

Sumário

Entrevista

O Direito Minerário como Instrumento de Trabalho do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM,

Procuradora-Geral Ana Salett Marques Gulli

Artigos Doutrinários

Processo Judicial e Processo Administrativo Disciplinar

Dr. Sebastião José Lessa

Breves Considerações sobre a Tortura

Dr. Alexandre Pontieri

Notas sobre a Criminalidade Organizada

Procuradora Federal Juliana Alves de Araújo

Tópicos Jurídicos

A Reincidência como Qualificadora dos Crimes de Porte Ilegal de Arma de Fogo e Análogos na Revogada Lei das Armas de Fogo (Lei 9.437/97) e o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03): a Questão da Retroatividade da Lei Posterior mais Benéfica

Professor Damásio de Jesus

Defensoria Pública e Acesso à Justiça

Procurador da República Leonardo Augusto Santos Melo

Acórdãos – Inteiros Teores

1ª Seção – Mandado de segurança contra decisão jurisdicional de juiz de Juizado Especial Federal. Incompetência recursal. TRF-1ª Região

Rel.: Juíza Ivani Silva da Luz (convocada)

AgRegMS 2004.01.00.029795-4/MG

2ª Seção – Revisão criminal. Falecimento do revisionado

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Olindo Menezes

RvCr 1999.01.00.042634-2/DF

3ª Seção – Edital. Concurso público. Enfermeiro e auxiliar de Enfermagem. Impugnação. CRE

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

MS 2004.01.00.024551-0/RR

4ª Seção – Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Conselho profissional

Rel.: Juíza Neuza Maria Alves da Silva (convocada)

CC 2004.01.00.038916-8/MG

1ª Turma – Quintos. Servidor do Executivo. Atualização de parcelas

Rel.: Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

AC 2001.34.00.028506-0/DF

2ª Turma – Incra. Servidores removidos para outra cidade. Ajuda de custo. Diárias

Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian

AC 2001.43.00.000807-7/TO

3ª Turma – Recolhimento de contribuição previdenciária. Omissão. Tipologia criminal

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

ACr 2001.35.00.002405-4/GO

4ª Turma – Recurso em sentido estrito. Interpretação extensiva. Possibilidade. Paes. Refis II. Parcelamento de débitos

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz

RcCr 2002.38.00.003576-0/MG

5ª Turma – Acidente de trânsito. Veículo pertencente à União. Responsabilidade objetiva. Caso fortuito ou força maior

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

AC 2003.42.00.001426-8/RR

6ª Turma – Crédito rotativo. Cobrança de encargos excessivos. Cadastros de inadimplentes

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Ag 2004.01.00.029594-7/MG

7ª Turma – Antecipação de tutela. Liberação de veículo. Transporte irregular de passageiros

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

AgTAg 2004.01.00.010092-3/MG

8ª Turma – Inscrição no CNPJ. Tabela. Pessoa física equiparada à pessoa jurídica

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

AMS 2003.38.00.027132-2/MG

Breviário

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

Infração ambiental. Multa.

Planos previdenciários. Migração.

Cautela preparatória. Prevenção.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

Confira a lista de todos os Repositórios Oficiais de Jurisprudência do TRF-1ª Região

Normas para envio de artigos e tópicos jurídicos à Revista

Entrevista

O Direito Minerário como Instrumento de Trabalho do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM

*Ana Salett Marques Gulli

Nesta edição a Revista contempla seu público com uma entrevista da Procuradora-Geral do DNPM Ana Salett.

Aqui, ela procura esclarecer alguns pontos do Direito Minerário, enfocando questões

*N.E.: Procuradora-Geral do DNPM.

controvertidas desse ramo jurídico.

Revista: Quais são as principais funções institucionais do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM?

Ana Salett: O DNPM é uma autarquia federal instituída pela Lei 8.876/94 e sua principal função é a de fomentar a produção mineral. Agora, nesse momento da produção mineral, compete ao DNPM promover a outorga dos direitos minerários e também a fiscalização com relação à execução da atividade de mineração.

Revista: O processo para a obtenção desses títulos costuma ser bastante lento. A que se deve essa demora?

Ana Salett: Na verdade a demora em relação ao procedimento dá-se hoje em função da falta de estrutura do DNPM, que não está dotado de infra-estrutura suficiente para atuar com a agilidade que o setor requer, por isso os processos não são tão rápidos quanto gostaríamos que fossem.

Revista: Seria a falta de recursos humanos?

Ana Salett: Recursos humanos e também a falta de aparelhamento, de infra-estrutura logística, porque o DNPM era um departamento do Ministério de Minas e Energia até 1995. Em 1995 foi transformado em autarquia, quando passou a ser um órgão com autonomia administrativa. Mas, por um bom tempo, houve um período de transição. Justamente em 1995 e 1996 começou-se a trabalhar a idéia das agências. Então, começou-se, antes de um fortalecimento do DNPM como autarquia, a transformá-lo já em uma agência. Assim, ao invés de se fortalecer o DNPM, dotá-lo de condições para o desenvolvimento de suas atribuições como autarquia, a idéia do governo era a de transformá-lo em agência. Isso não saiu do projeto, nem foi transformado em agência, nem houve investimento no DNPM como autarquia.

O DNPM tem representação nos 26 Estados da federação, nem todos com infra-estrutura para atender a demanda mineral, porque esta tem uma característica peculiar, que é a rigidez locacional, ou seja, se houver minério lá no Acre, o DNPM tem de atender bem aquela região, não dá para escolher, por isso existe o DNPM em todos os órgãos. Mas há falta, além de recursos humanos, de infra-estrutura. Foi aprovada agora, em 2004, uma lei, prevendo um plano de carreira para o servidor do DNPM e criando mil e duzentos cargos: de especialistas em mineração, tanto da área-fim, como das áreas administrativa e meio. Esperamos concluir o concurso até o final do ano e também, paralelo a isso, começar o parque de equipamentos para que essas pessoas tenham condições de desenvolver o trabalho.

Revista: Qual a relação do DNPM com o órgão ambiental, nesse processo de outorga e na fiscalização da atividade de mineração?

Ana Salett: A atividade de mineração é composta de duas fases: atividades básicas – a fase de pesquisa e a fase de lavra. Na fase de pesquisa, via de regra, não é necessário licença ambiental, esta só é exigida por lei na fase de lavra. Rigorosamente, quando o DNPM outorga uma portaria de lavra, exige uma licença de instalação do órgão ambiental competente. Tanto pode ser um órgão em nível federal, como o Ibama, se for uma área de competência do Ibama, como um órgão estadual ou municipal, depende da divisão entre os órgãos ambientais. E, na questão da fiscalização, o DNPM, tanto com o Ibama, como com os órgãos estaduais atuam em parcerias. Eles vão juntos fazer a fiscalização, porque assim já adotam as providências necessárias.

Revista: Quais são as providências adotadas pelo DNPM quando se verifica a atividade ilegal de pesquisa ou de lavra?

Ana Salett: No caso, como há lei específica, que é a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que tipifica tanto a exploração, que significa pesquisa, quanto a exploração, que significa o ato. Tanto a exploração, sem o competente alvará de pesquisa, como a exploração, sem a portaria de lavra, são consideradas crimes ambientais.

Revista: O que vem a constituir exploração?

Ana Salett: Exploração é a extração do minério, enquanto a exploração é só o conhecimento via pesquisa. As duas atividades praticadas, sem a autorização do DNPM, são consideradas crimes pela Lei de Crime Ambiental. O DNPM, ao tomar conhecimento disso, promove uma vistoria no local, junta toda a documentação necessária e encaminha para o Ministério Público Federal, porque essa mesma lei definiu os crimes ambientais como sendo de ação penal pública incondicionada. Assim, a competência, na questão criminal, é privativa do Ministério Público.

Revista: A mineração em área indígena é autorizada por lei? Em que condições?

Ana Salett: Nós temos o art. 231 da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de mineração em área indígena. Só que esse artigo não foi regulamentado desde a Constituição de 1988 e, por isso, hoje não se faz mineração em área indígena. Não é proibido, nem permitido, no entanto, não há uma previsão legal sobre a forma como isso pode acontecer. O que há hoje é uma tentativa do governo de paralisar os garimpos ou as atividades que existem nas reservas indígenas, porque, se existirem, todas são clandestinas. O governo interveio na Reserva Roosevelt, por ocasião da descoberta de uma jazida – denominada “kimberly”, de diamante, enorme e de valor monumental. Como a demanda de garimpeiros foi muito grande na área inteira e poderia haver conflito, o governo editou uma medida provisória recolhendo todo esse diamante que já havia sido extraído para si, e está procedendo a venda, inclusive o leilão é semana que vem, para poder, então, passar para os índios. Só que se paralisou 100% da atividade dentro da Reserva Roosevelt. Infelizmente, ainda existe uma atividade clandestina dentro dessas

áreas, apesar de agirmos junto com o Gabinete de Segurança Institucional, Ministério da Justiça, Funai, DNPM e Polícia Federal, para coibir essa ação em área imprópria.

Revista: Uma vez que o minerador já tenha pago todas as taxas e custos para obter licença para a exploração mineral, ainda está sujeito ao pagamento da Cfem? Sobre o que incide a Cfem – Compensação Financeira para Exploração de Recursos Minerais?

Ana Salett: O minerador, com relação à atividade de mineração, para requerer, tem de pagar emolumentos. Ele os paga para requerer um título mineral. Na fase de pesquisa, tem de pagar uma taxa, que é anual e por hectare. Ele tem de pagar por estar onerando a área. A área é dele, ele tem o direito de pesquisar, então, ele paga para o Estado por estar pesquisando um bem da União, na fase de pesquisa. Terminada a pesquisa, depois da outorga da portaria de lavra, ele paga um percentual sobre a lavra. Esse percentual, que é a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, pela extração de recursos minerais, é dividido entre a União, os Estados e os Municípios.

Revista: Como é feita a distribuição do valor arrecadado com a Cfem e a quem compete a execução dos inadimplentes?

Ana Salett: O valor referente à compensação financeira é distribuído da seguinte forma: 65% do valor arrecadado vai para os Municípios, 23% para o Estado e 12% para a União, sendo que desses 12% da União, 2% vai para o Meio Ambiente e 10%, para o DNPM. A compensação financeira é mensal e é feita sobre o faturamento líquido da empresa, mensalmente. A alíquota é de até 3% do faturamento líquido mensal da empresa. Essa compensação financeira já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal como uma receita patrimonial, como uma receita constitucional, e também não é considerada tributo. E nem a taxa anual por hectare, que é na fase da pesquisa, embora tenha o nome de taxa, é indevido o nome de taxa, mas foi considerado também pelo Supremo um preço, e não tributo. Então, as duas receitas nossas são originárias.

Revista: E com relação à competência para a execução dos inadimplentes?

Ana Salett: Com relação a esse ponto específico, existe, ainda, um questionamento. Nós defendemos que o DNPM é competente para executar essa compensação financeira. Nós fazemos hoje a cobrança administrativa da compensação financeira; quanto à execução judicial, estamos aguardando uma definição da Advocacia-Geral da União para dizer se somos nós ou a Procuradoria da Fazenda Nacional, mas temos um entendimento pacificado e submetido à AGU, de que o DNPM seria o órgão competente.

Revista: Por enquanto estão sendo os dois órgãos?

Ana Salett: Não, por enquanto, só o DNPM está cobrando administrativamente. A Fazenda não está cobrando.

Revista: Quais têm sido as matérias mais enfrentadas pelo DNPM junto à Justiça Federal?

Ana Salett: O DNPM começou a fazer a execução. Não há questionamento nenhum sobre essa taxa anual, ou seja, em relação à natureza da taxa anual. Então, começamos a executar, e as empresas, agora, têm reagido em relação a essa cobrança que temos feito de execução fiscal. O maior problema que enfrentamos é com relação ao controle de áreas do DNPM, porque o governo brasileiro não tem uma noção exata da localização das áreas, ou seja, o controle da localização das áreas. Assim, pode ocorrer de um requerimento de pesquisa sobrepor-se em relação a outro. E como a autarquia não tem um sistema eficaz o suficiente ocorre de um título sobrepor-se a outro. E aí começa uma grande discussão a respeito dessa prioridade.

A questão do controle de área, de prioridade das áreas de mineração, constitui um dos grandes problemas que temos enfrentado na Justiça Federal, assim como na cessão desses direitos. Há minerador que cede o direito para duas ou três pessoas, gerando conflito interno que fatalmente termina na Justiça.

Revista: Quais são os regimes de extração mineral previstos no Código de Mineração?

Ana Salett: No Código de mineração temos o regime de autorização de pesquisa e concessão de lavra. Na verdade são dois regimes, mas um depende do outro. Primeiro, é requerida uma autorização de pesquisa, outorgada pelo DNPM, depois, realiza-se a pesquisa, da qual apresenta-se um relatório final. Caso o DNPM aprove esse relatório final, requer-se a lavra da jazida encontrada durante essa pesquisa. Depois, o DNPM analisa. Aprovando-se o relatório final, o interessado requer a lavra, a autarquia analisa o projeto de aproveitamento econômico da jazida e prepara uma portaria de lavra, que é outorgada pelo ministro de Minas e Energia. Temos aí o alvará de pesquisa e uma portaria de lavra. A portaria de lavra (concessão de lavra), é diferente das outras concessões federais, porque o prazo é indeterminado. É até a exaustão da jazida, essa é a regra geral.

Via de regra, na maioria dos minérios, utiliza-se esse regime. Agora, há um regime que é utilizado, que é o de licenciamento para materiais de utilização de uso imediato na construção civil, como areia, esses de utilização mais rápida. Esse regime não precisa de uma pesquisa prévia. Temos uma lei própria, que é a Lei 6.567/78, que elenca a documentação necessária, já há toda a licença ambiental prévia, a autorização do proprietário do solo – e normalmente esse tipo de minério é encontrado em área urbana –, considera-se a autorização da prefeitura, e o DNPM registra esse licenciamento. Com o registro, o minerador já está autorizado a fazer a extração direta, sem ter de fazer uma pesquisa, dada a natureza do minério. O outro regime é o de permissão de lavra ao garimpeiro. Na Constituição de 1988, foi dado aos garimpeiros que se associarem em cooperativas a preferência em áreas que já eram tradicionalmente de garimpo; nelas eles se associam, criam uma cooperativa e requerem do DNPM uma permissão de lavra garimpeira. Assim, outorgamos, e essa permissão de lavra garimpeira são para minerais garimpáveis,

ou seja, é um sistema mais simplificado, que não precisa de uma pesquisa prévia, inclusive pela natureza dos minérios que são utilizados ali. E um último regime, que seria o de extração, é feito pelos órgãos públicos para a realização de obras, como por exemplo, construção de estradas, eles utilizam toda aquela areia, ou aquele cascalho que já está ali perto da estrada, na própria obra, na pedreira, sem precisar de fazer uma pesquisa prévia. Todos esses regimes têm o licenciamento ambiental, têm todo um procedimento, apenas mais simplificado do que uma pesquisa mineral regular.

Revista: Qual o direito do proprietário do solo em relação à atividade de mineração em sua área?

Ana Salett: O direito do proprietário do solo é garantido pela Constituição. Primeiro, a Constituição fez uma diferenciação. O subsolo é da União. A propriedade restringe-se ao solo. O subsolo e todos os minérios ali existentes são da União. A utilização deles tem de ser mediante a outorga da União, sendo garantida ao proprietário do solo, na fase da pesquisa, uma indenização pelos danos causados ao solo. Ele recebe na fase da pesquisa. Na fase de lavra, o proprietário tem direito a receber até 50% do correspondente a ser feito, que é a compensação financeira. Por exemplo, um minério de ferro, em que o percentual do Cfem é de 12% sobre o faturamento líquido mensal da empresa. E se for em uma fazenda, a rigor, pela lei, o proprietário teria direito a 1% do faturamento líquido mensal da empresa. Assim, ele não é prejudicado. O que pode ocorrer, dependendo da extração, é ele ter de desativar as atividades que ele faz no subsolo, se ele tiver criação, ou plantação, dependendo da substância, pode realmente afetar. Não necessariamente eles utilizam esse critério, quer dizer, o de que estão livres para fazer acordos outros, com percentuais diferentes. Se houver consenso, a autarquia aceita, sem maiores problemas. Então, nesse ponto, é garantido o direito a esse percentual à parte afetada.

Artigos Doutrinários

Processo Disciplinar e Processo Administrativo Independência e Interdependência das Instâncias (Arts. 121, 125 e 126 da Lei 8.112/90)

Sebastião José Lessa*

I. Considerações preliminares

*N.E.: Conselheiro da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal.

A tese da *independência e interdependência* das instâncias, pela constante aplicação, continua a merecer estudo e reflexão.

Não muito raro ocorre que o servidor público, por um mesmo fato, dito censurável, venha responder nas esferas administrativa, penal e cível.

E como, em princípio, as instâncias são independentes, como se vê dos arts. 121 e 125 da Lei 8.112/90, pode ocorrer a hipótese de decisões divergentes sobre os mesmos fatos, ou seja, absolvição no Juízo criminal, e responsabilização na esfera administrativa ou vice-versa.

José Cretella Júnior, com a consagrada autoridade, observa que, na prática, ocorre com maior frequência, a absolvição no Juízo criminal, e a punição na esfera administrativa, posto que “*Aquilo que é bastante para a incriminação administrativa é, muitas vezes, insuficiente para a delinação da figura penal, base de condenação.*” (*Prática do Processo Administrativo*, Ed. RT, SP, 1988, p. 116)

Também esclarece o ilustre mestre que “Tudo gira, pois, em torno do *fato*, existência ou inexistência. Ou da prova da existência do fato. Ou da capitulação do fato como infração penal. Ou da suficiência ou insuficiência de provas para a condenação. Ou ainda da existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena.” (Obra citada, p. 121)

É cediço que a decisão penal absolutória que *nega o fato* ou *afasta a autoria* (art. 126, Lei 8.112/90), bem como a que *reconhece a exclusão de ilicitude* (art. 23, CP; art. 65, CPP) *repercute* na instância administrativa.

Para equacionar a questão, a lei nos dá o caminho, nos arts. 64, 65, 66 e 67 do CPP; art. 386, I *usque* VI do CPP; art. 935 do atual CC; e arts. 121, 125 e 126 da Lei 8.112/90.

Também deve aqui ser ressaltado, por oportuno, a questão trazida pela Lei 8.429/92, que trata da *improbidade administrativa*. É que no art. 12, cuida a lei das penas, inclusive da perda da função pública.

Creemos que, em linha de princípio, a decisão penal deverá prevalecer sobre a que for dada na ação civil pública de improbidade administrativa, quando ocorrerem as hipóteses previstas no art. 126 da Lei 8.112/90.

II. A repercussão da absolvição criminal na esfera cível

Com efeito, idêntica repercussão (*prevalência*) ocorre entre decisão penal e decisão cível.

A prevalência da instância penal sobre a cível, quando aquela nega o fato ou

a autoria, mereceu de Eduardo Espínola Filho, os comentários seguintes:

Assim, o que se observa é a perfeita correspondência do sistema positivo vigente com o exposto por nós, em colaboração com Espínola, no citado *Tratado de Direito Civil brasileiro* (vol. cit., n. cit), quando registramos: bem se compreende que, sendo o mesmo ato ilícito, um choque entre as decisões proferidas pelo Juízo cível e pelo Juízo criminal, apreciando esse mesmo fato, seria um rude golpe para a dignidade do direito, um verdadeiro abalo para a segurança da Justiça, com funestas conseqüências sociais. (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Ed. Rio, Sexta Edição, v. II, p. 20)

E mais:

Explicam Planiol, Ripert e Esmein: “Quando um ato constitui, ao mesmo tempo, uma falta civil e uma falta penal, a ação de perdas e danos é, de diversos pontos de vista, junta ou subordinada à ação pública tendente à condenação penal. A questão de repressão toma a dianteira sobre a questão de reparação” (Planiol e Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français*, v. 6º, com a colaboração de Esmein, *Obligations*, 1ª parte, 1930, p. 671). (Obra citada, p. 20/1)

Percebe-se, como anota Espínola Filho, o *interesse social* que normalmente prepondera sobre o *individual*. (Obra citada, p. 20)

Então, embora, em princípio, as instâncias sejam independentes, o legislador laborou para evitar incongruências, estabelecendo as hipóteses em que a decisão penal prevaleça sobre a cível.

III. A repercussão da absolvição criminal na esfera administrativa e disciplinar

Na esfera administrativa (e disciplinar), embora tenha como *regra* a independência das instâncias (art. 125, Lei 8.112/90), adota-se, também, em certas hipóteses, a prevalência da decisão penal sobre a administrativa, como se constata da redação do art. 126 da lei citada, *verbis*:

A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

O prof. Ivan Barbosa Rigolin, com o consagrado acerto, leciona acerca do tema:

Este artigo, diferentemente dos anteriores, traduz um importante princípio em matéria de responsabilidade administrativa de servidor público.

