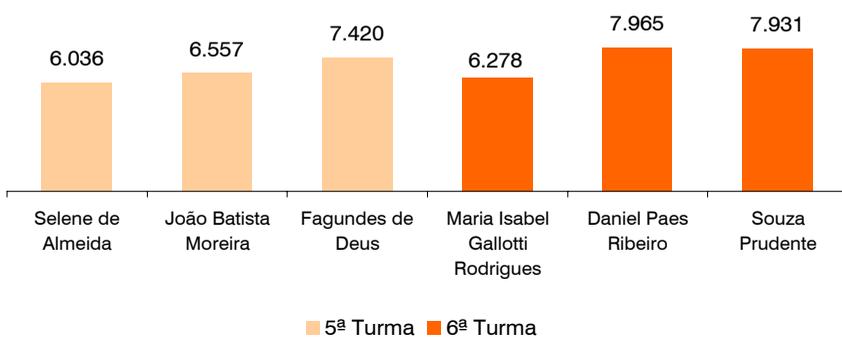
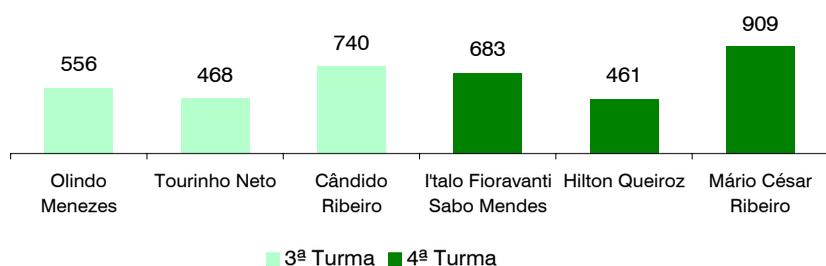
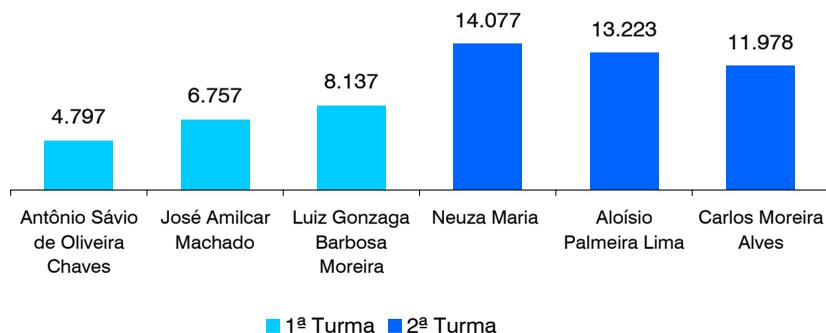


4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente:
Carlos Olavo



PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – JULHO/2006



COMPETÊNCIAS (Art. 8º do PGC)

À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – servidores públicos civis e militares, exceto feitos correlatos à improbidade administrativa;
- II – benefícios previdenciários.

À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I - matéria penal em geral;
- II – improbidade administrativa;
- III – desapropriação direta e indireta.