Sempre que pelo mesmo fato o servidor seja processado administrativa e criminalmente, deverá ser a final absolvido no plano administrativo, se no processo criminal ficar enfim estabelecido que o fato imputado não existiu, ou que o servidor processado não foi o seu autor.

É que, sendo o processo criminal necessariamente acuradíssimo e exaustivamente contraditório, precisa supor a Administração que ele seja ainda mais aparelhado que o seu processo administrativo para comprovar a realidade, a propósito da existência do fato ou da sua autoria, até mesmo porque o processo criminal participa o Ministério Público e um juiz, ao menos, e do processo administrativo apenas servidores, sem função jurisdicional típica e, com isso, sem a especialização profissional em julgar. (*Comentários ao Regime Único dos servidores públicos civis*, Ed. Saraiva, SP, 2ª ed., p. 220)

Advirta-se, por oportuno, que o processo disciplinar não deve ficar sobrestado no aguardo da decisão criminal, eventualmente instaurado em razão dos mesmos fatos.

A tal respeito, o colendo Supremo Tribunal Federal, decidiu:

Ementa: Mandado de segurança contra ato do presidente da República. Demissão de agente de Polícia Federal do Departamento de Polícia Federal. Alegação equivocada de que a decisão do processo administrativo deveria aguardar o trânsito em julgado do processo crime.

A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, dado que aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe de conclusão da ação penal, eventualmente instaurada em razão dos mesmos fatos. Precedentes. Mandado de segurança indeferido. (MS 23.008-8/RJ, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 24/09/99)

Na ocasião, merece destacar o voto do Min. Sepúlveda Pertence:

Entendi, então, que, quando a lei estatutária estabelece como causa de demissão a prática de “crime contra a Administração Pública”, está, na verdade, legislando por remissão: o que estabelece é a sujeição à sanção administrativa de demissão do também definido na lei penal como crime, mas que, na medida em que se sujeita à sanção administrativa, é infração administrativa. E a síntese, é do raciocínio então desenvolvido. Já, então, ficou vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio, coerente na tese, que chegou a sumulada pelo Dasp, do condicionamento, nessa hipótese, da demissão ao término do processo criminal.

O entendimento, ao que tudo demonstra, refere-se à formulação do Dasp de 128, editada sob a égide do anterior estatuto (Lei 1.111/52), e com força normativa *ex vi* dos arts. 115 e 116, III, do Decreto-Lei 200/67, assim ementada: “*Não pode haver demissão com base no item I do art. 207 do estatuto dos funcionários, se não a precede condenação criminal.*”

E, a título de esclarecimento, o citado artigo assim estava redigido:

A pena de demissão será aplicada nos casos de: – crime contra a Administração Pública;

No atual Estatuto (Lei 8.112/90), a regra acima está repetida no art. 132,

inciso I.

Mais recentemente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, reafirmou o entendimento sufragado pelo Pretório Excelso (MS 7138-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 19/03/01):

Administrativo. Policiais federais. Peculato e improbidade administrativa. Ação penal e processo disciplinar. Independência das instâncias. Demissão. Mandado de segurança.

I. Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.

II. Segurança denegada.

No quadro abaixo, procuramos, em apertada síntese, fornecer um estudo demonstrativo das várias hipóteses de decisões absolutórias e suas conseqüências na esfera administrativa, tomando-se por base o art. 386, e seus incisos, do CPP, em face do art. 126 da Lei 8.112/90, na visão da doutrina e jurisprudência.

Absolvição Judicial

(Art. 386, e seus incisos, do CPP: hipóteses em que repercute ou não na esfera administrativa)

1) Estar provada a inexistência do fato (art. 386, I, CPP)

Acerca do tema, leciona José Cretella Júnior, que, tendo ficado reconhecida a *inexistência do fato*, suporte indispensável para a configuração do *crime*, ilustra-se a primeira hipótese enumerada no Código de Processo Penal: “*estar provada a inexistência do fato*”.

O ilustre mestre aponta o exemplo da imputação de *peculato* (art. 312, CP): “Na hipótese formulada, o juiz do processo penal, tendo convertido o julgamento em diligência, verificou que os valores não tinham sido subtraídos. O dinheiro, um pacote de notas, caíra atrás de um móvel; ou, noutro caso, os objetos artísticos do museu, sob a guarda de funcionário, tinham sido transportados para o andar superior para reparos, ou para salvá-los de inundação iminente.” (*Prática do processo administrativo*, Ed. RT, SP, 1988, p. 122)

Bastante elucidativo o julgado: “*se o fato que constitui ilícito administrativo é, ao mesmo tempo, ilícito penal, a decisão do juiz criminal, que declara inexistente o fato, ou que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa*” (RDA 51/189, RDA 51/190, RDA 94/281)

E mais:

Fácil é, em nosso Direito, aliás, comprovar a justa dependência da instância administrativa à decisão da justiça criminal, quando esta reconhece inexistente o fato ou afirma não ter sido, o funcionário, seu autor. A decisão administrativa, no caso, é vinculada à existência de um pressuposto: a prática do fato, punível também na órbita penal. Cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos administrativos (e, no exame da legalidade, se compreende o da existência desse fato pressuposto, que justifica a punição), quando o Poder Judiciário tiver de examinar a legalidade do ato impugnado, estará obrigado a respeitar a conclusão da justiça criminal, que declarou inexistente o fato ou que dele não participou o funcionário. E não poderá acolher a legitimidade do ato administrativo que chegou a conclusão diversa. Portanto, deve a Administração atender, nesse caso, à conclusão do julgado criminal, por motivo semelhante ao que impõe e acolhe a instância civil (RDA 51/190).

Pelo visto, a decisão judicial, pelos mesmos fatos, *repercute* na instância administrativa (STF – RDA 94/86 – J. Cretella, obra citada, p.130; STJ RMS 2.611-5 SP, DJU 23/08/93).

2) Não haver prova da existência do fato (art. 386, II, CPP)

A doutrina ilustra a questão com o seguinte exemplo: carteiro, acusado de desvio de registrados com valores, confiados à sua guarda. No entanto nenhuma reclamação por parte do público; nenhum valor encontrado em poder do carteiro. As acusações constantes do inquérito administrativo, vagas e imprecisas, levadas depois para o juiz criminal ilustram a segunda hipótese enumerada no Código de Processo Penal: “não haver prova da existência do fato.” (J. Cretella, obra citada, p. 122)

Por sua vez, registra a jurisprudência: “absolvido na instância criminal, por *falta de provas*, funcionário demitido, acusado de furto, em processo administrativo, deve ser readmitido” (STF, RDA 97/113).

Nesse diapasão, bibliotecário acusado de peculato (subtração de livros). Nenhum livro, entretanto, é encontrado com o funcionário. Não há prova contra o servidor. O acusado é absolvido pelo juiz (art. 386, II, CPP).

Dessarte, na lição de J. Cretella, a inexistência do fato, a falta de prova da existência do fato e a não-vinculação do funcionário à prática do fato, considerado crime, quando fundamento da sentença penal absolutória, fazem com que o julgado criminal influa na esfera administrativa. Portanto a decisão judicial, pelos mesmos fatos, *repercute* na instância administrativa (STF – RDA 97/113 – J. Cretella, obra citada, p. 122 e 131).

Merece registro a posição contrária de José Armando da Costa *in Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2ª ed. 1996, p. 304.

Por sua vez, Damásio de Jesus, ao comentar o art. 66 do CPP, entende que, na hipótese de absolvição com esteio no art. 368, II, CPP, pode haver ação civil de reparação de dano (*CPP anotado*, Ed. Saraiva, SP, 14ª ed., 1998, p. 77).

3) Não constituir o fato infração penal (art. 386, III, CPP)

Como é cediço, os *crimes funcionais*, mormente os previstos no Código Penal (arts. 312 a 326) sempre acarretam faltas disciplinares, mas a recíproca não é verdadeira.

Assim, pode o servidor ser absolvido na esfera penal, porque o fato não constitui crime, e ser punido pelo mesmo fato na instância administrativa. É dizer, aquilo que não é crime, pode ser falta disciplinar, sendo certo que as instâncias não se comunicam (Cf.: J. Cretella, obra citada, p. 124).

A propósito, os incisos X, XI, XIII, e XV do art. 117 da Lei 8.112/90 acarretam a pena demissória, mas não configuram, em linha de princípio, ilícitos penais. Dessarte, processado pelos mesmos fatos, com decisão penal pela atipicidade, o servidor eventualmente poderá vir a ser punido.

Logo o servidor poderá vir a ser demitido por infringência ao art. 117, XV, da Lei 8.112/90 (desídia), e, pelos mesmos fatos, ser absolvido no processo criminal, por não-configuração do delito de prevaricação (art. 319, CP), posto que para a configuração exata do tipo penal citado, como se vê de iterada jurisprudência, torna-se necessária a demonstração do elemento subjetivo do injusto.

A propósito do tema, colhe-se da doutrina: “*se a falta cometida pelo agente público, por ação ou omissão, ferir simplesmente o interesse do serviço público, perturbando-lhe o funcionamento ou afetando, atual ou potencialmente, sua eficiência, daí nasce a responsabilidade disciplinar do funcionário*” (Cf.: Tito Prates da Fonseca, *Lições de Direito Administrativo*, 7ª ed., 1943, p. 189).

E mais, “Desse modo, inúmeras vezes o fato não configura infração penal, não é crime. Nesse caso, o agente público é absolvido na esfera penal. No entanto aquilo que não é crime, pode ser falta funcional, falta disciplinar, o que tem, como efeito, a condenação administrativa. Absolvido penalmente, é condenado administrativamente. Há incomunicabilidade de instâncias, porque a decisão do juiz togado não repercute na esfera administrativa.” (J. Cretella, obra citada, p. 124)

A doutrina estrangeira também é nesse sentido, como mostra a lição: “o julgamento penal não subordina a autoridade investida do poder disciplinar, a não

ser na medida em que afirma a existência ou a inexistência material do fato incriminado, mas uma absolvição pode significar apenas que os fatos apurados não reúnem os elementos de um delito, podendo, entretanto, configurar uma falta disciplinar” (Marcel Waline, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, p. 352) (Cf.: J. Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, v. VI, p. 199/200).

Pelo visto, a decisão judicial absolutória (art. 386, III, CPP), pelos mesmos fatos, não repercute necessariamente na instância administrativa (TFR – RDA 14/277; J. Cretella, obra citada, p. 123, 124 e 138).

O art. 67, e incisos, do Código de Processo Penal também mostra o caminho a ser seguido, quando se cogita da hipótese de absolvição por não constituir o fato infração penal.

Por fim, merece registro *decisão contrária* do então TFR, nos autos da AC 59.401, DJ 02/04/81, p. 2.288.

A propósito da hipótese prevista no art. 386, inciso III, do CPP, aqui deve ser examinada a figura do *crime impossível* (art. 17, CP), e sua repercussão na esfera disciplinar.

Como é cediço, militando a hipótese do *crime impossível* (art. 17, CP), o fato é considerado *atípico*, como aponta Celso Delmanto in *Código Penal comentado*, Ed. Renovar, RJ, 4ª ed., p. 28.

Com efeito, o nosso ordenamento jurídico adotou, no campo do crime impossível (art. 17, CP), a *teoria objetiva temperada*, posto que “exige sejam absolutamente inidôneos o meio empregado pelo agente e o objeto sobre o qual a conduta recai. Em caso de inidoneidade relativa, há tentativa. É a teoria abraçada pelo legislador penal brasileiro” (Damásio de Jesus, *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, SP, 1ª ed., v. I, p. 309)

No mesmo sentido, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete, in *CP interpretado*, Atlas, SP, 2001, p. 166.

Também a jurisprudência registra: “Não há crime se a fraude usada era absolutamente inidônea e a vítima a percebeu, mas mesmo assim concluiu o negócio, apenas para possibilitar a prisão em flagrante” (TACrSP, RT 624/327; Julgados 87/281) (Cf.: Celso Delmanto, *CP comentado*, Renovar, 4ª ed., p. 29).

Pelo visto, se o fato é *atípico*, não há falar em crime, devendo então a decisão se reportar ao art. 386, inciso III, do CPP, assentando a doutrina: “Inexistência de infração penal: nessa situação, o fato efetivamente ocorreu, mas não é típico. Assim, o juiz profere que há impossibilidade de condenação por ausência de um dos elementos do crime. Permite-se o ajuizamento de ação civil para debater-se o ilícito em outra esfera do Direito” (Cf.: Guilherme de Souza Nucci, *CPP comen-*

tado, RT, 2002, p. 608).

Em tais condições, na hipótese de absolvição por reconhecimento da incidência do crime impossível (art. 17, CP), onde se reconhece o fato, mas não o crime, tal decisão, em princípio, não repercutirá necessariamente na esfera disciplinar, posto que não ajustada ao modelo formatado pelo art. 126 da Lei 8.112/90, que destaca para fins de repercussão na esfera disciplinar, a decisão criminal que negue a inexistência do fato ou sua autoria.

Por fim, merece repetir que o art. 67 do CPP estabelece que não impede a propositura da ação civil, entre outras hipóteses, a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime (art. 67, inciso III).

Mas, como já dito, existe decisão no sentido de fazer repercutir, na esfera disciplinar, sentença criminal absolutória com esteio no art. 386, III, do CPP, ou seja, por não constituir o fato infração penal, *in verbis*:

Funcionalismo. Demissão de funcionário por fato não reconhecido como infração penal, em processo-crime. Reintegração.

Tratando-se de um único fato, dado como infração às proibições constantes dos números IX e X do art. 195 da Lei 1.711, de 1952, e tendo o Juízo Criminal na sentença absolutória, declarado a inexistência das circunstâncias que caracterizariam dita infração, julgando improcedente a ação com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, cabe a reintegração do funcionário ao seu cargo, uma vez que inexiste responsabilidade administrativa residual a justificar o ato demissório (TFR, AC 59.401-RJ, un., Rel. Min. Carlos Madeira, DJ 02/04/81).

4) Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, IV, CPP)

Com efeito, a *inexistência* do fato, a *falta de prova da existência do fato* e a *não-vinculação do funcionário à prática do fato*, considerado crime, quando fundamento da sentença penal absolutória, fazem com que o julgado criminal influua na esfera administrativa.

Logo, se o servidor é acusado de agir de forma negligente ao deixar a porta da repartição aberta, propiciando a subtração de bens da repartição, mas ao final do processo é absolvido de tal acusação (art. 386, IV, CPP), tal decisão, pelos mesmos fatos, repercute na instância administrativa, conforme mostra a jurisprudência:

Se o julgado criminal negar a autoria, atribuída ao funcionário, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado ao cível (RF 142 /142)

A decisão do juiz criminal, que declara que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa (RF 94/281; J.Cretella, obra citada, p. 123 e 131).

No entanto a questão aqui também não é pacífica, merecendo registrar a doutrina de Guilherme de Souza Nucci: “*Inexistência de prova da concorrência do réu*: a hipótese retratada neste inciso evidencia a existência de um fato criminoso, embora não se tenha conseguido demonstrar que o réu dele tomou parte ativa. Pode haver co-autores responsabilizados ou não. A realidade das provas colhidas no processo demonstra merecer o acusado a absolvição, por não se ter construído um universo sólido de provas contra sua pessoa. *Pode-se ajuizar ação civil, para, depois, provar a participação do réu no ilícito civil.*” (grifei) (CPP comentado, RT, 2002, p. 608).

Em verdade, a hipótese não se ajusta ao modelo formatado pelo art. 126 da Lei 8.112/90, que destaca para a repercussão na esfera disciplinar o reconhecimento da inexistência do fato ou sua autoria.

No entanto, como já dito, a matéria aqui não é pacífica.

5) Existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (art. 386, V, CPP)

5.a. Exclusão de crime: (de ilicitude ou de antijuridicidade) – art. 23, CP (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito)

Como se sabe, nas hipóteses apontadas, a sentença penal absolutória, no processo penal instaurado em torno dos mesmos fatos, *repercute (prevalece)* na esfera administrativa. (Cf. J. Cretella, obra citada, p. 128 e 134).

E aqui cabe lembrar a redação do art. 65 do Código de Processo Penal, que diz: “*Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*”

Cumpre destacar, a propósito, que o citado autor adverte: “*Em outras palavras, as autoridades administrativas que instauram o processo administrativo não poderão divergir do juiz do crime, afirmando que o fato não se deu em legítima defesa ou em estado de necessidade. Isso é inquestionável, mas, não obstante considerem provada a justificativa, casos admitirão de ressarcibilidade do dano, nos termos do art. 107 da Emenda Constitucional 1, de 1969.*” (CF de 1988, art. 37, § 6°)

5.b. Isenção de pena: arts. 20, 21, 22, 26 e 28, § 1º, do CP (vide: art. 411, CPP)

As hipóteses acima contempladas tratam das figuras do *erro de tipo* (art. 20, CP), *erro de proibição* (art. 21, CP), *coaçoão irresistível* e *obediência hierárquica* (art. 22, CP), *irresponsabilidade por doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* (art. 26, CP) e *embriaguez completa por caso fortuito ou*

força maior (art. 28, § 1º, CP).

Advirta-se, por pertinente, que a *isenção de pena* não deve ser confundida com a *exclusão de crime*, embora ambas acarretem a absolvição.

Imagine-se que o servidor tenha assinado um atestado, posteriormente questionado pela Administração. No processo criminal, alega *erro de proibição* (escusável) (art. 21, CP). O servidor poderá vir a ser absolvido pelo imputado crime de *falsidade ideológica* e, pelos mesmos fatos, punido na esfera administrativa.

Então, tal decisão judicial *não repercute necessariamente* na esfera administrativa.

Já na hipótese, por exemplo, de absolvição com base no art. 26 do CP (inimputabilidade – doença mental), a sentença, por construção pretoriana, *repercute* na esfera administrativa (Cf. TFR AC 24.464, DJ 03/10/79; Dasp, Formulação 117).

Merece lembrar, também, que “não será prejudicial da ação civil a decisão judicial que ordenar o arquivamento do inquérito policial, ou declarar a extinção da punibilidade (art. 67, I e II, CPP). Logo tais decisões *não repercutem necessariamente* na esfera administrativa (Cf. STF MS 19.820, RT 417: 402; TFR AC 28.923, DJ 24/05/79).

Por fim, cumpre ressaltar que o art. 20 do CP (erro de tipo) trata da *exclusão do dolo*, merecendo lembrar a ponderação de Damásio E. de Jesus: “A ausência de dolo exclui a tipicidade do fato e, por consequência, inexistente crime. Assim, ausente o dolo, inexistente crime.” (*CPP anotado*, Ed. Saraiva, 14ª ed., 1998, p. 304).

Então, na hipótese de sentença judicial reconhecendo o *erro de tipo* (art. 20, CP), seria defensável a *tese da repercussão* da decisão penal na esfera administrativa.

Por fim, nas hipóteses de absolvição com esteio nos arts. 22, ou 28, §1º, do CP, cada caso deverá ser examinado.

6) Não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, VI, CPP)

Com efeito, a absolvição por *ineficiência* ou *deficiência de provas* não tem influência igual à da absolvição pela inexistência material do fato, ou por não ter sido o funcionário o seu ator, no tocante à instância administrativa. (RDA, LI/191) (Cf.: José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, v. VI, p. 205).

Em tais condições, a instância administrativa está independente para decidir, no âmbito de seu poder disciplinar.

Por isso que a decisão judicial, pelos mesmos fatos, com esteio no art. 386, VI, CPP, *não repercute* na esfera administrativa disciplinar (J. Cretella, *Prática do*

processo administrativo, RT, p. 125 e 135).

O Pretório Excelso, no julgamento do RE 85.314/RJ, decidiu: “Ementa – 1. *Absolvição criminal fundada em ausência de provas no tocante à autoria não exclui a punição administrativa de funcionário público baseada em inquérito.*”

O ilustre Ministro Xavier de Albuquerque assim fundamentou o voto condutor:

A absolvição criminal não se fundou na negativa categórica da autoria, mas na falta de prova capaz de conduzir à certeza da autoria. Leio, na parte útil, a própria sentença penal, que está a fls. 47-verso: (lê).

Não me parece que tal absolvição, caracterizadamente decretada por fórmula dubitativa, devesse impedir a Administração de chegar a conclusão diversa, se a tanto lhe bastasse a prova produzida no processo administrativo. Ao contrário, essa possibilidade, resultava, precisamente, da independência das instâncias civil, ou administrativa, e criminal, que se entrevê na norma contida no art. 1.525 do Código Civil.

Para o acórdão recorrido, se a justiça criminal não havia encontrado prova da autoria dos delitos, não podia afirmá-la a Administração no processo administrativo. “Aí – diz textualmente o aresto – há de prevalecer a decisão da justiça criminal, encarregada de julgar os crimes e seus autores, devendo curvarem-se à sua decisão, as autoridades do inquérito administrativo”.

Parece-me que esse entendimento desatende ao princípio da autonomia das jurisdições penal e administrativa.

E mais:

Finalmente, quanto ao fato de terem os impetrantes sido absolvidos no processo crime e por isso entenderem que esta absolvição importaria na demonstração da inocência dos mesmos e a parcialidade das conclusões do inquérito administrativo nada menos verdadeiro, porquanto a sentença absolutória resultou da falta de provas, mas não há qualquer dúvida de que o fato criminoso existiu. (STF, RE 85.314 RJ, Rel. un., Min. Antônio Neder, DJ 02/06/78). (Obs: o art. 1.525 do CC equivale ao art. 935 do atual Código Civil)

O então TFR, assim decidiu: “Demissão de servidor público. Legalidade do ato, o qual não se afeta pela absolvição criminal do servidor por carência de melhor prova do fato denunciado” (TFR AC 20.188, DJ 16/05/79).

No mesmo sentido: STF MS 19.581, RT 423:255; RE 85.314, DJ 02/06/78; TFR AC 57.892, DJ 30/04/80.

Concluindo, resta lembrar que a falta residual, “que toma como suporte existencial de sua configuração fato não compreendido na sentença penal absolutória”, pode ensejar punição disciplinar (Cf. José Armando da Costa *in Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2ª ed., 1996, p. 305).

E a *falta residual* está assim ementada na Súmula 18 do STF:

Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

IV. Conclusão

Diante de tais considerações, com esteio na doutrina e jurisprudência, pode-se sustentar, na esfera administrativa disciplinar:

a) Em regra, as instâncias são independentes (arts. 121 e 125 da Lei 8.112/90), sendo certo que o processo disciplinar não deve ficar sobrestado no aguardo da decisão penal (STF, MS 23.008-8/RJ, *DJ* 24/09/99);

b) excepcionalmente, nas hipóteses elencadas pela lei, a decisão penal prevalece sobre a decisão administrativa (disciplinar), em razão dos mesmos fatos:

b.1. art. 65, CPP c/c art. 23, CP (*excludente de ilicitude*): estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito (J. Cretella, *Prática do processo administrativo*, RT, 1988, p. 122);

b.2. art. 126 da Lei 8.112/90: quando nega a existência do fato, ou sua autoria (STF, RDA 94/86; STJ RMS 2611-5/SP, *DJ* 23/08/93);

c) a decisão penal com esteio no art. 386, inciso VI, do CPP, não repercute na instância disciplinar (STF MS 19.581, RT 423.255; RE 85.314, *DJ* 02/06/78);

d) nas demais hipóteses, não há unanimidade acerca da repercussão da decisão penal na esfera disciplinar.

Dessarte, constata-se que a independência das instâncias prevalece como regra, num primeiro plano, aplicando-se, *a posteriori*, a norma da interdependência das instâncias, se for o caso. (Cf. J. Cretella Júnior *in Prática do processo administrativo*, Ed. RT, SP, 1988, p. 120).

É que a regra da independência opera-se *a priori*, e a regra da interdependência, *a posteriori*.

Breves Considerações sobre a Tortura

Alexandre Pontieri*

1. Introdução

*N.E.: Advogado em São Paulo, pós-graduado em Direito Tributário pelo CPPG/UNIFMU – Centro de Pesquisas e pós-graduação da FMU, pós-graduado em Direito Penal pela ESMP/SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Objetiva o presente trabalho abordar de forma sucinta o tema tortura, uma das maiores aberrações constatadas desde os primórdios históricos, vigorando, infelizmente, até os dias atuais. É notório que a tortura e os maus-tratos são comuns nas penitenciárias e cadeias públicas brasileiras. A maioria dos casos estão ligados à polícia, muitas vezes financiados por setores da sociedade que ainda carregam a herança colonialista de fazer justiça com as próprias mãos – o que, na verdade, não passa de assassinato vil e covarde.

2. Definição

A definição da palavra tortura, do latim *tortura*, significa suplício, martírio, tormento, transe aflitivo, podendo ser físico ou psicológico. Afligir muito; angustiar. Molestar, desconfortar, incomodar fisicamente em alto grau¹. O verbo torturar também traduz o mesmo sentido na língua espanhola; no inglês, *to torture*; no francês, *torturer*; no italiano, *torturare*; na língua alemã, a tortura é definida como *foltern*.

3. Histórico

A tortura acompanha a história do ser humano. Desde a Antigüidade dela se tem registro. A tortura sempre foi e sempre será uma prática globalizada, na maioria absoluta das nações e dos Estados outrora e hoje existentes na face da Terra.

Na Idade dos Metais – cerca de quatro mil anos antes de Cristo – o bronze e posteriormente o ferro foram utilizados no cotidiano dos povos. É a partir dessa época que se tem os primeiros dados registrados sobre maus-tratos e penas cruéis, empreendidos aos prisioneiros das batalhas na Idade dos Metais.

No segundo milênio antes de Cristo, a cidade de Babilônia (hoje Bagdá, capital do Iraque) dominou a Mesopotâmia (região hoje compreendida entre Iraque, Turquia e Síria), tendo o rei dos babilônios, Hamurabi, criado o primeiro código de leis escrito, o qual regulava rigorosamente a vida social, baseado em penas severas e degradantes, como a do Talião, do “olho por olho, dente por dente”.

Como os povos orientais, tais como os atuais China e Japão, ainda não haviam iniciado suas incursões “imperialísticas”, pode-se considerar que foi com os assírios, um dos povos mesopotâmios, que a prática da tortura foi, primeiramente, utilizada de maneira corrente aos povos conquistados.

Por volta do século VIII a.C., no mundo ocidental, o modo de produção era o escravista, em que, embora não se considerassem os escravos como indivíduos de direitos, os maus-tratos eram utilizados indiscriminadamente, sem qualquer contestação social.

A partir do século II a.C., em Roma, cidade que conquistara grande parte do mundo ocidental, dicotomizou-se dois grupos, a saber: o dos democratas e o dos aristocratas, surgindo o gérmen do que posteriormente viria a ser denominado de democracia e de ditadura (*locus* da tortura política).

Com o declínio do Império Romano do Ocidente, no século V, inicia-se, pela cronologia da História, o período denominado de Idade Média, ou *dark age* (Idade Negra ou Idade das Trevas). Neste período, o terror era a palavra corrente. O ato de discursar, falar ou se manifestar contra a ordem religiosa imposta levava ao suplício nas fogueiras em praças públicas, nos chamados Tribunais Eclesiásticos da Inquisição, para a obtenção da confissão de um herege.

A Igreja, que tinha em Cristo seus alicerces, cometia grande incongruência, vez que os relatos que temos hoje em dia mostram que o próprio Cristo foi torturado antes de morrer, não compactuando este com tais práticas.

Nessa época, a confissão do réu foi considerada como a rainha das provas, a *probatio probatissima*, pois “o criminoso que confessa desempenha o papel de verdade viva”. E, para alcançar essa prova, recorria-se à tortura. Destarte, o réu era transformado em juiz da sua própria causa, resistindo aos tormentos, para salvar-se, ou a eles cedendo, para perder-se².

A tortura empregada naquela época não possuía a natureza de pena, mas era um meio processual de apuração da verdade.

A tortura servia apenas como paliativo, na ausência de provas. Não se recorria à tortura nos delitos manifestos, mas somente nos delitos ocultos, que eram mais difíceis de se comprovar.

As confissões que eram obtidas sob tortura deveriam ser ratificadas, depois, na presença do escrivão inquisitorial.

João Bernardino Gonzaga descreve como transcorria uma típica sessão de interrogatório: “algumas leis dispunham que o réu somente deveria ser supliciado várias horas após haver ingerido alimentos, quando já se achasse, portanto, enfraquecido. Exigiam-lhe então, primeiro, o juramento de que diria a verdade. Em seguida, lhe apresentavam os instrumentos que seriam utilizados, com explicações sobre o seu funcionamento. Se, para evitar o tormento, ou no seu desenrolar, o paciente confessasse o que lhe era exigido, levavam-no para outro lugar, seguro e confortável, onde ele deveria ratificar a confissão. Se esta não fosse ratificada, voltava-se à tortura, em dias subseqüentes. A questão podia ser repetida indefinidamente, seus únicos limites estavam na obstinação do juiz e na força de resistência do paciente. Geralmente, porém, era estabelecido um número máximo, que costumava ser de quatro sessões”³.

O inquisidor tinha sempre em mente a seguinte frase: “o acusado deve ser torturado de tal forma que saia saudável para ser libertado ou para ser executado”

4.

Desta forma, a Inquisição fez largo emprego da tortura, escrevendo negra página na história do Direito Penal⁵.

O domínio pelo terror não era exclusividade da parte ocidental do mundo. No mundo árabe, guerras santas (em nome do Deus Alá) – *jihad* – eram empreendidas juntamente com os maus-tratos aos capturados. As “guerras santas” dos ocidentais chamaram-se Cruzadas, estas com a mesma brutalidade daquelas.

O colonialismo ocorrido e iniciado a partir do século XV realçou a antiga prática do escravismo – aos povos vencidos e aos indivíduos da raça negra.

A estes, até o século XIX, em diferentes circunstâncias e momentos, foram aplicadas penas cruéis e degradantes, em um modo de vida subserviente e oprimido.

Ainda abordando o nível internacional, o período das grandes guerras mundiais (1914/1918 – 1939/1945) é marcado pelo afloramento dos regimes de exceção em toda a Europa, a exemplo de alguns países sul-americanos, como o Brasil de Getúlio Vargas. Nestes regimes, denominados de fascismos – o português de Salazar, o espanhol de Franco, o italiano de Mussolini, o nazista-alemão de Hitler – a prática da tortura difundiu-se como forma de justificativa a algo de mal que ocorrera nas economias daquele países destroçados após a Primeira Guerra. Para a Alemanha, o anti-semitismo foi a política adotada. Deu-se um holocausto judeu, seja nos campos de concentração alemães, seja nos laboratórios que faziam experiências com pessoas vivas.

Também na União Soviética, com a introdução do regime socialista, iniciou-se um período de repressão à liberdade individual, imperando a prática de tortura, principalmente no regime stalinista.

O fim dos fascismos, com a Segunda Grande Guerra (1939/1945), não encerrou o período de práticas de torturas no Velho Continente. Franco e Salazar continuaram no poder até a década de setenta, quando foram substituídos: Revolução dos Cravos em Portugal; morte de Franco na Espanha.

4 – A tortura atualmente em nível internacional

Ainda hoje na Europa não-continental, irlandeses do norte digladiam-se com irlandeses do sul. Na capital, Dublin, ocorrem morticínios e torturas entre grupos religiosos rivais. A historicidade da questão, de longos anos, não sensibiliza mais

a imprensa; a população, tampouco.

Nos países do extremo Oriente Asiático, a divulgação de violações dos direitos humanos são freqüentes, mesmo se considerando a dificuldade de reportá-las e divulgá-las. A China chega a ser ameaçada pelos Estados Unidos, devido a denúncias de organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, quanto à possibilidade de desqualificação na regra da “nação mais-favorecida” no comércio bilateral entre os dois países. A Indonésia oprime, tortura e degrada a população e o governo do Timor Leste, valendo, pelas denúncias e tentativas de malograr a dominação, o prêmio Nobel da Paz de 1996 ao timorense José Ramos-Horta.

Quanto ao continente africano (mormente a região central), antes de se falar em tortura, realça-se a barbárie, a violência, a selvageria, configurando-se no que Thomas Hobbes chamava de “estado de natureza”, de “todos contra todos”, onde o “homem é o lobo do homem” (*homo homini lupus*)⁶.

Por fim, no que tange especificamente à tortura, a anistia internacional tem delatado graves práticas no Iraque (principalmente com os curdos do norte do país), no Sri Lanka (desaparecimento de jornalistas), no Zimbábue (com a impunidade), na Turquia (desaparecimentos e execuções extrajudiciais no meio rural e urbano), no Marrocos (desaparecimentos políticos).

Apesar dos avanços democráticos da humanidade, o certo é que a tortura ainda não acabou. Não só não se extinguiu como aparece às vezes institucionalizada⁷ ou até mesmo legalizada, tal como admitiu, há pouco (15/11/96), o Supremo Tribunal israelense, no que concerne aos palestinos, sendo batizada de “pressão física moderada”. Também na Irlanda do Norte, recentemente, uma das suas Cortes (caso McCormick) avalizou a tortura como meio válido de punição⁸.

Até mesmo a França, considerada um baluarte dos direitos humanos, foi condenada pela União Européia, por crime de tortura. O caso francês remonta a 1991: “um traficante de drogas de origem marroquina e holandesa, Ahmed Selmouni, sentenciado a treze (13) anos de prisão (pena que está cumprindo), foi submetido a tratamentos infamantes e perigosos por parte de cinco policiais. Sofreu golpes de beisebol por todo o corpo, humilhações físicas e verbais (o suspeito foi obrigado a ajoelhar-se e um policial urinou sobre ele), entre tantas outras formas de violência. Segundo seus advogados, ele perdeu a visão esquerda por causa dos espancamentos. A acusação de tortura foi confirmada em Estrasburgo. A Corte Européia votou unanimemente a favor da condenação da França, que terá de pagar US\$ 83 mil a Selmouni, como compensação. Em março, a Justiça francesa condenou os cinco policiais a penas de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de prisão pelo crime, mas protestos de centenas de colegas no país levaram um tribunal de apelação a suspender a sentença de quatro deles. Com a decisão da Corte Européia, o caso talvez seja

reaberto na França⁹.

Nos países árabes a tortura também é praticada e aceita por sua sociedade, inclusive contra as mulheres, que são tratadas como um ser inferior perante os homens e submetidas a diversos tratamentos degradantes.

Enfim, poderíamos relatar as mais diversas formas de tortura em larga escala mundial, sem excluirmos nenhum país, muitos, aliás, signatários de tratados internacionais contra a tortura e favoráveis aos direitos humanos, porém este foi um pequeno histórico da prática da tortura.

5. A tortura no Brasil – histórico

A tortura no Brasil, como obtenção de meio de provas através da confissão e como forma de castigo a prisioneiros, existe desde os tempos de seu descobrimento pelos portugueses, no ano de 1500, tendo os índios que aqui habitavam sofrido com os novos tratamentos trazidos do Velho Continente.

A tortura nunca deixou de ser aplicada durante o período colonial, do Império brasileiro e também da República.

Nos dois períodos ditatoriais republicanos, de 1937 a 1945 (o chamado Estado Novo) e entre 1964 e 1985 (a ditadura militar), a prática da tortura não só passou a alcançar opositores políticos de esquerda, como sofisticou-se nas técnicas adotadas. No final dos anos 60 e início dos anos 70, as ditaduras militares do Brasil e de outros países da região criaram a chamada Operação Condor, para perseguir, torturar e eliminar opositores¹⁰. Receberam o suporte de especialistas militares norte-americanos, ligados à CIA, que ensinaram novas técnicas de tortura para obtenção de informações. A Escola das Américas, instalada nos EUA, foi identificada por historiadores e testemunhas como um dos centros de difusão de técnicas associadas à prática da tortura e maus-tratos¹¹.

Em seu livro de memórias, o ex-presidente Ernesto Geisel afirmava:

(...) que a tortura em certos casos torna-se necessária, para obter informações. (...) no tempo do governo Juscelino alguns oficiais, (...) foram mandados à Inglaterra para conhecer as técnicas do serviço de informação inglês. Entre o que aprenderam havia vários procedimentos sobre tortura. O inglês, no seu serviço secreto, realiza com discrição. E nosso pessoal, inexperiente e extrovertido, faz abertamente. Não justifico a tortura, mas reconheço que há circunstâncias em que o indivíduo é impelido a praticar a tortura, para obter determinadas confissões e, assim, evitar um mal maior¹².

Conforme citado no trabalho elaborado por Cecília Maria Bouças Coimbra¹³, em 1971, foi elaborado pelo gabinete do ministro do Exército e pelo seu Centro de Informações – CIEx um manual sobre como proceder durante os interrogatórios

feitos a presos políticos¹⁴. Alguns trechos apontavam que:

(...) O interrogatório é uma arte e não uma ciência (...). O interrogatório é um confronto de personalidades. (...). *O fator que decide o resultado de um interrogatório é a habilidade com que o interrogador domina o indivíduo, estabelecendo tal advertência para que ele se torne um cooperador submisso (...). Uma agência de contra-informação não é um Tribunal da Justiça. Ela existe para obter informações sobre as possibilidades, métodos e intenções de grupos hostis ou subversivos, a fim de proteger o Estado contra seus ataques. Disso se conclui que o objetivo de um interrogatório de subversivos não é fornecer dados para a Justiça criminal processá-los; seu objetivo real é obter o máximo possível de informações. Para conseguir isso será necessário, freqüentemente, recorrer a métodos de interrogatório que, legalmente, constituem violência. É assaz importante que isto seja bem entendido por todos aqueles que lidam com o problema, para que o interrogador não venha a ser inquietado para observar as regras estritas do Direito (...)*¹⁵.

O “Relatório Azul”, documento produzido pela Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, citando o célebre relatório “Brasil, nunca mais”, informa que pelo menos 1.918 prisioneiros políticos atestaram ter sido torturados entre 1964 e 1979. Este documento descreve 283 diferentes formas de tortura utilizadas pelos órgãos de segurança à época¹⁶.

Com a redemocratização, em 1985, cessou a prática da tortura com fins políticos. Mas as técnicas foram incorporadas por muitos policiais, que passaram a aplicá-las contra os presos comuns, os “suspeitos” e os detentos. Pode-se, portanto, afirmar que a tortura existente hoje no Brasil, principalmente “contra negros e pobres”, é herdeira de uma tradição totalitária e foi intensificada principalmente durante o Estado Novo e a ditadura militar.

Como bem definiu o ex-Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, “o estado de direito – como o próprio nome diz – exige que seus agentes ajam sempre de acordo com o Direito, isto é, dentro dos limites da lei e segundo a Constituição, visando à realização da justiça. A violência policial tem historicamente gerado as maiores violações de direitos humanos no País. A criminalidade resulta, então, em alguns casos, de suposto combate ao próprio crime”¹⁷.

6. Algumas formas de tortura

Capuz: causa tortura física inesperada e tortura psicológica (o torturado fica incapacitado de ver de onde vêm os golpes);

formas de imobilização: utilizada nos intervalos de outras formas de tortura com o objetivo de causar esgotamento físico (segurar pesos nos braços, equilibrar a sola dos pés em latas cortantes);

espancamento: murros e pontapés aplicados em regiões como rins, estômago e diafragma;

corredor polonês: filas paralelas de torturadores formando um caminho obrigatório para a vítima passar;

telefone: aplicação de tapas com ambas as mãos nos ouvidos da vítima (provoca rompimento dos tímpanos e labirintite);

pau-de-arara: aplicado desde os tempos da escravidão, constitui-se em um dos métodos mais antigos de tortura. A vítima fica pendurada em posição de frango assado (provoca dores terríveis no corpo e na cabeça);

choques elétricos: aplicados em regiões sensíveis do corpo (que é molhado para facilitar a condutividade da corrente elétrica), como órgãos genitais, língua e ouvidos;

hidráulica: como o pau-de-arara, é um dos métodos de tortura mais antigos, utilizados desde a Inquisição (Idade Média). Quando aplicado em indivíduos em pau-de-arara, causa afogamento;

palmatória: espécie de raquete de madeira que é aplicada às mãos, pés, nádegas e costas da vítima;

escova de aço: causa esfolamento e sangramento quando aplicada no peito e nas costas da pessoa torturada;

nó-da-máfia: amarra-se o pescoço da vítima aos seus pés, sendo, estes, suspensos, causando enforcamento;

queimaduras de cigarro: costumeiramente utilizada no momento dos interrogatórios;

cadeira-do-dragão: espécie de cadeira elétrica;

tamponamento por éter: aplicação nas partes sensíveis e feridas do corpo, provocando queimaduras e dores;

tortura sexual: prática de estupros, introdução de cacete no ânus, compressão e choques nos testículos;

soro da verdade ou pentotal: causa depressão e diminuição da capacidade de reação (os próprios médicos, a serviço do Estado, o aplicavam);

geladeira: constitui-se em um pequeno quarto de dois metros quadrados, escuro e frio. Os agentes que praticavam torturas mesclavam a permanência da vítima nas “geladeiras” e nas salas fortemente iluminadas e quentes. Psicologicamente, a vítima sentia insegurança;

animais: eram utilizados nas sessões de tortura, tais como cobras e ratos (no

DOI-Codi/RJ, em 1970, utilizaram um jacaré);

arrastamento em viatura: causava esfolamento e escoriações generalizadas no corpo da vítima. Também forçavam a vítima a respirar o gás que saía pelo escapamento do veículo;

escalpo: consiste na retirada da pele da vítima;

churrasquinho: introdução de material inflamável no ânus e na vagina;

cama cirúrgica: a vítima é amarrada e esticada em uma cama. Causava o rompimento de nervos e, sobre a cama, também praticavam torturas como o arrancamento das unhas;

massarico: espécie de “churrasquinho” que causa queimaduras de primeiro grau;

coroa-de-cristo ou capacete: consistia no esmagamento do crânio por meio de um anel metálico e um mecanismo que o estreitava;

tortura aos familiares e a amigos: consistia em torturar amigos e parentes em frente ao perseguido político.