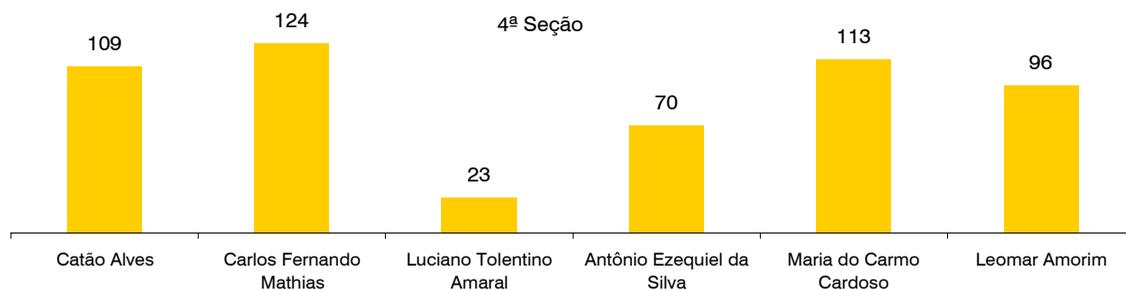
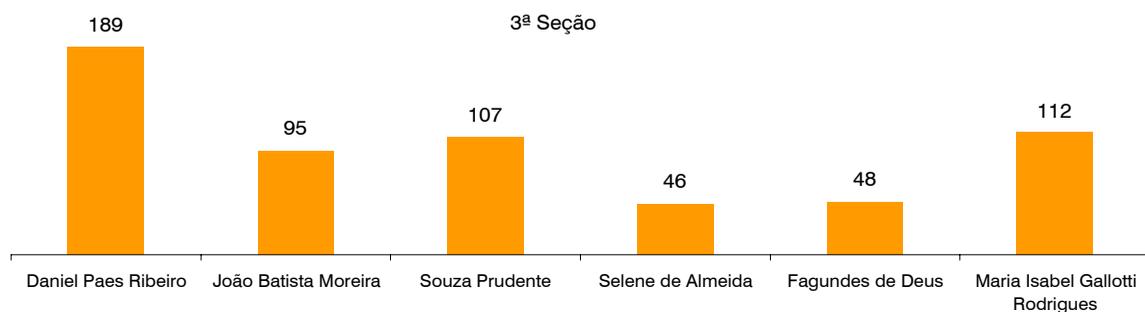
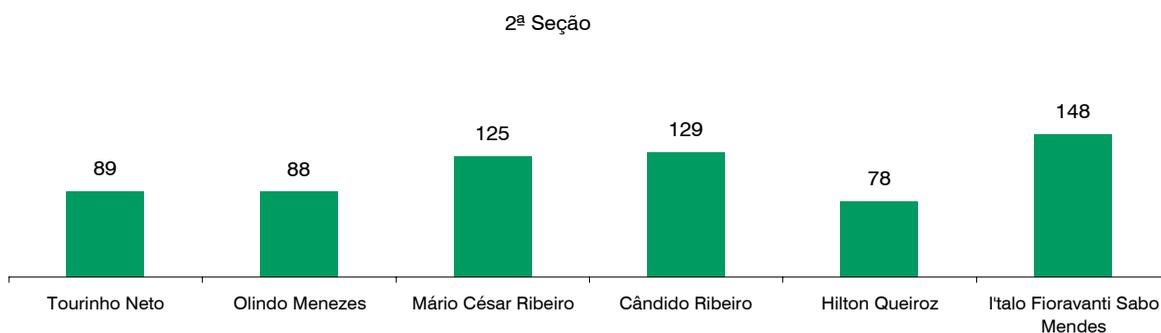
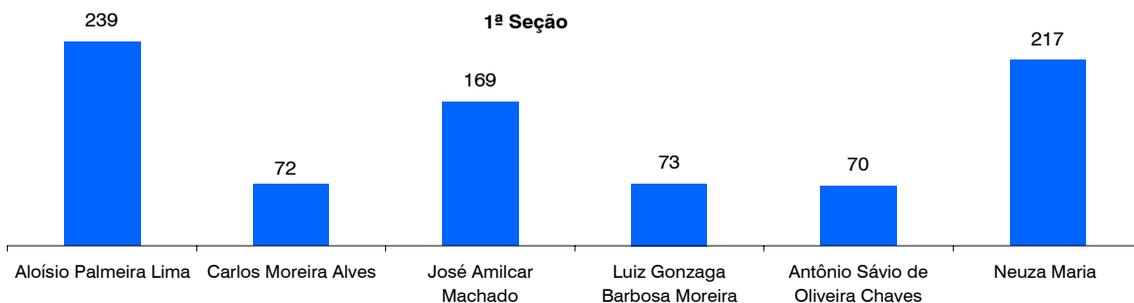
À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação e contratos administrativos;
- II – concursos públicos;
- III – contratos;
- IV – direito ambiental;
- V – sucessões e registros públicos;
- VI – direito das coisas;
- VII – responsabilidade civil;
- VIII – ensino;
- IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
- X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
- XI – propriedade industrial;
- XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
- II – impostos;
- III – taxas;
- IV – contribuições de melhoria;
- V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
- VI – empréstimos compulsórios;
- VII – multas de natureza tributária;
- VIII – preços públicos;
- IX – outras multas.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – JULHO/2006



ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

| ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS JULHO/2006 | Órgão Julgador | Despachos Terminativos Publicados | Julgados | Acórdãos Publicados |
|---|-------------------|---|----------|------------------------|
| Anamaria Reys Resende | 4ª Seção | | 2 | |
| | 7ª Turma | 82 | 158 | 11 |
| Antonio Cláudio Macedo da Silva | 1ª Turma | | | 1 |
| | 2ª Turma | 4 | 166 | 150 |
| Ávio Mozar José Ferraz de Novaes | 5ª Turma | 1 | | 21 |
| Carlos Alberto Simões de Tomaz | 7ª Turma | | 1 | 1 |
| Carlos Augusto Pires Brandão | 6ª Turma | 43 | 166 | 58 |
| César Augusto Fonseca | 2ª Turma | | | 6 |
| Daniele Maranhão Costa Calixto | 4ª Seção | 6 | | |
| | 7ª Turma | 36 | | 7 |
| Francisco Neves da Cunha | 2ª Turma | | | 1 |
| Hamilton de Sá Dantas | 6ª Turma | | | 1 |
| Itelmar Raydan Evangelista | 1ª Seção | 1 | 9 | |
| | 1ª Turma | 31 | 373 | 61 |
| Ivani Silva da Luz | 2ª Turma | | | 1 |
| José Carlos do Vale Madeira | 3ª Turma | | 1 | 1 |
| José Magno Linhares Moraes | 2ª Seção | | 28 | |
| | 3ª Turma | | | 31 |
| Klaus Kuschel | 1ª Seção | 65 | | |
| | 2ª Seção | | 1 | 1 |
| | 4ª Turma | 1 | 40 | 33 |
| Leão Aparecido Alves | 3ª Seção | | | 3 |
| | 6ª Turma | 6 | | 27 |
| Lincoln Rodrigues de Faria | 2ª Turma | | | 2 |
| Maízia Seal Carvalho Pamponet | 7ª Turma | | | 2 |
| Manoel José Ferreira Nunes | 1ª Seção | | 5 | |
| | 1ª Turma | 11 | 428 | 242 |
| Marcelo Velasco Nascimento Albernaz | 3ª Seção | | 11 | 1 |
| | 5ª Turma | 72 | 165 | 117 |
| | 6ª Turma | | | 1 |
| Marcos Augusto de Sousa | 3ª Seção | 1 | | |
| Miguel Angelo de Alvarenga Lopes | 1ª Turma | 4 | | 42 |

| | | | | |
|---|----------|----|-----|-----|
| Moacir Ferreira Ramos | 3ª Seção | | 6 | |
| | 6ª Turma | 52 | 167 | 80 |
| Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros | 1ª Seção | 1 | | |
| | 2ª Turma | 16 | | 96 |
| Mônica Neves Aguiar da Silva | 1ª Seção | 17 | 18 | 33 |
| | 2ª Turma | 5 | 217 | 192 |
| Osmane Antonio dos Santos | 8ª Turma | | 11 | 7 |
| Rafael Paulo Soares Pinto | 7ª Turma | | 27 | 32 |
| Reynaldo Soares da Fonseca | 1ª Seção | 1 | | |
| | 1ª Turma | 1 | | |
| | 4ª Turma | 1 | | |
| Roberto Carvalho Veloso | 8ª Turma | | | 1 |
| Rosimayre Gonçalves de Carvalho | 2ª Seção | 32 | 1 | |
| | 4ª Turma | 1 | 68 | 1 |
| Saulo José Casali Bahia | 3ª Turma | | 15 | 17 |
| Simone dos Santos Lemos Fernandes | 1ª Turma | | 35 | 69 |
| Vallisney de Sousa Oliveira | 3ª Seção | | 5 | |
| | 5ª Turma | | 115 | 22 |
| Vânia Cardoso André de Moraes | 3ª Turma | | | 1 |

| DESEMBARGADORES FEDERAIS JULHO/2006 | Órgão Julgador | Despachos Terminativos Publicados | Julgados | Acórdãos Publicados |
|--|-------------------|---|----------|------------------------|
| Assusete Magalhães | 2ª Turma | | | 2 |
| | 4ª Turma | 1 | | |
| | 3ª Seção | 1 | | |
| Carlos Olavo | 1ª Turma | | | 1 |
| | 4ª Turma | | | 2 |
| Jirair Aram Meguerian | 2ª Turma | | | 2 |
| Tourinho Neto | 1ª Seção | 47 | | |
| Carlos Fernando Mathias | 1ª Seção | 1 | | |
| Olindo Menezes | 1ª Seção | 32 | | |
| Mário César Ribeiro | 1ª Seção | 3 | | |
| Cândido Ribeiro | 1ª Seção | 4 | | |
| Hilton Queiroz | 1ª Seção | 26 | | |
| Antônio Ezequiel da Silva | 5ª Turma | 1 | | |
| Daniel Paes Ribeiro | 1ª Seção | 1 | | |
| Antonio Sávio de Oliveira Chaves | 4ª Seção | 1 | | |

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais
- ★ Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo
- ★ Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio
- ★ Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB
- ★ Editora Forense: Revista Forense
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas.
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público
- ★ Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum
- ★ Editora Portal Jurídico Ltda.: CD Rom Gazeta Juris
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/97.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o e-mail revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3314-5377, 3314-5451 ou pelo e-mail revista@trf1.gov.br.