7. Recomendações periciais em casos de tortura

- Valorizar de maneira incisiva o exame esquelético-tegumentar da vítima;
- descrever detalhadamente as características de cada lesão qualquer que seja o seu tipo e localizá-la precisamente na sua respectiva região;
- registrar em esquemas corporais todas as lesões eventualmente encontradas;
- detalhar, em todas as lesões, independentemente de seu vulto, a forma, idade, dimensões, localização e particularidades;
- fotografar todas as lesões e alterações encontradas no exame externo ou interno, dando ênfase àqueles que se mostram de origem violenta;
- radiografar, quando possível, todos os segmentos e regiões agredidas ou suspeitas de violência;
- examinar a vítima de tortura sem a presença dos agentes do poder;
- trabalhar sempre em equipe;
- examinar sempre à luz do dia;
- usar os meios subsidiários de diagnóstico disponíveis e indispensáveis, com destaque para o exame toxicológico.

8. Casos emblemáticos sobre tortura denunciados à Comissão de Direitos Humanos

A Comissão possui em seus registros diversos dossiês elaborados por entidades de direitos humanos relacionando as denúncias de tortura. Além desses dossiês, há dezenas de processos administrativos abertos na Comissão, objetivando acompanhar a apuração das denúncias. Ao todo, são mais de 100 casos registrados na CDH. Para uma amostragem, selecionamos alguns desses casos e que servem para demonstrar como tem sido esta prática criminosa no Brasil.

8.1 – Vítima: J. I. S. S.: Preso em 24 de outubro de 1995 pela Polícia Federal em Fortaleza, sob acusação de porte de drogas, foi encontrado morto, no dia 25 de outubro, nas dependências da Superintendência da Polícia Federal com graves lesões no tórax, abdômen e pescoço. O laudo do IML confirmou lesões corporais, no entanto concluiu pela ausência de elementos que pudessem configurar a tortura. Posteriormente, um laudo independente, realizado pela equipe de legistas da Universidade de Campinas – Unicamp, confirma que J. I. morreu em decorrência de espancamento. Oito policiais foram indiciados. Na defesa judicial, a polícia tentou forjar uma versão de que o rapaz foi morto por um companheiro de cela, o que foi posteriormente desmentido. A União reconheceu sua responsabilidade e, num caso até então inédito, concedeu à família da vítima uma pensão mensal.

8.2 – Vítima: P. A. F.: No dia 9 de junho de 1996, foi detido por policiais estaduais em Manaus sob a suspeita de envolvimento em crime de latrocínio. Quatro policiais civis foram identificados pela vítima, todos lotados na Central de Informações da Polícia Civil na cidade de Manaus/AM. O laudo do IML comprovou que a vítima foi torturada. Os policiais colocaram um saco de lixo na cabeça da vítima na tentativa de asfixiá-lo enquanto desferiam socos e pontapés. As sessões de tortura se repetiram por mais outras vezes enquanto a vítima encontrava-se nas dependências policiais. Em 1998 a corregedoria de polícia instaurou procedimento para apurar a conduta dos policiais.

8.3 – Vítimas: W. J., C. O. e D. J. A. F.: No dia 29 de setembro de 1997, foram as vítimas abordadas por seis policiais militares na cidade de Itamaraju, Bahia, entre eles o subcomandante local, sargento, cabos e soldados. As vítimas foram surpreendidas pelos policiais, que não vestiam a farda. Os policiais estavam procurando quem tinha baleado um policial e roubado um parque de diversão. Os rapazes foram levados para as margens de um rio e várias tentativas de afogamento foram desferidas juntamente com espancamentos. Foi instaurado na Procuradoria de Justiça da Bahia procedimento para apuração dos crimes.

8.4 – Vítima: M. B. A.: Em 1º de janeiro de 1997, a vítima foi presa por policiais militares lotados no Município de Chupinguaia, Estado de Rondônia, e

levado ao quartel da cidade. Lá foi trancado numa sala por três policiais fardados e torturado com choque elétrico e pancada. Em razão da tortura, perdeu 90% da audição. Foi ameaçado de morte, caso quisesse processar os policiais. O Ministério Público instaurou procedimento.

8.5 – *Vítima: S. B. S.:* A vítima participou de um assalto a banco na cidade de Campina Grande, Estado de Minas Gerais. A quadrilha rendeu policiais militares e civis juntamente com a delegada de polícia do Município. Os policiais conseguiram reverter a situação e prenderam toda a quadrilha resultando, no entanto, na morte de dois assaltantes. A vítima e os demais assaltantes foram detidos e levados para a cadeia pública da cidade, onde sofreram todo o tipo de tortura como espancamento, choque elétrico, telefone etc. Os policiais justificam suas atitudes como uma forma de revidar a ação da quadrilha. A vítima S. sofreu diversas sessões de tortura e por meio de advogado e do próprio Ministério Público solicitou a realização de exame de corpo e delito no IML, porém este não foi realizado.

8.6 – *Vítima: J. R. C. L.:* No dia 14 de setembro de 1999, a vítima foi presa por policiais militares, na cidade de Pedregal, Estado de Goiás, juntamente com um menino de 9 anos de idade. Não havia nenhuma denúncia formulada contra a vítima e tudo indica que a mesma foi confundida pelos policiais. Os dois foram presos perto da residência de J. R. e levados ao quartel da cidade do Novo Gama. No quartel, J. R. foi brutalmente torturado. As sessões de tortura foram assistidas pelo menino que relatou o fato posteriormente no Ministério Público. O menino descreveu como eram as dependências do quartel. Após este depoimento, os policiais ensejaram mudanças no interior do estabelecimento com o intuito de não confirmar a declaração do menino. Porém a perícia realizada confirmou a versão do menino. Dois dias após a detenção, foi encontrado o corpo da vítima com marcas de tortura e sem os órgãos genitais, num lugar ermo da cidade. O mesmo foi enterrado como indigente. A família e instituições procuraram durante meses o paradeiro da vítima. A elucidação do caso somente foi possível porque a perita, responsável pelo exame cadavérico, identificou a autoria do corpo. Os policiais nunca assumiram a detenção arbitrária. O Ministério Público de Goiás teve uma atuação eficiente e pediu a prisão de nove policiais, que já eram envolvidos em outros crimes contra a administração da justiça.

8.7 – *Vítima: A. C. S.:* Foi preso, sob a acusação de roubo, em dezembro 1999, e levado para a delegacia de polícia de Valparaíso de Goiás onde sofreu várias sessões de tortura. Posteriormente, foi transferido para a Delegacia de Polícia de Luziânia, cidade vizinha onde, segundo testemunhas de outros presos e familiares, recebeu mais torturas que teriam sido consentidas pelo próprio delegado de polícia responsável. Representantes da CDH junto com familiares da vítima e promotor de Justiça visitaram o preso, constataram as torturas e colheram a termo

o depoimento da vítima. Posteriormente, a CDH foi informada que o depoimento do mesmo havia sumido do procedimento administrativo instaurado pela Secretaria de Segurança Pública de Goiás. A Corregedoria da Polícia Civil arquivou a denúncia.

8.8 – *Vítima: W. S. S.:* A vítima é menor e foi detido durante três dias numa delegacia comum da Polícia Civil que não é especializada nos direitos do menor, como determinada o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA. O fato ocorreu em junho de 1999, em Xinguara, Município do Estado do Pará. Na delegacia, o jovem sofreu violência física e psicológica, provocada por policiais civis. A mãe do adolescente e sua representante legal sequer tiveram o direito de falar com a vítima durante os dias de detenção. Nunca houve qualquer processo judicial criminal instaurado contra o menor. Os policiais alegavam que o jovem usava drogas e que daria informações importantes de traficantes, por isso foi detido. A vítima, com as torturas sofridas, ficou com problemas psiquiátricos e necessita de tratamento até os dias de hoje. Também ficou com deficiências físicas. O Ministério Público do Pará instaurou procedimentos para apurar as denúncias de tortura.

9. Legislação sobre a tortura

Um dos diplomas mais importantes que tratou sobre a tortura foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10/12/48, do qual o Brasil é signatário. A ONU, em 1984, em Nova York, aprovou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanas ou Degradantes, que foi adotada pelo Brasil em 1991 (Decreto 40, de 15/02/91). Logo em seguida proclamou-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (OEA), que entrou em vigor no Brasil em 1989 (Decreto 98.386, de 09/11/89). A Constituição brasileira a ela fez referência (art. 5º, inciso XLIII), equiparando sua prática aos crimes hediondos.

Até chegarmos na Lei 9.455/97, tivemos alguns projetos de lei por parte do Congresso tratando sobre o assunto:

Projeto de Lei do Senado Federal 28, de 1987, do Senador Jamil Haddad;

Projeto de Lei do Senado Federal 2.423, de 1989, do Senador Néelson Carneiro;

Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 837, de 1991, do Deputado Sigmaringa Seixas;

Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 1.035, de 1991, do Deputado Vivaldo Barbosa;

Projeto 4.783, de 1990;

Projeto 2.464, de 1991, do Deputado Hélio Bicudo.

Por fim, sobreveio o Projeto 190/95, do Senador Júlio Campos, no qual se baseou a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997. (Define os crimes de tortura e dá outras providências).

Lei Estadual (São Paulo) 10.726, de 08/01/01 (dispõe sobre indenização a pessoas detidas sob a acusação de terem participado de atividades políticas no período de 31 de março de 1964 a 15 de agosto de 1979, que tenham ficado sob a responsabilidade de órgãos públicos do Estado de São Paulo e dá outras providências).

Resolução 42, de 13/06/01, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (dispõe sobre o procedimento a ser adotado nas denúncias de atos de tortura, maus-tratos de natureza similar, inclusive mortes, na forma tentada ou consumada, em relação aos sentenciados das diversas unidades prisionais do Estado de São Paulo).

Portaria 1.000, de 30/10/01, do Ministério da Justiça do Brasil (estabelece, no âmbito do Ministério da Justiça, diretrizes para o combate à prática de tortura em todo o território nacional).

10. Lei 9.455, de 7 de abril de 1997

Define o crime de tortura e dá outras providências

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º – Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental; a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena: reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º – Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

§ 2º – Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º – Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de

reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º – Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I – se o crime é cometido por agente público;

II – se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

III – se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º – A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º – O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º – O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º – O disposto nesta lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Art. 3º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º – Revoga-se o art. 233 da Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Brasília, 7 de Abril de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Nelson A. Jobim

11. Propostas para combater a tortura e reparar as vítimas

As propostas a seguir relacionadas foram selecionadas entre as apresentadas à V Conferência Nacional de Direitos Humanos, por diferentes autores, e em outros eventos recentes da área no Brasil.

- 1. Instituir o exame de corpo de delito nas pessoas presas ou detidas, logo após os interrogatórios, para verificar se houve tortura para extrair confissão;

- 2. entidades deverão entrar com ações de perdas e danos contra os Estados onde se derem atos de tortura por agentes públicos ou sob sua direção; será definida data anual simbólica para ingresso simultâneo de ações;

- 3. responsabilização judicial do Estado pela proteção às vítimas e testemunhas de tortura, prevendo indenização e apoio psicológico às vítimas;

- 4. mudanças na formação dos policiais, valorizando conteúdos sobre direitos humanos e propiciando acesso aos modernos métodos científicos de

investigação;

- 5. criação de Ouvidorias independentes e com recursos adequados para as polícias em todos os Estados e nos presídios;
- 6. desvinculação dos Institutos Médico Legais e dos Institutos de Criminalística, em todo o território nacional, dos organismos policiais; com vista a oferecer-lhes autonomia administrativa, funcional e orçamentária, visando ao aperfeiçoamento dos laudos periciais, especialmente nos casos de tortura;
- 7. difundir amplamente a educação em direitos humanos entre agentes públicos, escolas em todos os graus, por meio da mídia etc;
- 8. criar mecanismos para apuração e sanção de funcionários, guardas, carcereiros, policiais e outros que espancam e torturam presos (adultos) e adolescentes em cumprimento de medidas sócio-educativas, combatendo a impunidade desfrutada por estes agentes do Estado;
- 9. realizar campanhas públicas e pressionar os governos estaduais para a instalação e funcionamento da Defensoria Pública, para oferecer assistência jurídica de qualidade a todos os presos pobres e carentes;
- 10. garantir inspeções por reconhecidas ONG's de direitos humanos e instituições públicas nacionais e internacionais, para assegurar transparência ao sistema prisional-penitenciário;
- 11. promover a capacitação de agentes do Estado anti-tortura, através de discussões, cursos, seminários, conferências etc;
- 12. ampliação para todos os Estados do Brasil do Programa de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas.

12. Conclusão

A tortura com certeza é uma das mais odiosas práticas de degradação humana. É um problema cultural, e demora-se para mudar tal situação. Apesar da existência da Lei 9.455/97, muitos juízes ainda classificam crimes que poderiam ser considerados tortura como lesões corporais, abuso de autoridade (praticado por policiais) ou mesmo constrangimento ilegal. O descaso com a lei estimula a prática da tortura nas prisões e delegacias brasileiras, conforme recente relatório divulgado pela ONU em Genebra.

Não podemos permitir que tais práticas monstruosas aconteçam sem que façamos algo, ou tomemos as devidas providências legais.

Beccaria, em seu famoso livro *Dos delitos e das penas* já dizia: “Poderão os gritos de um infeliz, nos tormentos, retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida”¹⁸?

Oxalá as autoridades públicas e a sociedade se contaminem com o vírus da inquietação e do não-conformismo com esse estado de coisas! Basta de impuni-

dade. Lutemos pelos direitos humanos.

Notas

¹ Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa – *Folha de São Paulo/Aurélio*.

² SILVA, José Geraldo da. *A Lei de Tortura interpretada* – comentários à Lei 9.455/97, p. 14.

³ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, 7ª Ed.; Ed. Saraiva, 1994, p. 31.

⁴ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*, ed. Rosa dos Tempos, 2ª ed., 1993, p. 211

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, a nova Parte Geral, 4ª ed.; Ed. Forense, 1994, p.33.

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*.

⁷ Sobre a tortura como instituição, v. Toledo, Francisco de A., Sobre o crime de tortura, in *Justiça penal*, cord. De J.C. Pentead, 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 9 e ss.

⁸ VERCHER NOGUEIRA, Antônio. La Legalización de la tortura. *El País-Internacional* de 25/11/96, p. 10.

⁹ *O Estado de São Paulo* de 29 de julho de 1999.

¹⁰ Relatório – *A tortura no Brasil*; Comissão de Direitos Humanos – Câmara dos Deputados/Brasil.

¹¹ Relatório – *A tortura no Brasil*; Comissão de Direitos Humanos – Câmara dos Deputados/Brasil

¹² *O Globo* – 19 de outubro de 1997, p. 12.

¹³ Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários – proferida no *Seminário Internacional sobre a Eficácia da Lei da Tortura / STJ*.

¹⁴ Este documento, considerado “confidencial”, foi encontrado nos Arquivos do Dops do Paraná, pela professora Derley Catarina de Luca.

¹⁵ Gabinete do Ministro, Centro de Informações do Exército – Manual de Interrogatório. *Apud* Comissão de Cidadania e Direitos Humanos – ALERS – *Relatório Azul – P.A.*, Assembléia Legislativa, 1998, p. 285.

¹⁶ Relatório – *A tortura no Brasil* – Comissão de Direitos Humanos – Câmara dos Deputados / Brasil.

¹⁷ *O Estado de São Paulo*, 04/10/97 – Estado de Direito e Direitos Humanos.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*.

Notas sobre a Criminalidade Organizada

Juliana Alves de Araújo*

1. Considerações preliminares

Inegável que nos últimos tempos a sociedade brasileira tem presenciado o assustador recrudescimento da atividade criminosa. Esta, especificamente no Brasil, outrora despida de maiores requintes, passou a estruturar-se profissionalmente, adquirindo caráter nitidamente empresarial, sob a administração de organizações

*N.E.: Procuradora Federal.

Referências Bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*, ed. Rosa dos Tempos, 2ª ed., 1993, p. 211.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, a nova Parte Geral, 4ª ed.; Ed. Forense, 1994, p.33

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu mundo*, 7ª Ed.; Ed. Saraiva, 1994, p.31.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*

Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa – *Folha de São Paulo/Aurélio*

O Estado de São Paulo, de 29 de julho de 1999.

O Estado de São Paulo, 04/10/97 – Estado de Direito e Direitos Humanos.

O Globo – 19 de outubro de 1997, p. 12.

Relatório – *A tortura no Brasil*; Comissão de Direitos Humanos – Câmara dos Deputados / Brasil.

Revista dos Tribunais, 1997, p. 9 e ss.

SILVA, José Geraldo da. *A Lei de Tortura interpretada* – Comentários à Lei 9.455/97, p.14.

Sobre a tortura como instituição, v. Toledo, Francisco de A., *Sobre o crime de tortura*, in *Justiça penal*, coord. de J.C. Penteadó, 5, São Paulo, VERCHER NOGUEIRA, Antônio. *La legalización de la tortura. El País-Internacional* de 25/11/96, p. 10.

altamente especializadas, aumentando o potencial lesivo das investidas ilícitas e auferindo elevadíssimos lucros, que se tornaram seu principal combustível.

A detecção e a neutralização desses grupos dedicados à atividade criminosa organizada revela-se uma tarefa deveras intrincada e perigosa, haja vista que, via de regra, agem acobertados pelo pálio da insuspeição, tencionando conferir contornos de legalidade a sua atuação, valendo-se de empresas legais e de grandes corporações financeiras. Apresentam grande poder de penetração no aparato estatal, corrompendo agentes públicos com o fito de assegurar o sucesso e a impunidade de seus “negócios”.

O estudo vertente, sem qualquer pretensão de esvaziar o tema, propõe-se a se infiltrar nessa nebulosa realidade fenomenológica do crime: a criminalidade organizada. Procurar-se-á trazer a lume suas características preponderantes e a problemática da falta de um conceito legal de “crime organizado” na legislação brasileira, destacando possíveis razões para o seu avassalador desenvolvimento no Brasil, enumerando, ao final, sugestões à guisa de prevenção e repressão.

2. O problema da conceituação

Na tentativa de delimitar-se o sentido e alcance da expressão “criminalidade organizada”, impossível não se cogitar de um conceito legal.

Pois bem. Enveredando-se pelos artigos da confusa Lei 9.034/95, que dispõe sobre os meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, adiante tratada mais detidamente, para surpresa dos que se interessam pela matéria, o legislador ordinário, distanciando-se do projeto original, furtou-se à definição da locução “organizações criminosas”, malgrado existam inúmeras referências a esta na lei. Diante dessa omissão legal, todavia, não se pode concluir que se esteja diante de “lei morta”, inaplicável, como têm defendido alguns estudiosos. Na verdade, não é recomendável definir uma organização criminosa por intermédio de conceitos estritos, imutáveis, sacramentados em texto legal. Se assim se fizer, acabar-se-á por engessar a conceituação, quando é cediço que a criminalidade organizada é altamente mutável no tempo e no espaço.

Quiçá imiscuído nesse espírito e atento à complexidade que envolve o tema foi que o legislador brasileiro relegou a missão de conceituar a criminalidade organizada à doutrina e à jurisprudência, que o tem feito à luz dos mais diversos aspectos e entendimentos.

A princípio, curial registrar que o artigo inaugural do sobredito diploma legal induz à falsa crença de que o conceito de criminalidade organizada equipara-se ao delito de quadrilha ou bando, cuja moldura típica encontra-se inserta no art. 288 do Código Penal brasileiro. Salvo a existência de estabilidade e de pluralidade de agentes, quadrilha ou bando e organização criminosa não se confundem. Nem todas as conspirações criminais podem ser identificadas como crime organizado e nesse ponto a doutrina parece guardar certa unanimidade, o que, aliás, não poderia ser diferente. Superada essa questão, passa-se, enfim, à clamada conceituação de “organizações criminosas”.

Diversas são as tentativas encetadas no sentido de se definir, de forma pormenorizada, o que seja uma organização criminosa.

Hassemer ensina que a “criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade... é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados, bem como por um novo *modus operandi* (profissionalidade, divisão de tarefas, participação de ‘gente insuspeita’, métodos sofisticados etc.)”¹.

O cientista social Guaracy Mingardi, por sua vez, conceitua organização criminosa como “grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão de trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades de

baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção do território”².

Em face das colocações acima, infere-se que o conceito de crime organizado ainda não está assente na doutrina, evidenciando-se, no entanto, inclinações para algumas características, as quais, doravante, serão objeto de análise.

3. Características determinantes

Essa nova face do crime ostenta alguns traços peculiares, aspectos tais que lhe conferem grande mobilidade, elevado poder de ação e intimidação, bem como resultados surpreendentes no que tange à captação de recursos financeiros. A seguir, delinear-se-á as principais características, apontadas pela doutrina, que identificam a atividade criminosa organizada:

3.1. Estrutura hierarquizada empresarialmente. Nota-se a existência de sofisticação na organização administrativa interna, com cadeias de comando e repartição funcional de atividades, revestida por rígida subordinação hierárquica entre os integrantes.

3.2. Uso de meios tecnológicos avançados, contando com os serviços de profissionais altamente qualificados, munidos de equipamentos de última geração, que, no entanto, dificilmente possuem conhecimento sobre o restante da organização, como forma de evitar o vazamento de informações.

3.3. Conexão estrutural e/ou funcional com o Poder Público. É imperioso ao sucesso das “empresas do crime” incutir-se nas entranhas do Estado, arrematando agentes públicos cujas atribuições prestem-se a intermediar e facilitar a atividade criminosa. Esse poder de corrupção redundando na inércia, paralisação estatal na repressão à criminalidade organizada e, por consectário, assegura a impunidade das investidas ilícitas.

3.4. Ausência de vítimas individuais. Trata-se de criminalidade difusa, que ofende pessoas indeterminadas ou indetermináveis, circunstância que dificulta a visualização imediata dos prejuízos causados.

3.5. Alto poder de intimidação e violência.

3.6. Elevada capacitação para fraude.

3.7. Simbiose local, regional, nacional ou internacional com outras organizações. Há, de fato, tendência à expansão das atividades para outras fronteiras,

formando verdadeiras “multinacionais criminosas”.

3.8. Mutação freqüente. Trabalham utilizando empresas de fachada (“laranjas”), pessoas interpostas, contas bancárias específicas. Ami de alteram o *modus operandi* e toda a estrutura administrativa, trocando as empresas e abandonando as anteriores, removendo as pessoas para outros postos e em outras localidades e valendo-se de novas contas bancárias. Tudo isso, sem d vida, onera e dificulta sobremaneira as investiga es e o desfecho desses grupos.

3.9. Tal qual uma real empresa, tem o lucro como principal objetivo. Poucas atividades comerciais têm o condão de rivalizar com a extrema lucratividade proporcionada pela atividade criminosa organizada. Para bem alcançar tal fim, as organiza es criminosas dedicam-se   prática de crimes rentáveis, a exemplo de extorsão, prostitui o, jogos de azar, tráfico de armas e entorpecentes, sonega o fiscal. Por essa razão, em geral, a criminalidade organizada mant m estreita vincula o, um liame visceral com os crimes econ micos, sobretudo os de lavagem de dinheiro.

A lavagem de dinheiro, segundo defini o do Fincen – *Financial Crimes Enforcement Network* (Rede de Repressão aos Crimes Financeiros), “envolve dissimular os ativos de modo que eles possam ser usados sem que se possa identificar a atividade criminosa que os produziu. Através da lavagem de dinheiro, o criminoso transforma recursos monetários oriundos da atividade criminosa em recursos com uma fonte aparentemente legítima”³.

Nessa senda, o professor Georges Picca, Promotor Público do Supremo Tribunal (Paris – França), em artigo jurídico, com percuciência, explica que:

Se tomarmos a renda anual calculada dos grupos criminosos organizados e aceitarmos isso, por volta da metade desse dinheiro deve ser “lavado” de uma maneira ou de outra dentro da economia legal, a quantia “lavada” todos os anos poderia estar entre duzentos e cinquenta e quinhentos bilhões de dólares. Mercê dos lucros colossais gerados pelo crime organizado, a conversão de lucros ilegais em ativos legais representa um dos maiores desafios para estas organiza es

4. A criminalidade organizada no Brasil

Inconscusso que globaliza o dos mercados, acelerando o progresso tecnológico e facilitando a circula o de mercadorias e serviços, fomentou e instigou a larga expansão dos “sindicatos do crime”, os quais, atualmente, ultrapassam fronteiras e desconhecem ou ignoram os Estados nacionais.

O Brasil, segundo alguns estudiosos que perfilham os ensinamentos do insigne jurista Luiz Flávio Gomes, não seria ainda manancial de nenhuma organiza o

criminosa de feição internacional. Não obstante, nos lindes do território nacional, não há como se negar a existência da criminalidade organizada; ela está presente sim e cresce com força e velocidade avassaladoras.

No contexto brasileiro, a doutrina aponta inúmeros fatores ensejadores da ascensão das “empresas do crime”.

Preliminarmente, o Brasil é visto como adequado refúgio para criminosos de “alto nível”, uma vez que dispõe de precária estrutura de investigação, notadamente no que pertine ao acompanhamento de pessoas e de movimentações financeiras suspeitas.

O País é, ainda, um atraente pólo de lavagem de dinheiro de origem ilícita, devido à facilidade de se constituir sociedades empresariais perante as juntas comerciais, sem que existam mecanismos eficientes de controle e fiscalização das transações bancárias e comerciais efetuadas por essas sociedades. Adicione-se a isso a livre atuação das casas de câmbio, sobretudo nas regiões de fronteira, por onde é possível despachar-se quantias para o exterior quase sem óbices.

Outro aspecto digno de destaque, conforme salienta o Dr. Mauro Zaque de Jesus, Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso, em artigo capturado na internet, o Brasil transformou-se em ponto estratégico de trânsito para o tráfico de entorpecentes produzidos nos Estados vizinhos (mormente, Bolívia, Colômbia e Paraguai). Isso porque o País conta com moderna infra-estrutura aeroportuária, imensas redes fluvial e rodoviária, com pouquíssima fiscalização, e, ainda, mantém forte comércio com o exterior, o que facilita a criação de empresas de fachada para transportar a mercadoria até o destino final.⁴

Em se tratando especificamente de tráfico de entorpecentes, é uma realidade o fato de o Brasil ser o principal produtor e fornecedor de matérias químicas utilizadas na fabricação de narcóticos, em virtude do que está se arvorando como local ideal para instalação de laboratórios clandestinos.

É frustrante testificar, também, que a criminalidade organizada, no intuito de assegurar a continuidade de sua gradativa escalada no País, cada vez mais tem se valido da máquina estatal, corrompendo os maus agentes do serviço público, mantendo “seguranças oficiais” a suas expensas e elegendo políticos para servir e serem servidos.

O momento é, pois, de superlativa gravidade. As organizações criminosas crescem, todavia a atividade legislativa no Brasil ainda está engatinhando, por assim dizer, quanto à previsão de mecanismos de prevenção e combate a esses grupos criminosos. Demais disso, a linha garantista do processo penal majoritária na doutrina e na jurisprudência não vê com simpatia sequer os primeiros passos dados pelo legislador brasileiro nesse caminho.

5. Breves comentários acerca da Lei 9.034/95

A eficiência nas investigações e o êxito na repressão do crime organizado demandam especificidade de atuação. Premido da finalidade de dotar os órgãos responsáveis pela *persecutio criminis* de instrumentos operacionais e jurídicos destinados ao combate à criminalidade organizada, o legislador brasileiro editou a Lei 9.034/95 (já alterada pela Lei 10.217/01), permeada de defeitos técnicos, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência apontam, com veemência, a inconstitucionalidade e restrições ao seu alcance.

O aludido diploma legal define e regula os meios de provas e os procedimentos investigatórios que versem sobre delitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Permite-se, seja no inquérito policial, seja em Juízo, e sem prejuízo dos meios de provas já contemplados na legislação processual penal brasileira, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

a) ação controlada, consubstanciada no retardamento da interdição policial na ação supostamente praticada por organização criminosa (que não define, conforme consignado em linhas pretéritas), para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas. Cuida-se do chamado flagrante esperado ou diferido, que é válido e regular, haja vista a inexistência de farsa ou induzimento;

b) acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, sempre mediante autorização judicial. Para esta hipótese, especificamente, prevê-se que o juiz se encarregue pessoalmente da diligência, dispositivo esse severamente criticado por contrariar todo o sistema acusatório vigente no processo penal brasileiro e cuja aplicação tem sido repelida pelo Poder Judiciário.

Com efeito, mediante essa previsão legal teratológica, introduziu-se a figura de juiz inquisidor em um sistema acusatório, no qual estão perfeitamente distribuídas as funções de acusar, defender e julgar. “São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado (...). É inegável que o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor”⁵.

A inovação legislativa, à evidência, atenta contra o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, pois malfero o devido processo legal, que, em última análise, resguarda a imparcialidade do julgador. O ideal seria que o legislador tivesse fortalecido o verdadeiro destinatário das investigações – o Ministério Público – para

que, com a colaboração da polícia, se iniciasse a efetiva contenda contra a criminalidade organizada.

Ainda nesse quadro de idéias, recentemente, a Suprema Corte Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.570, ajuizada pelo procurador-geral da República contra o comando normativo em liça (art. 3º da Lei 9.034/95), corroborando enfim os reclamos de inúmeros juristas, julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade do referido dispositivo no que concerne à coleta de dados, documentos e informações fiscais e eleitorais realizada pessoalmente pelo juiz (decisão publicada no *DOU* em 1º/03/04). O julgamento foi noticiado no Informativo 336, nos termos infratranscritos:

Preliminarmente, o Tribunal considerou prejudicada a ação de direta no ponto em que autorizava o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras, em razão da superveniência da LC 105/01, hierarquicamente superior, que regulou integralmente a questão, revogando a norma impugnada por incompatibilidade. Em seguida, *no que se refere aos dados, documentos e informações fiscais e eleitorais, o Tribunal julgou procedente o pedido, por ofensa ao princípio do devido processo legal, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da função jurisdicional (...)* ADI 1.570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 12/02/04. Destacou-se.

c) A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e o seu registro e análise, mediante prévia permissão judicial. Para o ínclito Luiz Flávio Gomes, interceptação ambiental é a captação de conversa alheia (ocorrida em um gabinete ou reunião), não telefônica, efetuada por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Se algum dos locutores tem conhecimento da captação, fala-se em escuta ambiental⁶. Essa nova modalidade de interceptação (fruto de alteração da Lei 9.034/95, imposta pela Lei 10.217/01), não se confunde com a interceptação de comunicações telefônicas de que se ocupa a Lei 9.296/96, mas devido à semelhança que guardam entre si, deverá observar o mesmo procedimento definido para esta.

d) Infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial, hipótese em que a licença judicial será estritamente sigilosa, permanecendo nessa condição enquanto subsistir a investida.

Além desses procedimentos de investigação e formação da culpa, a Lei 9.034/95 dispõe a respeito da especialização da polícia judiciária, que deverá ser estruturada em setores e equipes treinados para investigação e repressão de crimes perpetrados por organizações criminosas. Essa especialização, no entanto, por razões que prescindem de comentários, não deve limitar-se à polícia, mas se estender aos demais órgãos relacionados com a peleja. De igual forma, não deve

restringir-se à estruturação de um órgão ou setor; imprescindível a capacitação do pessoal comprometido, mediante a disponibilização de conhecimentos minuciosos e técnicas diferenciadas de atuação ⁷.

Mesmo identificada civilmente, a pessoa participante de ação desencadeada por organização criminosa, será submetida à identificação criminal. Tal medida, que representa exceção no ordenamento jurídico pátrio, justifica-se porque as organizações criminosas, via de regra, detêm alta tecnologia e abastados recursos financeiros, que viabilizam sofisticadas contrafações nos documentos de identificação.

A chamada “delação premiada” foi contemplada pela Lei 9.034/95 como causa obrigatória de diminuição de pena em favor de integrante de organização criminosa que tenha, espontaneamente, contribuído para a elucidação de delitos e respectiva autoria. Previsões similares são visualizadas na Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, e na Lei 9.080/95, que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional.

O instituto em epígrafe tem sido alvo de críticas edazes lançadas por alguns doutrinadores, que percorrem a linha garantista predominante no moderno processo penal. Olvidando questões de cunho prático, *verbi gratia* o País não ter condições de resguardar a incolumidade física do delator, defendem aqueles que a lei deve indicar condutas ética e moralmente aceitáveis, jamais ser arcabouço de incentivo e estímulo à traição. A discussão, porém, esvazia-se quando se constata que na prática forense a delação premiada tem sido pouco utilizada.

Preconiza a lei que não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que participarem intensa e efetivamente da organização criminosa (art. 7º). *A contrario sensu*, inexistindo essa “intensa e efetiva participação” (expressão inebriada de alta carga de subjetivismo, cujos lindes não é possível aferir-se com precisão), dessume-se que será perfeitamente permitido o uso daqueles institutos. Confrontando esse dispositivo com a Lei dos Crimes Hediondos (que rechaça, sem ressalvas, a possibilidade de liberdade provisória e fiança para delitos desse jaez), a doutrina adverte o absurdo de ser possível o autor de crime hediondo, participante de organização criminosa, favorecer-se com a liberdade provisória, o que não acontece com o autor de crime hediondo desvinculado dessa organização.

A teor da norma insculpida no art. 9º, no caso de condenação pela prática de crime organizado, o réu não poderá apelar em liberdade. Doutrina e jurisprudência há muito vêm acoimando esse dispositivo de inconstitucional, por afronta aos princípios constitucionais da não-culpabilidade e da ampla defesa. Enfrentando a questão aventada, ao julgar a Rcl 2.391-MC/PR, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo,

porque incompatível com o princípio da presunção de inocência albergado na Constituição Federal. O Excelso Pretório, contudo, considerando o fato de que, na espécie, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo próprio Tribunal, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual, com supedâneo no art. 27 da Lei 9.868/99, emprestou à sua decisão efeitos *ex nunc* ⁸.

Por fim, a multicitada lei dedica-se ao regime de cumprimento de pena a ser imposto a condenados por crimes decorrentes de organização criminosa, estabelecendo que se iniciará em regime fechado, sem óbices à progressão. Outra colisão se trava com a Lei 8.072/90, que sacramenta o cumprimento da pena aplicada pela prática de crime hediondo em regime integralmente fechado. Instalou-se, assim, mais um despautério: o agente, integrante de organização criminosa, autor de crime hediondo, pode ser beneficiado pela progressão de regime, enquanto que o sujeito ativo de crime hediondo, sem qualquer vinculação com a atividade criminosa organizada, deverá cumprir a pena em regime integralmente fechado.

Inquestionável que a ausência de sistematização da Lei 9.034/95 com a Constituição Federal e com os demais diplomas legislativos que integram o ordenamento jurídico brasileiro cedeu espaço aos disparates legais suso comentados.

6. À guisa de conclusão

É inquietante constatar a gradativa e contínua ascensão da criminalidade organizada no Brasil, mormente no que tange ao narcotráfico, ao contrabando de armas, à indústria do seqüestro, à exploração de menores, à sonegação fiscal, via de regra, correlacionados com crimes econômicos, em especial, a lavagem de dinheiro.

Os meios tradicionais de investigação e repressão já se revelam insuficientes. Agravando o quadro, as corporações policiais, em sua maioria, estão despreparadas para combater o poderio das organizações criminosas. Não raras vezes avultam notícias sobre policiais corrompidos por esses grupos. Como se não bastasse, o Ministério Público ainda carece de meios operacionais adequados para fazer frente ao fenômeno de maneira global e orgânica. É comum, infelizmente, que o *parquet* funcione como reproduzidor daquilo que foi apurado no inquérito policial.

De tal arte, urde um conjunto de ações prementes e eficazes por parte do Estado no sentido de tolher o avanço da atividade criminosa organizada. É preciso, logo de início, alvejar o principal desiderato das organizações criminosas, qual seja, o lucro elevado e fácil, impedindo o gozo dos rendimentos ilicitamente angariados. A inibição da lavagem de dinheiro tem se revelado, em outros países, como uma das medidas mais eficientes para desestimular o crime organizado.

Imperiosa, também, uma postura sempre ativa do Ministério Público, em obediência a sua missão constitucional, voltada para a efetiva participação e acompanhamento direto na apuração de infrações penais em que se vislumbrem ressaibos de atividade criminosa organizada, implementando e conduzindo investigações próprias. Em verdade, não se pode olvidar, nos Ministérios Públicos de alguns Estados da Federação, já é possível identificar a real adoção de medidas dessa natureza, notadamente pela criação de órgãos especializados.

Relativamente ao aparato legislativo destinado ao combate da criminalidade organizada, quase que restrito à Lei 9.034/95, não se pode negar que ainda é deficitário. Esta, especificamente, está embevecida de atecnias, contradições, lacunas, principalmente no que diz respeito à falta de definição do que se entende por “organização criminosa”. Entretanto, em que pese a dificuldade que enseja, essa omissão, de forma alguma, pode servir de alicerce para, pura e simplesmente, não se empregar a lei. Em se tratando de investigar e reprimir a criminalidade organizada, não se pode pecar pelo excesso de formalismo legalista, mas sim privilegiar uma postura praticista.

Que a Lei 9.034/95 padece de sérias vicissitudes, é incontroverso. Todavia tais defeitos não podem ser invocados, interpretados como causas justificadoras da não-aplicação dos dispositivos nela hospedados; qualquer exegese nesse sentido seria temerária e poderia representar a redenção aos desmandos da criminalidade organizada. Caberá, portanto, ao intérprete harmonizar a lei com os princípios e garantias processuais que inspiram o processo penal brasileiro, sem elidir sua aplicação, sopesando quais bens jurídicos devem prevalecer.

Notas

¹ In Três Temas de Direito Penal, cit. P85, *apud* GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. *Crime organizado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 75.

² *O Estado e o crime organizado*. IBCCrim, p.82.

³ *Apud* MEDRONI, Marcelo Batlouni. As organizações criminosas: o problema da não-conceituação. *Revista Ministério Público*. Rio de Janeiro, RJ (9), 1999, p. 173.

⁴ *In crime organizado – a nova face da criminalidade*.

⁵ LOPES JR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

⁶ *In Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

⁷ Em âmbito federal, por meio da Portaria 736, de 10/12/96, que alterou o Regimento Interno do Departamento de Polícia Federal, foi criada a Divisão de Crime Organizado e Inquéritos Policiais. Por sua vez, nos Estados, núcleos especializados estão sendo gradativamente implantados na estrutura dos Ministérios Públicos e das Polícias Civis.

⁸ Vide Informativos do STF 320, 323 e 334.

Referências Bibliográficas

CÁFFARO, Luiz Carlos. O Ministério Público e o crime organizado. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, RJ (1), p.106/117, jan/jun, 1995.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público. *Cad. Ministério Público do Paraná*, v. 3, n. 3, p. 55/70, abril/2000.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. *Crime organizado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Intercepção Telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11/04/01?* (Apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). Disponível na Internet em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 20, p. 59/69, 1999.

JESUS, Mário Zaque de. *Crime Organizado – a nova face da criminalidade*. Disponível na Internet em <<http://www.mt.trfl.gov.br/judice>>.

LOPES JR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. As Organizações criminosas: a não-conceituação. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, RJ (9), p.173/177, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A globalização e o crime*. Disponível na Internet em <<http://www.Juspodium.com.br>>.

PICCA, Georges. Crime organizado transnacional. *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, 158, p.12/15, agosto/2003.

QUAGLIA, Giovanni. *Crime organizado internacional: a proposta das Nações Unidas*. Disponível na Internet em <<http://www.unodc.org/brazil>>.

RIBEIRO, Wanderley. *O crime organizado*. Disponível na Internet em <<http://www.advogadocriminalista.com.br>>.

Tópicos Jurídicos

A Reincidência como Qualificadora dos Crimes de Porte Ilegal de Arma de Fogo e Análogos na Revogada Lei das Armas de Fogo (Lei 9.437/97) e o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03): a Questão da Retroatividade da Lei Posterior mais Benéfica

Damásio de Jesus*

*N.E.: 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.

O art. 10, § 3º, IV, da revogada Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997 (Lei do Porte de Armas), previa a reincidência como qualificadora dos crimes descritos no art. 10, *caput*, e § 1º, impondo pena de reclusão, de 2 a 4 anos, além de multa, o dobro do tipo simples (detenção, de 1 a 2 anos). A figura típica não definia crime autônomo, pois não possuía elementares próprias¹. Descrevia, em local inadequado, uma qualificadora, tendo em vista que impunha, abstratamente, mínimo e máximo da pena². Era muito estranho, já que os outros incisos do § 3º retratavam delitos autônomos. Para a aplicação da agravação específica, era necessário que a sentença condenatória irrecoorrível anterior tivesse reconhecido a prática de crimes contra a pessoa, contra o patrimônio ou o tráfico ilícito de drogas. Só exasperavam a pena as condenações com trânsito em julgado prolatadas na vigência da Lei 9.437/97.

Em nossas críticas, observávamos que o fato anterior, objeto da sentença condenatória transitada em julgado, podia não manter nenhuma relação com arma de fogo³. Imagine que o autor tivesse sido condenado irrecoorrivelmente por estelionato. A lei determinava a agravação obrigatória da pena. Não se mostrava justo que a reincidência, nesse caso, elevasse tão intensamente a sanção do crime posterior⁴. Além disso, fugia completamente do sistema criminal brasileiro a existência de uma circunstância agravante genérica, transformada em qualificadora de um delito especial, aumentando de tal forma a pena⁵.

A Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, corrigindo o erro da norma anterior, não contém dispositivo semelhante contemplando a reincidência como qualificadora ou causa de aumento de pena dos crimes de porte de arma de fogo e correlatos. Apreciando as duas Leis – as de número 9.437/97 e 10.826/03 – verifica-se que a posterior é mais benéfica, uma vez que não prevê a qualificadora anteriormente tipificada. Trata-se de *novatio legis in melius* (art. 5º, XL, da CF; art. 2º, parágrafo único, do CP), com efeito retroativo incondicional, aplicando-se inclusive aos fatos definitivamente julgados (art. 2º, parágrafo único, parte final, do CP)⁶. Suponha-se que um réu, autor de posse ilegal de arma, tenha sido irrecoorrivelmente condenado a 2 anos de reclusão, além de multa, em face da reincidência, nos termos do art. 10, *caput*, e § 3º, IV, da revogada Lei 9.437/97. Com o advento da lei nova mais benéfica, cumpre que seja reduzida a pena de acordo com os parâmetros punitivos impostos pelo art. 12 da Lei 10.826/03, detenção, de 1 a 3 anos, e multa, subsistindo a reincidência como agravante genérica, ressalvada outra eventual circunstância exasperadora da pena reconhecida pela sentença anterior e não extinta pela lei posterior.

Se o juiz ou o Tribunal ainda não proferiu condenação, compete àquele ou ao órgão colegiado efetuar, na sentença ou acórdão condenatório, a adequação penal. Se, contudo, a sentença ou acórdão já transitou em julgado, a competência é do

juiz da execução, de acordo com o art. 66, I, da Lei de Execução Penal⁷ (Súmula 611 do STF). Nesse caso, a competência não é do Tribunal, ao qual compete apreciar a espécie somente na hipótese de haver recurso da decisão do juiz de primeira instância (art. 197 da LEP).

Notas

¹ Nesse sentido: TJRS, ACrim 700.0000.9563, Rel. Des. Carlos Roberto Lafego Canibal, RT 772/672.

² Nesse sentido: TJRS, ACrim 700.0000.9563, Rel. Des. Carlos Roberto Lafego Canibal, RT 772/672; TJSP, 3^a Câm. Crim., ACrim 288.773, Rel. Des. Gonçalves Nogueira, RT 778/586.

³ JESUS, Damásio de. *Crimes de porte de arma de fogo e assemelhados*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.

⁴ Nesse sentido, tratando de estelionato e adotando nossa posição: STJ, 5^a T, HC 14.917, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 04/06/02, p. 197, e RT 793/558.

⁵ Nesse sentido: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Porte de arma: inaplicabilidade do art. 10, § 3^o, da Lei 9.437/97. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, 70/6, set. 1998.

⁶ Nesse sentido: RTJ 83/1003 e 95/814.

⁷ Lei 7.210/84.

Defensoria Pública e Acesso à Justiça

Leonardo Augusto Santos Melo*

É ponto comum em todos os manuais de Direito Processual a afirmação de que estamos, atualmente, na terceira fase metodológica do estudo do Processo Civil.

Na fase inicial, a disciplina sequer alcançava foros de ciência, confundindo-se a ação com o próprio direito material lesado (teoria imanentista). Era a fase do *sincretismo*, em que o processo não existia como ramo autônomo do Direito.

Avançou-se para a fase dita *autonomista* ou *conceitual*, quando o processo nasce como ciência, construindo-se uma *Teoria Geral* que parte de três institutos fundamentais – jurisdição, ação e processo – e, principalmente, afirma a *autonomia* do direito de ação frente ao direito material, autonomia esta que também alcança o processo como objeto de especulação¹.

A autonomia que marcou essa fase conceitual, se teve o mérito de fazer nascer – e desenvolver – a ciência do processo, também teve seus pontos negativos. A supervalorização do conceito de ação distanciou o Processo Civil de sua função primordial – a de pacificação social – reduzindo-o a mera técnica distanciada de

*N.E.: Procurador da República em Minas Gerais.

qualquer objetivo ético, social ou político² e, por isso mesmo, encerrando um fim em si mesmo.

Constatado que esse modelo abstrato e indiferente aos seus efeitos na sociedade não satisfazia os postulados de um estado de direito democrático e, na maioria das vezes, representava a própria negação da justiça, o enfoque da ciência processual passou a ser outro. Inaugura-se a terceira fase metodológica, dita *teleológica* ou *instrumental*. É a fase do *acesso à Justiça*. Esse “acesso”, segundo Cappeletti e Garth, “não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”³.

Não se ocupando em simplesmente construir e debater conceitos, a fase da *instrumentalidade* é marcada, também, pela *constitucionalização* do processo, entendendo-se o acesso à Justiça não apenas como garantia de índole negativa e formal (o *due process of law* em sua acepção adjetiva), mas como “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁴.

Esta fase é dividida em três *ondas renovatórias*, tanto no Brasil como no Direito Comparado. A primeira onda é marcada pela *assistência judiciária* aos pobres e, em nosso País, tem como referência a Lei 1.060/50, muito embora as Constituições de 1934 e 1946 já previssem o patrocínio gratuito das causas e a isenção de custas.

A segunda onda é marcada pela *coletivização* da tutela jurisdicional, em que o processo abandona o tradicional esquema liberal de solução de conflitos individuais para uma dimensão coletiva, atribuindo-se às entidades associativas e, principalmente, ao Ministério Público, a legitimidade para agir em defesa de interesses difusos e coletivos, como o ambiente, patrimônio público, social e cultural, os direitos dos consumidores, idosos, portadores de deficiência, minorias etc. No Brasil, essa segunda onda, dita da *representação dos interesses difusos* (Capelletti), além da Constituição de 1988, tem como principais fontes a Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), a Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), a Lei 8.625/93 e a Lei Complementar 75/93, as duas últimas tratando do Ministério Público dos Estados e da União.

A terceira onda preocupa-se com o aperfeiçoamento dos mecanismos procedimentais com vistas a tornar mais célere e, principalmente, eficaz a tutela jurisdicional. Em suma: alterações no procedimento, pontuais, oriundas de amplo debate com os especialistas e, principalmente, fruto da experiência cotidiana dos chamados “operadores do direito”. São as “reformas do processo”, capitaneadas

pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, materializadas em diversos diplomas legislativos das duas últimas décadas e que, além de alterar sistematicamente alguns “pontos de estrangulamento” da Justiça, inovaram com institutos como a nova disciplina do agravo, a antecipação de tutela, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, a cláusula do *contempt of court* (o novo art. 14 do CPC), dentre tantas outras.

No bojo dessas reformas surgiram dois diplomas que, provavelmente, são as mais importantes manifestações da busca incessante pelo *acesso à Justiça*: as Leis 9.099/95 e 10.259/01, que instituem os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça dos Estados e na Justiça Federal. Oralidade, racionalização de procedimentos, eliminação de recursos, atribuição de *jus postulandi* às partes, fim do precatório são algumas das inovações, ou melhor, *revoluções* perpetradas pelos Juizados.

Longe de tentar – seria impossível! – negar o avanço que a segunda e a terceira ondas do acesso à Justiça lograram alcançar, principalmente com as *class actions* e com os Juizados, a verdade é que a primeira onda, a da assistência judiciária, ainda não foi implementada no País. E grande parte da população, a despeito da existência dos Juizados, continua à margem do sistema, sem o auxílio profissional adequado que a Constituição lhe garante.

Os especialistas não se ocupam muito da assistência judiciária. Grande parte dos manuais limita-se a mencionar a Lei 1.060/50, tecer uma ou duas críticas, louvar seus institutos e mencionar, como um dos atores do processo, a Defensoria Pública. E só. A análise é superficial e não se preocupa com a realidade dos fatos.

A Constituição, aliás, menciona a *assistência jurídica* (art. 5º, LXXIV), termo mais amplo que a assistência judiciária, uma vez que compreende, de um lado, o aconselhamento, a consultoria e o auxílio extrajudicial e, por outro, a defesa dos interesses do necessitado em Juízo – a assistência *judiciária* propriamente dita.

O art. 134 da Carta Magna explicita essa definição, ao estabelecer que as atribuições da Defensoria Pública compreendem a *orientação jurídica* e a *defesa* dos necessitados, defesa esta que, evidentemente, pode ser tanto judicial quanto extrajudicial.

Regulamentando o dispositivo, foi promulgada a Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Verdadeira “Lei Orgânica” da Defensoria Pública da União, o dispositivo estrutura os órgãos de direção e de execução, dispõe sobre princípios, direitos, deveres, impedimentos e prerrogativas institucionais de seus membros, dentre as quais a de receber intimação pessoal em todos os processos, além da contagem em dobro dos prazos (art. 44, I).

Não é difícil concluir que, sob o aspecto normativo, a Defensoria Pública da

União mereceu a atenção devida tanto do legislador infraconstitucional quanto do constituinte, conclusão prestes a ser reforçada pela inclusão na Constituição do dispositivo que prevê sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária⁵.

No plano da realidade a história, infelizmente, é bastante diferente. Uma incursão pelos corredores da nossa Justiça, principalmente a Federal, demonstra que ainda não existe, de fato, assistência judiciária aos pobres.

Dados do início deste ano indicavam que, em todo o País, havia 96 defensores públicos da União em atividade, incluindo aqueles que oficiam perante os Tribunais Superiores. Já as carreiras vinculadas à Advocacia-Geral da União contavam com um número perto de 6 mil profissionais, incluindo procuradores das autarquias, da Fazenda Nacional e advogados da União.

Nenhuma crítica – muito pelo contrário – aos números da AGU. A criação desse órgão é reconhecidamente uma das principais conquistas do País na defesa da moralidade administrativa e do interesse público. Os índices cada vez maiores de recuperação de ativos e, principalmente, a eficiência na representação judicial da Administração, merecem todas as loas.

O que se pretende com esses dados, além de indicar um modelo a ser seguido, é demonstrar que o governo não demonstra *nenhuma* preocupação em aparelhar a Defensoria Pública, cujos profissionais, pelo menos no que diz respeito à remuneração, submetem-se ao mesmo regime jurídico da Advocacia Pública. Se desde 2002 já foram realizados concursos públicos para mais de 2 mil cargos vinculados à AGU, aumentar a DPU em mais 200 ou 300 profissionais não seria muito...

Voltando à questão dos Juizados, escrevi, nos albores da Lei 10.259/01, que “a nova lei será extremamente benéfica para o cidadão, representando mais um passo rumo à efetividade do processo, que deixará de ser um entrave e se tornará um instrumento legítimo de satisfação dos direitos e garantias fundamentais de todos”⁶.

A implantação dos Juizados Especiais Federais, fruto da comunhão de esforços do Conselho da Justiça Federal, da Ajufe e da própria AGU, embora possa ser considerada instrumento revolucionário na busca pelo acesso à Justiça, principalmente por atribuir o *jus postulandi* à própria parte e eliminar privilégios da Administração, *não supre* a ausência da Defensoria Pública.

Além de restrições atinentes ao valor da causa, ao tipo de demanda e mesmo ao seu objeto (art. 3º, *caput* e parágrafos, da Lei 10.259/01), a impedir o acesso irrestrito aos Juizados, é certo que a ausência de Defensoria Pública da União provoca um desequilíbrio de armas nesse procedimento sumaríssimo, eis que os entes públicos contarão sempre com corpo jurídico de altíssimo nível a defender seus interesses. E os pobres, sem a necessária orientação (como prevê a Constituição)

do profissional qualificado.

Além disto, sabido que, na fase recursal, exige-se o indispensável patrocínio de advogado, seja para interpor, seja para responder. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que os Juizados Especiais, não obstante o hercúleo esforço de magistrados e servidores, *diminui*, mas *não resolve* o problema do acesso à Justiça.

Só a inadiável implementação – de fato – da Defensoria Pública da União poderá assegurar o que prevê o mencionado inciso LXXIV da Constituição, dispositivo que, inclusive, não deve ser tomado isoladamente. Ele encerra garantia que instrumentaliza outras, como aquelas previstas nos incisos XXXV, LIV e LV da Declaração de Direitos.

Violando-o, o Estado nega ao cidadão o direito de acesso a um processo justo, à cláusula constitucional do *due process of law* (sob os enfoques substantivo e adjetivo) e seus corolários, como o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

E a ocasião não poderia ser melhor: além da autonomia das Defensorias, prestes a ser conquistada com a Reforma do Judiciário, há um incremento progressivo na arrecadação do governo (que, como mencionado acima, também pode ser creditado à Advocacia Pública), a tornar factível a criação de novos cargos. Ademais, o Ministro da Justiça é reconhecidamente um entusiasta da assistência judiciária, sendo um dos fundadores do IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa, organização não-governamental que possui, como um de seus objetivos, “prestar assistência jurídica gratuita para acusados desprovidos de recursos financeiros”⁷.

Em suma: há um direito fundamental que não vem sendo respeitado pelo Estado. Meios para efetivá-lo existem. Basta que se tenha iniciativa e, sobretudo, vontade política.

Notas

¹ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 42/45.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 256.

³ CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 13.

⁴ CAPPELETTI e GARTH, *op.cit.*, p. 12.

⁵ Na data da conclusão deste texto, a autonomia das Defensorias Estaduais já havia sido aprovada pelas duas Casas Legislativas, passível, portanto, de promulgação imediata. No caso da Defensoria Pública da União, o texto, já aprovado no Senado, deverá voltar à Câmara dos Deputados, que não apreciou a matéria.

⁶ MELO, Leonardo Augusto Santos. Juizado Especial fortalece preceitos constitucionais. Belo Horizonte: *Jornal Gazeta Mercantil*, 07/08/01, Caderno Minas Gerais, p. 2

⁷ Extraído do sítio www.iddd.org.br, acesso em 18/11/04.

Acórdãos Inteiros Teores

Primeira Seção

Agravo Regimental no Mandado de Segurança

2004.01.00.029795-4/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Ivani Silva da Luz (convocada)

Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradora: Dra. Flávia Filomena Nacur Rezende

Impetrado: Juizado da 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da
Seção Judiciária de Minas Gerais

Interessado: Josimar Rodrigues Siqueira

Publicação: DJ 2 de 27/01/05

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança contra decisão jurisdicional de juiz de Juizado Especial Federal. Incompetência recursal do TRF-1ª Região. Indeferimento da petição inicial. Agravo regimental provido. Competência declinada.

I. A competência para julgar mandado de segurança impetrado contra decisão jurisdicional de juiz integrante de Turma Recursal de Juizado Especial é da própria Turma Recursal, conforme já proclamou, em 4 de dezembro de 2003, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem levantada no MS 24.691/MG.

II. Nesse sentido, há sucessivos precedentes da Primeira Seção deste Tribunal (CC 2004.01.00.003999-9/BA, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, AgRgMS 2003.01.00.033331-6/MG, Rel. Des. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, entre outros), e do Superior Tribunal de Justiça (ROMS 10.334/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, CC 40.319/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, entre outros).

III. Agravo regimental a que se dá provimento para reformar a decisão que

indeferiu a inicial.

IV. Competência declinada para a Segunda Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Estado de Minas Gerais.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, para reformar a decisão que indeferiu a inicial e declinar da competência para a Segunda Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Estado de Minas Gerais, nos termos do voto da Relatora.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 14/12/04.

Juíza *Ivani Silva da Luz*, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Ivani Silva da Luz: —Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminarmente a petição inicial do presente mandado de segurança, impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, contra ato do MM. Juiz da Segunda Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Estado de Minas Gerais, João Batista Ribeiro, que negou seguimento ao Recurso Inominado 2003.38.00.813400-5. “... por manifestamente em confronto com a jurisprudência dominante no seio do egrégio Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema” (cf. fls. 58).

Sustenta o agravante, em síntese, “... a inexistência de recurso para impugnar o ato judicial objeto do presente mandado de segurança, de sorte a afastar a aplicação do art. 5º, II, da Lei 1.533/51, e da Súmula 267 do Pretório Excelso” (cf. fls. 87).

Alega, ainda, que “... patente é a ilegalidade da decisão da autoridade coatora, motivo pelo qual a autarquia vê seu direito líquido e certo de não ser apreciado seu recurso, já que a negativa de seguimento implicou em negativa de prestação jurisdicional, motivo pelo qual deve ser concedida a segurança pleiteada” (cf. fls. 88).

É o relatório.

Voto*

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Carlos Moreira Alves, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e Antônio Sávio de Oliveira Chaves. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e José Amilcar Machado.

A Exma. Sra. Juíza Ivani Silva da Luz: — A razão teleológica de criação dos Juizados Especiais, nas causas incluídas em sua competência, foi acelerar a prestação jurisdicional, prevendo a lei, assim, uma sistemática processual própria, em que os atos dos Juizados Especiais devem ser examinados e decididos pela Turma Recursal, inclusive os mandados de segurança.

Logo, não cabe a este Tribunal Regional Federal conhecer da presente ação mandamental e sim a Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, como previsto no art. 41, § 1º, da Lei 9.099/95.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem suscitada no Mandado de Segurança 24.691/MG, considerou competente para julgar a ação mandamental a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Cataguases/MG, para onde determinou a remessa dos autos.

Nesse sentido, confira-se idêntica decisão daquela Corte, proferida no Mandado de Segurança 24.733/GO, *verbis*:

Decisão. Competência – Mandado de segurança – Ato de presidente de Turma Recursal. 1. Na sessão de 4 de dezembro de 2003, o Plenário dirimiu questão de ordem por mim suscitada no Mandado de Segurança 24.691 e proclamou a competência da própria Turma Recursal para julgar mandado de segurança impetrado contra ato de integrante ou do Colegiado. Na oportunidade, concluí de modo diverso, apontando a competência do Tribunal a que integrado o autor do ato ou os componentes do Colegiado. A esta altura, descabe insistir no entendimento. 2. Declino da competência para a turma julgadora recursal de que faça parte o autor do ato envolvido na espécie. 3. Proceda-se à remessa do processo. 4. Publique-se. Brasília, 10 de dezembro de 2003. (STF, Relator Ministro Marco Aurélio).

Acrescentem-se, ainda, os seguintes precedentes, dentre vários outros: MS 24.674-0/MG, Relator Ministro Carlos Velloso; MS 24.935/SP, Relator Ministro Celso de Mello.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Mandado de segurança. Decisão emanada do Juizado Especial. Competência. Órgão recursal do Juizado Especial.

I – A competência para julgar recursos, inclusive mandado de segurança, de decisões emanadas dos Juizados Especiais é do Órgão Colegiado do próprio Juizado Especial, previsto no art. 41, § 1º, da Lei 9.099/95 (ROMS 10.334/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ II de 30/10/00, p. 196).

Conflito de competência. Penal. Turma Recursal e Tribunal de Justiça. Mandado de segurança contra ato judicial de Juizado Especial.

A competência para processar e julgar ação mandamental impetrada contra ato de Juizado Especial é da Turma Recursal.

Precedentes (CC 40.319/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ I* de 10/03/04, p. 200).

Por igual, a Primeira Seção deste Tribunal registra inúmeros julgados, *ad exemplum*, as ementas seguintes:

Mandado de segurança impetrado por autarquia federal, impugnando ato praticado por Juizado Especial Estadual, no exercício de jurisdição federal. Competência, no caso, afeta a Turma Recursal Federal que jurisdiciona a Comarca de Juara, no Estado do Mato Grosso.

I. Em face do sistema da Constituição Federal dedicado aos órgãos especiais de pequenas causas, e da regulamentação infraconstitucional a eles relativa, suas decisões, proferidas em ações propostas ao Instituto Nacional do Seguro Social, esteja o magistrado no exercício de jurisdição federal própria ou delegada, não se encontram submetidas ao crivo revisional dos Tribunais Regionais Federais que, por isso mesmo, em virtude da interpretação que se impõe sistemática à Lei Fundamental, não têm competência para processar e julgar os mandados de segurança que as tem por objeto.

II. Competência, na hipótese em causa, afeta à Turma Recursal Federal que jurisdiciona a Comarca de Juara, no Estado do Mato Grosso, para a qual impõe-se a remessa dos autos (MS 2002.01.00.026905-3/MT, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, Primeira Seção, *DJ II* de 22/10/04, p. 3).

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato de juiz de Direito de Juizado Especial. Incompetência deste Tribunal Regional Federal-1ª Região. Agravo regimental provido. Competência declinada.

I. Compete à Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais o julgamento de mandado de segurança impetrado contra seus atos. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança 24.691).

II. Agravo regimental a que se dá provimento para reformar a decisão que indeferiu a inicial e declinar da competência para a 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais (AgRg em MS 2003.01.00.033331-6/MG, Rel. Des. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, *DJ II* de 22/04/04, p. 3)

Portanto, o processo e julgamento do presente *writ* não deve ter lugar nesta Corte, em face da sua manifesta incompetência.

Com tais fundamentos, dou provimento ao agravo regimental para reformar a decisão que indeferiu a inicial do presente mandado de segurança, e declinar da competência para a Segunda Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Estado de Minas Gerais.

É como voto.

Segunda Seção

Revisão Criminal

1999.01.00.042634-2/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Revisor: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Requerente: Michel André Cornil Baes
Defensores: Dr. Sérgio Luis Teixeira da Silva e outro
Requerido: Ministério Público Federal
Publicação: DJ 2 de 26/01/05

Ementa

Processo Penal. Revisão criminal. Falecimento do revisionando. Extinção do processo.

I. Ocorrendo o falecimento do revisionando, dá-se pela extinção da revisão criminal sem exame do mérito, pela falta intercorrente do interesse de agir, tendo em vista que na hipótese não há pedido de indenização que pudesse justificar o prosseguimento do processo com a nomeação de curador para a defesa (arts. 630 e 631 – CPP).

II. Extinção do processo sem exame do mérito.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, extinguir o processo sem exame do mérito.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 17/11/04.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. A fls. 159/160, em agosto de 1999, o então Relator, Juiz Eustáquio Silveira, lançou o seguinte relatório:

Com esteio no art. 621, *k*, incisos I e III, do Código de Processo Penal, Michel André Cornil Baes, qualificado nos autos, requer a revisão criminal da sentença que o condenou à pena de dezesseis (16) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12, 14 e 18, I, da Lei 6.368, de 1976.

Alega que, na sentença, levou-se em conta o que se segue:

- 1) antecedente criminal na França, por estelionato e cheques sem fundo, no Brasil;
- 2) negócios relacionados ao tráfico de entorpecentes, no aspecto internacional;
- 3) conta bancária com registro de movimentação de altas quantias em dinheiro, no País e no exterior, a partir de 1993.

Sobre o antecedente criminal na França, junta certidão negativa criminal daquele país, enquanto, no que se refere aos cheques sem fundos, alega não constituir delito e também o fato de havê-los resgatado.

Prossegue dizendo não ser verdade de que tratava dos negócios relacionados ao tráfico de entorpecentes no seu aspecto internacional, inexistindo, nos autos, qualquer prova nesse sentido.

Quanto às mencionadas movimentações financeiras, atribui à circunstância de ser representante, no Brasil, da empresa Ducros S/A, movimentando, nessa condição, elevados recursos pertencentes à representada. Além disso, tinha outros contatos comerciais com a França, como sócio da empresa Interamazon e também como intermediário na contratação de atletas brasileiros. Ademais – diz o requerente – as referidas movimentações bancárias, por si só, não autorizam sua vinculação com o tráfico de entorpecentes.

Insiste, por outro lado, na alegação de cerceamento de defesa, por ter sido indeferido o seu requerimento de inquirição de uma testemunha residente na França, alegação essa que foi afastada no julgamento de seu recurso de apelação.

Acrescenta que, no tocante à sua condenação pelo art. 14 da Lei 6.368/76, ela não poderia ocorrer, tendo em vista a revogação desse dispositivo, tendo, na verdade, ocorrido a *abolitio criminis* e, portanto, a extinção da punibilidade.

Insurge, finalmente, contra a indevida aplicação da pena em concurso material de crimes, referindo-se às condutas previstas nos arts. 12 e 14 da já mencionada Lei 6.368/76.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 21 *usque* 151.

Com vista dos autos, o douto órgão do Ministério Público Federal, pelo parecer do eminente Procurador Regional da República Dr. João Francisco Sobrinho, opinou pela improcedência do pedido de revisão (fls. 153/157).

É o relatório.

2. Houve em seguida conflito de competência em face de redistribuição para o Juiz Plauto Ribeiro, que não aceitou a competência. Conflito solucionado em outubro de 2001, dando como competente o Juiz Eustáquio Silveira (v. acórdão de fls. 197).

3. Foram os autos, em seguida, ao Juiz Revisor, Mário César Ribeiro, que

converteu o julgamento em diligência para informar-se “sobre a situação do autor da presente revisão criminal” (fls. 206). Isso em outubro de 2002.

4. Veio do MM. Juízo *a quo* a informação de que o autor tinha falecido em 15/06/00. A informação veio instruída com cópia da certidão de óbito e da sentença extintiva de punibilidade.

5. Retornaram os autos ao Relator, que determinou o prosseguimento do processo, nomeando defensor dativo ao acusado (decisão de fls. 218/219), que se manifestou a fls. 231.

6. O novo Revisor, Juiz Olindo Menezes, em maio de 2003, pediu dia para julgamento (fls. 233), que foi marcado para o dia 11/06/03. Todavia, o chefe de Gabinete do Juiz Eustáquio Silveira, no Processo Administrativo 6.619/02-TRF (*DJ II* de 19/11/03), devolveu os autos à Secretaria da Coordenadoria da Corte Especial e Seções, tendo havido nova distribuição, já agora para o Juiz Plauto Ribeiro. Em face de sua aposentadoria, em julho de 2004, foram os autos redistribuídos, cabendo-me a relatoria.

7. É o aditamento ao relatório.

8. Ao eminente Revisor.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Falecido o condenado na hipótese de redução de pena, pode haver revisão criminal?

– Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. IV, p. 337) entende que não, explicando:

Morto o condenado, claro está que desaparece o interesse de pedir-se a revisão para diminuição da pena.

Mas na nota de rodapé, disse: “Decidiu, no entanto, – acertadamente – a 1ª Conferência Nacional de Desembargadores, que em alguns casos a revisão se torna possível.”

Sérgio de Oliveira Médici (*Revisão criminal*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 159) entende: “legítimo será o pedido também nesta hipótese, não vedada pela legislação”.

Seabra Fagundes, na Primeira Conferência dos Desembargadores, reunida no então Distrito Federal em julho de 1943, ao apreciar o art. 631 do CPP, quando

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Hilton Queiroz e Carlos Olavo. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

o revisionando faleceu no curso da ação (cf. Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, Apêndice I, ao último volume, p. 262):

Como é evidente, duas hipóteses se podem apresentar: ou a revisão tem por objetivo a absolvição ou tem por objetivo apenas a redução da pena. Quando se trata de absolvição, é claro que a família tem interesse em que a memória do *de cujus* possa ser limpa da acusação que sobre ele pesava, através do processo de revisão. Se se trata, porém, de simples redução de pena, a questão muda de aspecto. Entretanto, a minoração da pena pode favorecer a memória do *de cujus*, quando, por exemplo, a revisão importa em eliminação de agravante de caráter infamante, ou, então, em reconhecimento de atenuante que eleve moralmente o criminoso, se assim se pode dizer.

Essa é a conclusão que chegou, como lembrou, a Primeira Conferência Nacional de Desembargadores. Conclusão XXIX, letra *c*:

Ainda que a revisão criminal tenha por objeto somente a redução da pena, o falecimento do condenado não obsta ao seu prosseguimento.

Tenho assim como admissível, na hipótese, o pedido revisional.

2. O falecimento do autor da ação de revisão.

O falecimento do autor da ação de revisão não impede o prosseguimento. A ação para prosseguir não depende da atuação das pessoas mencionadas no art. 623.

A legitimidade para *requerer*, tendo falecido o condenado é que depende do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Não, repita-se, para *prosseguir* a ação.

Atente-se que de acordo com o art. 631 do CPP, quando, como de revisão, falecer o condenado, o relator nomeará um curador para a defesa. Na hipótese dos autos, não houve necessidade de condenação, pois o relator anterior, colocou o feito em pauta para julgamento, pois a instrução estava concluída.

3. Fundamento da revisão.

Alega o revisionando violação expressa da lei penal, ao admitir o concurso material entre o crime previsto no art. 12 e no art. 14 da Lei de Tóxicos, este último crime revogado pelo art. 8º da Lei 8.072, de 1990, que dispõe sobre crimes hediondos; como violar o art. 59 do Código Penal.

4. Do cerceamento de defesa.

Alega que houve cerceamento de defesa, pois foi indeferida ouvida a inquirição de testemunhas de defesa. Na ACr 95.01.05074-2/PA, cujo acórdão mando que seja juntado aos autos, o Desembargador Federal Olindo Menezes, em voto vogal, na preliminar, disse o seguinte:

Senhor Presidente, quero destacar um aspecto, embora propenda a votar com o Relator. O indeferimento da inquirição das testemunhas de defesa no exterior, já tendo sido deferido anteriormente, constitui uma violência à dialética processual.

Arrolando uma testemunha, a parte já tem uma idéia do que possa ela saber a respeito dos fatos, mas isso não pode ser positivado antes da tomada do testemunho, que, muitas vezes, revela outros aspectos não previstos. Portanto, não se deve, adredemente, afirmar que a tomada de um depoimento vá ter este ou aquele perfil probatório, ou mesmo que será protelatório.

O caso, portanto, seria de anulação do processo, por cerceamento de defesa. No entanto, não há uma demonstração objetiva do alegado prejuízo em decorrência do indeferimento da inquirição. A alegação da defesa, inclusive na sustentação oral do Tribunal, tem um sentido mais retórico do que real.

Houvesse a demonstração, ao menos razoável, do prejuízo, votaria pela anulação do processo. Como isso não ocorreu, voto com o Relator.

5. A fixação da pena base.

Para fixar a pena base do revisionando, o MM. juiz *a quo* fez a seguinte análise (fls. 108/109):

(o réu Michel André Cornil Baes) é tecnicamente primário, mas apresenta antecedente criminal por estelionato na França, imputação essa que, segundo afirmou, foi declarada insubsistente; no território nacional igualmente emitiu cheques sem a devida provisão de fundos, segundo o gerente do Banco Sudameris ouvido em Juízo como testemunha arrolada pela defesa, o qual também afirmou haverem sido todos resgatados pelo emitente, o que só é justificável pela traficância que praticava, uma vez que, na época em que retornou ao Brasil, vivia miseravelmente, passando a movimentar grandes somas em contas bancárias no País e no exterior a partir do ano de 1993, depois da criação da Interamazon Ltda.; tratava dos negócios relacionados ao tráfico de entorpecentes no seu aspecto internacional, fazendo uso ostensivamente do prestígio que gozava no mercado francês, bem assim da excelente relação que mantinha com a diretoria da empresa Sucros S/A e da condição de ser o seu agente em território brasileiro, embora José Laurindo Filho tenha feito alguns contatos no exterior, porém com menor intensidade; é proprietário, supostamente em conjunto com Elizabeth Martins, da empresa Amazonex, estabelecida na França, para onde se destinava a pimenta-do-reino e a cocaína, embora tenha insistido que a encomenda era destinada à empresa da qual é agente, comportamento que demonstra saliente egoísmo, porque ao condenado pouco importou o comprometimento da imagem da Ducros S/A e a de seus dirigentes, junto aos seus parceiros na França e na comunidade internacional, bem assim os prejuízos resultantes de sua ligação ao tráfico internacional de entorpecentes, tudo isso motivado apenas pelo desejo de obtenção de rendimento fácil; o delito cometido é hediondo por ofender a existência da raça humana, mais uma vez agredida pela comercialização do entorpecente, a ensejar a aplicação de penalidade severa; o dolo apresentado pelo agente

é muito intenso, aplicando-se-lhe na íntegra as mesmas observações feitas, nesse particular, à conduta de José Laurindo Filho; recebido de braços abertos no País, colocou em dúvida a lisura de serviço privativo da União Federal e o compromisso das autoridades brasileiras de combater o tráfico internacional assumido perante a comunidade internacional, colaborando para o comprometimento da imagem do Brasil junto aos seus parceiros comerciais. Em razão disso, fixo-lhes a pena-base de 6 (seis) anos de reclusão, cumulados com o pagamento de multa de 90 (noventa) dias-multa, no valor individual de 1 (um) salário mínimo vigente em 05/10/94, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, totalizando, para cada réu, a pena de 12 (doze) anos de reclusão, com o pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, no valor individual de 1 (um) salário mínimo vigente naquela data.

Elevou a pena de um terço, tornando-a definitiva em 16 (dezesesseis) anos de reclusão. A pena de multa ficou em 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, “no valor de 1 (um) salário mínimo vigente em 05/10/94”.

Na verdade, como argumenta o peticionário, não se pode levar em consideração para fixação da pena-base o fato de ter o mesmo, em interrogatório, dito que tinha “antecedente criminal por estelionato na França”, tendo em vista que ele também declarou, como acentua o sentenciante, que essa imputação foi declarada insubsistente (fls. 108).

Quanto à emissão de cheques sem provisão de fundos, diz o revisionando que sua simples emissão não constitui estelionato. Tenha-se, ainda, como afirmou o gerente do Banco Sudameris, foram todos os cheques resgatados pelo peticionário.

De referência aos “negócios relacionados ao tráfico de entorpecentes no seu aspecto internacional”, não indica, realmente, o julgador “em que prova dos autos estribou sua convicção.” Ademais, o réu teve a pena-base elevada por ter ocorrido tráfico com o exterior (Lei 6.368/76, art. 18, I). Teríamos, assim, um *bis in idem*.

A respeito da movimentação financeira, não levou o sentenciante em conta para fixar a pena-base. Ao analisar a emissão de cheques sem provisão de fundos, *en passant*, disse que o réu passou a “movimentar grandes somas em contas bancárias no País e no exterior a partir do ano de 1993, depois da criação da Interamazon Ltda.” (fls. 108).

A pena mínima cominada ao art. 12 da Lei 6.368, de 1976, é de 3 (três) anos e a máxima, 15 (quinze) anos. Afastando as circunstâncias (judiciais) acima mencionadas, é de reduzir-se a pena-base para quatro anos. O juiz a fixou em seis anos. O crime do art. 14 da mesma lei é punido com a pena mínima de 3 (três) anos e a máxima, 6 (seis) anos, de acordo com o art. 8º da Lei 8.072, de 25/07/90. O juiz fixou a pena-base para esse crime também em 6 (seis) anos. Reduzo-a, pelas considerações que fiz para o crime de tráfico, para 4 (quatro) anos. Mantenho

a pena de multa, tendo em vista que o mínimo é de 50 dias-multa e o máximo de 360 dias-multa, e o juiz fixou razoavelmente em 90 dias-multa.

6. A qualificadora para o crime de quadrilha ou bando e o art. 14 da Lei de Tóxicos

Alega o revisionando que o crime de quadrilha, art. 14 da Lei 6.368, de 1976, foi revogado pelo art. 8º da Lei 8.072, de 1990, que dispõe sobre crimes hediondos.

Em artigo sob o título Anotações à lei dos crimes hediondos (*in Cartilha Jurídica*, publicação do TRF/1, agosto/92, p. 12), disse:

Quando a associação tem por finalidade a prática de crimes hediondos, a pena para o tipo básico, que é de um a três anos, passa a ser de três a seis. Dobra. Este mesmo aumento se dá quando o fim for o cometimento de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo (Lei 8.072/90, art. 8º).

Uma questão, no entanto, é de ser suscitada.

Pelo art. 14 da Lei de Tóxicos, a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar o crime de tráfico de entorpecentes (art. 12) ou de fabricar e comercializar aparelhos, ou instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de entorpecentes (art. 13) configura o crime de quadrilha. No entanto, o art. 8º da Lei de Crimes Hediondos dispõe que, quando se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes, a pena prevista no art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando) é elevada de um a três anos para três a seis anos. Essa disposição derogou ou ab-rogou o art. 14 da Lei de Tóxicos?

O art. 8º da nova lei tem esta redação:

“Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.”

Interpretando-se gramatical e logicamente o dispositivo, tem-se que a modificação foi tão-só quanto à pena, e não quanto ao conceito de quadrilha ou bando.

Este é, também, o entendimento de Antônio Lopes Monteiro:

O art. 8º não revoga o art. 288 do Código Penal nem o art. 14 da Lei de Tóxicos. Como se vê de uma simples leitura, aquele dispositivo não cuida de forma diferente do tipo penal destes artigos, alterando o tipo descritivo do crime, mas tão-somente o faz no que tange à pena. Portanto, o art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos apenas derogou o art. 288 do Código Penal, aumentando a pena quando se trata de quadrilha organizada para o cometimento de crimes hediondos, prática de torturas e terrorismo. Derrogou da mesma forma o art. 14 da lei de Tóxicos, diminuindo a pena.

Igual pensamento tem Damásio de Jesus. Para o renomado penalista,

o crime de quadrilha para fins de drogas está definido no art. 14 da Lei de Tóxicos com a pena do art. 8º.

Já o não menos ilustre criminalista Alberto Franco entende que o “art. 14 da Lei 6.368/76 foi revogado pelo art. 8º da Lei 8.072/90, de forma que a quadrilha ou bando formada com a finalidade de tráfico ilícito de entorpecentes deverá, para sua configuração típica, respeitar a redação do preceito primário do art. 288 do Código Penal e terá, como preceito sancionatório, a pena reclusiva prevista no art. 8º da Lei 8.072/90.

Todavia, posteriormente, reviu Alberto Franco seu entendimento, reconhecendo que não há choque entre os dois artigos. Disse o grande penalista (*Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90*, 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 284):

O reexame mais a fundo da questão permite, numa primeira perspectiva – que, sem dúvida, destoa da posição adotada nas edições anteriores do presente livro –, não a colisão, o embate, o conflito entre os dois artigos, mas, sim, a plena convivência, a total harmonia entre eles. Enquanto o art. 8º alterou não só a pena, mas o próprio tipo do art. 288 do Código Penal, criando uma figura penal híbrida (parte do art. 288 do CP e parte do art. 8º da Lei 8.072 – vide item 11.00, supra), o art. 10, na medida em que aludiu ao art. 14 da Lei 6.368/76, deu fôlego à referida norma penal, embora com um raio de incidência menor.

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que o art. 14 da Lei 6.368, de 1976, não foi derogado pelo art. 8º da Lei 8.072, de 1990. A pena é que foi alterada, agora deve ser aplicada a pena cominada por esse último artigo.

Ao julgar o HC 68.793-8/RJ, em sessão de 10/03/92 (*DJ* 06/06/97), a 1ª Turma do Supremo Tribunal, tendo como Relator para o acórdão o Ministro Moreira Alves, decidiu por maioria, que:

– No caso, a interpretação corretiva é perfeitamente aplicável. Com efeito, atendendo-se a que o art. 8º da Lei 8.072/90 se dirige à pena e a que o art. 10 dessa mesma lei tem inequivocamente como em vigor o tipo delituoso previsto no art. 14 da lei 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação abrogante – que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciliabilidade absoluta – será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade.

No HC 72.862/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, o Supremo Tribunal, em sessão de 07/11/95, (*DJ* 25/10/96), pela sua 2ª Turma, entendeu por maioria que:

O art. 8º da Lei 8.072/90 não revogou o art. 14 da Lei 6.368/76, a que

se refere o art. 10 da Lei 8.072/90. A pena, no caso de quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Lei 6.368/76, art. 14) é a prevista no art. 8º da Lei 8.072/90. 4. Interpretação dos arts. 8º e 10 da Lei 8.072/90. Cuida-se de dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo. No exame da matéria, não há, pois, questão de direito intertemporal. 5. Antinomia aparente e antinomia real. Interpretação corretiva e interpretação ab-rogante: ab-rogação simples e ab-rogação dupla. 6. Aplicação, no caso, da interpretação corretiva, com conciliação sistemática, mediante interpretação restritiva de ambos os dispositivos (Lei 8.072/90, arts. 8º e 10), reservando-se ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade, tal como descrito no art. 14 da Lei 6.368/76, nele referido. 7. Vigente, dessa maneira, o art. 14 da Lei 6.368/76, a absolvição da co-ré, quanto ao delito de associação, nesse dispositivo descrito, não é de estender-se ao paciente, em face da fundamentação desenvolvida no acórdão, que não merece reparo, também, de referência à dosagem da pena. 8. *Habeas corpus* indeferido.

Julgando o HC 73119 /SP, Relator Ministro Carlos Velloso, em 13/02/96 (*DJ* 19/04/96), também a 2ª Turma do Supremo Tribunal decidiu, por unanimidade:

I – Tratando-se de associação para o tráfico de drogas, prevalece a tipificação do art. 14 da Lei 6.368/76, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas, tipifica o delito do art. 14 da Lei 6.368/76. A pena a ser aplicada será a prevista no art. 8º da Lei 8.072/90, isto é, reclusão de três a seis anos. Precedentes do STF. II – A absolvição de um dos réus do crime de associação para a prática do tráfico de drogas não modifica a situação dos outros dois réus, que também haviam sido condenados como incurso no art. 14 da Lei 6.368/76. III – HC indeferido.

7. Conclusão.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação de revisão para reduzir a pena definitiva para oito anos a que foi condenado o revisionando Michel André Cornil Baes por infração aos arts. 12 e 14 da Lei 6.368, de 1967.

8. É o voto.

Voto Revisor Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Tendo o revisionando falecido no curso do processo, tenho que cessa o interesse processual na ação de revisão criminal, impondo-se a extinção do processo sem exame do mérito, não alterando essa compreensão a previsão do art. 623 do Código de Processo Penal, no sentido de que “A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmen-

te habilitado ou, no caso de morte do seu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”, pois a lei não prevê a hipótese de seqüência do processo pelas pessoas referidas no artigo.

O art. 631 desse códex prevê a hipótese de seqüência do processo mesmo com a morte do revisionando, com a nomeação de curador para a defesa, mas o fato não altera a compreensão pela extinção do processo, seja porque não houve a referida nomeação, seja porque a conclusão do Relator, apenas alterando a pena que fora imputado ao acusado, não propicia para os seus familiares os direitos a que se refere o art. 630, de resto não aludidos no pedido.

Assim posta a matéria, o prosseguimento da revisão criminal, na constância da morte do revisiosando, será uma pura perda de tempo, pelo que, com a devida vênia do Relator, sou pela extinção do processo sem exame do mérito.

É o voto.

Terceira Seção

Mandado de Segurança

2004.01.00.024551-0/RR

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

Impetrante: Conselho Regional de Enfermagem de Roraima – Coren/RR

Advogado: Dr. Francisco Alves Noronha

Impetrada: Prefeita do Município de Boa Vista/RR

Publicação: DJ 2 de 18/11/04

Ementa

Mandado de segurança. Administrativo. Edital de concurso público para enfermeiro e auxiliar de Enfermagem promovido pelo Município de Boa Vista/RR. Impugnação pelo Conselho Regional de Enfermagem de Roraima. Inclusão no edital de atribuições superiores às permitidas por lei para o exercício do cargo de auxiliar de Enfermagem. Necessidade de adequação do edital à lei de regência. Concessão parcial da ordem.

I. O edital de concurso público estabelece as regras de regência e estipula os requisitos exigidos para o provimento dos cargos ofertados.

II. Quando a profissão é regulamentada por lei, o edital deve estipular as atribuições do cargo em observância às prescrições legais, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

III. Havendo no edital de abertura do concurso público para enfermeiro e

auxiliar de enfermagem, promovido pelo Município de Boa Vista, atribuições do cargo de auxiliar de enfermagem que são privativas de técnicos em Enfermagem, nos termos do Decreto 94.406/87, resta demonstrado o direito líquido e certo a ser amparado.

IV. Não existe obrigatoriedade de abertura de concurso para o cargo de técnico de Enfermagem, o que todavia, não autoriza a Administração a incluir atribuições que são privativas de profissão que exige maior qualificação em concursos destinados ao preenchimento de vagas de auxiliar de enfermagem com a intenção de diminuir os custos com remuneração de pessoal.

V. Restando patente a contrariedade entre a lei e as disposições do edital, determina-se a adequação do edital à lei, sendo desnecessária a anulação do certame, pois a irregularidade apenas ocorre em relação ao excedente de atribuições estipuladas para o cargo.

VI. Havendo previsão no edital que atribui ao enfermeiro a execução de outras atividades inerentes ao cargo, dentre as quais logicamente se incluem as disciplinadas pela legislação que regulamenta o exercício da profissão, resta afastada a pretensa ilegalidade apontada pela impetrante, não merecendo prosperar a alegação de que houve omissão quanto às disposições legais do exercício da profissão de enfermeiro.

VII. Segurança parcialmente concedida.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto da Relatora.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 26/10/04.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Conselho Regional de Enfermagem de Roraima – Coren/RR em face da prefeita do Município de Boa Vista/RR, com pedido de liminar, pleiteando a anulação do Edital 1/04 no que tange ao provimento dos cargos de enfermeiro e auxiliar de enfermagem ou, alternativamente, sejam excluídas determinadas atividades descritas no edital quanto às atribuições do cargo de auxiliar de Enfermagem que seriam privativas do cargo de técnico de Enfermagem.

Sustenta o impetrante que vários dos procedimentos enumerados na descrição sumária das atividades do cargo de auxiliar de Enfermagem estão em desacordo com a legislação federal que regulamenta o exercício da profissão.

Assevera que, dentre as atribuições do cargo de auxiliar de Enfermagem previstas no edital, estão ilegalmente incluídas as seguintes: auxílio ao médico, obstetra e odontólogo no atendimento de pacientes – as quais entende o impetrante serem privativas de enfermeiro –, realização de drenagens de adenite, hemóstase, abertura de abscessos, proceder a lavagens estomacais, operar aparelhos e equipamentos para fins de diagnósticos de pacientes, aplicação de raios infravermelhos e ultravioletas, auxiliar em atos como imobilização do doente, hemostasias de emergência e em casos de estado sincopal, convulsivo ou traumático – atividades que o impetrante considera como privativa de técnico de Enfermagem.

Aduz que as atribuições do auxiliar de Enfermagem previstas no edital divergem das atividades descritas no art. 11 do Decreto 94.406/87, o qual regulamenta a Lei 7.498/86, que dispõe sobre o exercício da Enfermagem.

Afirma que a maior irregularidade do Edital 1/04 foi a supressão do cargo de técnico de Enfermagem e a outorga de suas funções a outro cargo, qual seja o auxiliar de enfermagem, o qual não possui capacidade técnica de desenvolvê-las, o que colocará em risco os usuários de saúde municipal.

Argumenta que a descrição sumária das atribuições do cargo de enfermeiro foi vaga, imprecisa, não observando o disposto no art. 8º do Decreto 94.406/87, que enumera as funções privativas da profissão.

Requeriu, ao final, a concessão de medida liminar para suspender a realização do concurso no tocante aos cargos de enfermeiro e de auxiliar de Enfermagem ou, alternativamente, seja determinada a exclusão das atividades ilegalmente atribuídas ao cargo de auxiliar de enfermagem, conforme descrição sumária contida no edital, as quais divergem das especificações previstas no Decreto 94.406/87.

A medida liminar foi parcialmente deferida.

Apresentadas as informações, a autoridade apontada como coatora diz que a atribuição de funções inerentes aos cargos de técnico em Enfermagem ao cargo de auxiliar de Enfermagem são decorrência de dificuldades financeiras na contratação de profissionais com maior remuneração, o que a seu juízo não compromete a prestação do serviço e está adequado à obrigação de prestação de serviço por parte do Município.

O Ministério Público Federal opina pela manutenção da liminar concedida, com a concessão parcial da ordem requerida.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Inicialmente, como já relatado no exame da liminar proferida, entendo conveniente informar que este mandado de segurança foi distribuído ao Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia. O MM. Juízo *a quo*, contudo, verificando que a impetração é dirigida contra ato atribuído à prefeita municipal de Boa Vista, declinou da competência para esta Corte Regional, por interpretação extensiva ao disposto no inciso X, art. 29, da CF/88.

Da análise dos autos, observa-se que o Município de Boa Vista/RR fez publicar o Edital 1/04, que tem por objeto a realização de concurso público para o provimento de diversos cargos de níveis superior, médio e fundamental, dentre os quais os cargos de enfermeiro e auxiliar de Enfermagem.

Argumenta o impetrante Conselho Regional de Enfermagem de Roraima que a descrição sumária das atividades dos referidos cargos estão dissociadas da legislação federal que regulamenta o exercício das profissões de enfermeiro e auxiliar de Enfermagem, o que tornaria nulo o edital quanto a esses dois cargos.

Dentre as atividades descritas no edital quanto ao cargo de auxiliar de Enfermagem, sustenta o impetrante que são ilegais as seguintes atribuições: auxílio ao médico, obstetra e odontólogo no atendimento de pacientes – as quais entende serem privativas de enfermeiro –, realização de drenagens de adenite, hemóstase, abertura de abscessos; proceder a lavagens estomacais; operar aparelhos e equipamentos para fins de diagnósticos de pacientes; aplicação de raios infravermelhos e ultravioletas; auxiliar em atos como imobilização do doente, hemostasias de emergência e em casos de estado sincopal, convulsivo ou traumático – atividades que seriam privativas de técnico de Enfermagem.

A Lei 7.498/86, ao regulamentar o exercício da Enfermagem, assim disciplinou as atividades a serem desenvolvidas por técnicos e auxiliares de Enfermagem:

Art. 12 – O técnico de Enfermagem exerce atividade de nível médio, envolvendo orientação e acompanhamento do trabalho de enfermagem em grau auxiliar, e participação no planejamento da assistência de enfermagem, cabendo-lhe especialmente:

- a) participar da programação da assistência de Enfermagem;
- b) executar ações assistenciais de Enfermagem, exceto as privativas do

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Daniel Paes Ribeiro e João Batista Moreira. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente.

enfermeiro, observado o disposto no parágrafo único, do art. 11, desta lei;

c) participar da orientação e supervisão do trabalho de Enfermagem em grau auxiliar;

d) participar da equipe de saúde.

Art. 13 – O auxiliar de enfermagem exerce atividades de nível médio, de natureza repetitiva, envolvendo serviços auxiliares de Enfermagem sob supervisão, bem como a participação em nível de execução simples, em processos de tratamento, cabendo-lhe especialmente:

a) observar, reconhecer e descrever sinais e sintomas;

b) executar ações de tratamento simples;

c) prestar cuidados de higiene e conforto ao paciente;

d) participar da equipe de saúde.

O Decreto 94.406/87 que regulamenta o diploma legal supracitado, assim estabelece as atribuições do cargo de auxiliar de Enfermagem em seu art. 11, *in verbis*:

Art. 11. O auxiliar de Enfermagem executa as atividades auxiliares, de nível médio, atribuídas à equipe de enfermagem, cabendo-lhe:

I – preparar o paciente para consultas, exames e tratamentos;

II – observar, reconhecer e descrever sinais e sintomas, ao nível de sua qualificação;

III – executar tratamentos especificamente prescritos, ou de rotina, além de outras atividades de Enfermagem, tais como:

a) ministrar medicamentos por via oral e parenteral;

b) realizar controle hídrico;

c) fazer curativos;

d) aplicar oxigenoterapia, nebulização, enteroclistma, enema e calor ou frio;

e) executar tarefas referentes à conservação e aplicação de vacinas;

f) efetuar o controle de pacientes e de comunicantes em doenças transmissíveis;

g) realizar testes e proceder à sua leitura, para subsídio de diagnóstico;

h) colher material para exames laboratoriais;

i) prestar cuidados de enfermagem pré e pós-operatórios;

j) circular em sala de cirurgia e, se necessário, instrumentar;

l) executar atividades de desinfecção e esterilização;

IV – prestar cuidados de higiene e conforto ao paciente e zelar por sua segurança, inclusive:

- a) alimentá-lo ou auxiliá-lo a alimentar-se;
- b) zelar pela limpeza e ordem do material, de equipamentos e de dependências de unidades de saúde;
- V – integrar a equipe de saúde;
- VI – participar de atividades de educação em saúde, inclusive:
 - a) orientar os pacientes na pós-consulta, quanto ao cumprimento das prescrições de Enfermagem e médicas;
 - b) auxiliar o enfermeiro e o técnico de Enfermagem na execução dos programas de educação para a saúde;
- VII – executar os trabalhos de rotina vinculados à alta de pacientes;
- VIII – participar dos procedimentos pós-morte.

O supracitado decreto, em seu art. 10, assim estabelece as atribuições do técnico de Enfermagem:

Art. 10. O técnico de Enfermagem exerce as atividades auxiliares, de nível médio técnico, atribuídas à equipe de enfermagem, cabendo-lhe:

- I – assistir ao enfermeiro:
 - a) no planejamento, programação, orientação e supervisão das atividades de assistência de enfermagem;
 - b) na prestação de cuidados diretos de Enfermagem a pacientes em estado grave;
 - c) na prevenção e controle das doenças transmissíveis em geral em programas de vigilância epidemiológica;
 - d) na prevenção e no controle sistemático da infecção hospitalar;
 - e) na prevenção e controle sistemático de danos físicos que possam ser causados a pacientes durante a assistência de saúde;
 - f) na execução dos programas referidos nas letras *i* e *o* do item II do art. 8º;
- II – executar atividades de assistência de enfermagem, excetuadas as privativas do enfermeiro e as referidas no art. 9º deste decreto;
- III – integrar a equipe de saúde.

Da leitura dos supracitados dispositivos legais, observa-se que a diferença entre o cargo de auxiliar de Enfermagem e o de técnico de Enfermagem consiste em que este último é um cargo de nível médio técnico, o que significa que em sua formação há um maior aprofundamento técnico-científico na área de Enfermagem. Tal não ocorre com o auxiliar de Enfermagem.

Depreende-se ainda que o auxiliar de Enfermagem realiza serviços mais simples, de natureza repetitiva, sempre sob supervisão, bem como participa de

procedimentos de execução simples, em processos de tratamento.

Quanto ao técnico de Enfermagem, verifica-se que a atividade exercida por esse profissional envolve a orientação e o acompanhamento do trabalho em grau auxiliar, cabendo-lhe executar ações assistenciais de Enfermagem, exceto as privativas de enfermeiro, dentre outros.

O Edital 1/04 prevê dentre as atribuições do cargo de auxiliar de Enfermagem algumas atividades que, em um primeiro exame, não se compatibilizam a capacidade técnica e a formação que detém esse profissional, o qual realiza, sob supervisão, atividades de natureza repetitiva e de simples execução relacionadas à Enfermagem.

Assim, tenho que as atividades de realização de drenagens de adenite, hemóstase, abertura de abscessos; proceder a lavagens estomacais; operar aparelhos e equipamentos para fins de diagnósticos de pacientes; aplicação de raios infravermelhos e ultravioletas; auxiliar em atos como imobilização do doente, hemostáticas de emergência e em casos de estado sincopal, convulsivo ou traumático, tal como apontado pelo impetrante, constituem atividades inerentes ao cargo de técnico em Enfermagem, que, como foi dito, possui formação técnico-científica mais aprofundada, ou ao enfermeiro, que pode exercer todas as atividades de Enfermagem.

Nesse ponto, portanto, merece acolhida a pretensão do impetrante.

Não vislumbro ilegalidade, contudo, quanto à atribuição ao auxiliar de Enfermagem de prestar auxílio ao médico, ao obstetra e ao odontólogo no atendimento dos pacientes, na medida em que as atividades de auxílio realizadas serão supervisionadas pelo enfermeiro, profissional de nível superior que, por lei, tem por atribuição a organização e a direção dos serviços de Enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares (art. 11, inciso I, alínea *b*, da Lei 7.498/86).

De igual forma, não se observa vícios nas disposições editalícias referentes ao cargo de enfermeiro, cujas atividades estão assim descritas no edital:

Descrição sumária: observar as prescrições médicas; aplicar terapia sob controle médico; proceder aos serviços de higienização dos doentes; prestar primeiros socorros; aprazar exames de laboratórios, de raios “x” e outros, providenciando o comparecimento dos pacientes; organizar, no interesse do serviço de Enfermagem, a ficha individual dos pacientes e fiscalizar os registros feitos; prever e controlar estoques de medicamentos específicos e supervisionar sua aplicação; programar cuidados de Enfermagem necessários a cada caso e registrar dados e ocorrências relativas às atividades de Enfermagem; *executar outras atividades correlatas ao cargo.* (grifei)

O art. 8º do Decreto 94.406/87 disciplina as atribuições do enfermeiro, as quais estão assim enumeradas:

Art. 8º Ao enfermeiro incumbe:

I – privativamente:

- a) direção do órgão de Enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública ou privada, e chefia de serviço e de unidade de Enfermagem;
- b) organização e direção dos serviços de Enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;
- c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem;
- d) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de Enfermagem;
- e) consulta de Enfermagem;
- f) prescrição da assistência de Enfermagem;
- g) cuidados diretos de Enfermagem a pacientes graves com risco de vida;
- h) cuidados de Enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos científicos adequados e capacidade de tomar decisões imediatas;

II – como integrante de equipe de saúde:

- a) participação no planejamento, execução e avaliação da programação de saúde;
- b) participação na elaboração, execução e avaliação dos planos assistenciais de saúde;
- c) prescrição de medicamentos previamente estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde;
- d) participação em projetos de construção ou reforma de unidades de internação;
- e) prevenção e controle sistemático da infecção hospitalar, inclusive como membro das respectivas comissões;
- f) participação na elaboração de medidas de prevenção e controle sistemático de danos que possam ser causados aos pacientes durante a assistência de enfermagem;
- g) participação na prevenção e controle das doenças transmissíveis em geral e nos programas de vigilância epidemiológica;
- h) prestação de assistência de enfermagem à gestante, parturiente, puérpera e ao recém-nascido;
- i) participação nos programas e nas atividades de assistência integral à saúde individual e de grupos específicos, particularmente daqueles prioritários e de alto risco;

- j) acompanhamento da evolução e do trabalho de parto;
- l) execução e assistência obstétrica em situação de emergência e execução do parto sem distocia;
- m) participação em programas e atividades de educação sanitária, visando à melhoria de saúde do indivíduo, da família e da população em geral;
- n) participação nos programas de treinamento e aprimoramento de pessoal de saúde, particularmente nos programas de educação continuada;
- o) participação nos programas de higiene e segurança do trabalho e de prevenção de acidentes e de doenças profissionais e do trabalho;
- p) participação na elaboração e na operacionalização do sistema de referência e contra-referência do paciente nos diferentes níveis de atenção à saúde;
- q) participação no desenvolvimento de tecnologia apropriada à assistência de saúde;
- r) participação em bancas examinadoras, em matérias específicas de Enfermagem, nos concursos para provimento de cargo ou contratação de enfermeiro ou pessoal técnico e auxiliar de Enfermagem.

Havendo previsão no edital que atribui ao enfermeiro a execução de outras atividades inerentes ao cargo, dentre as quais logicamente se incluem as disciplinadas pela legislação que regulamenta o exercício da profissão, resta afastada a pretensa ilegalidade apontada pelo impetrante, não merecendo prosperar a alegação de que houve omissão quanto às disposições legais do exercício da profissão de enfermeiro.

Da resposta da autoridade impetrada, colhe-se, como apontado pelo Ministério Público Federal, que não houve omissão, mas deliberada intenção de utilizar os serviços dos auxiliares, por questão de economia, em flagrante ofensa à legislação.

Para melhor demonstrar, transcrevo o parecer, no que interessa à questão (fls. 85/87):

(...) Com efeito, não satisfaz ao requisito da legalidade a afirmação do Município no sentido de que a contratação de técnicos em Enfermagem importaria grandes despesas à municipalidade e que, ademais, tais serviços já seriam prestados pelo governo estadual. Ora, se tais profissionais são dispendiosos ou desnecessários, nada justifica que suas funções seja outorgadas a outros profissionais da área, sobretudo aqueles menos qualificados.

Quanto aos enfermeiros propriamente ditos, o edital é claro quando afirma que as atividades ali estampadas são meramente exemplificativas e não afastam o rol previsto no art. 11 da Lei 7.498/86.

É certo, por conseguinte, que o Município não está obrigado a contratar técnicos em Enfermagem, no exercício de sua autonomia administrativa.

Mas, por outro lado, é também certo que não pode, sob pretexto da economia de recursos públicos, afetar as funções dessa categoria profissional aos auxiliares de Enfermagem.(....)

Em face de tais elementos, determino a exclusão do instrumento convocatório, no tocante ao cargo de técnico municipal, especialidade: auxiliar de Enfermagem, das seguintes atividades: “*realização de drenagens de adenite, hemóstase, abertura de abscessos*”; “*proceder a lavagens estomacais*”; “*operar com aparelhos e equipamentos para fins de diagnósticos de pacientes*”; “*aplicação de raios infravermelhos e ultravioletas*”; “*auxiliar em atos como imobilização do doente, hemostasias de emergência e em casos de estado sincopal, convulsivo ou traumático*”, pois tais atividades, como demonstrado anteriormente, são privativas de técnicos de Enfermagem.

Pelo exposto, concedo parcialmente a segurança pleiteada para determinar a exclusão das atividades descritas no Edital 1/04 como atribuições inerentes ao cargo de técnico municipal, especialidade: auxiliar de Enfermagem, no que conflitarem com as atividades privativas de técnico de Enfermagem, disciplinadas no art. 10 do Decreto 94.406/87.

Sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 105/STJ e 512/STF).

Transitado em julgado, archive-se, com baixa na distribuição.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhor Presidente, não tenho dúvida do acerto e da juridicidade do voto da Relatora, pois, em se tratando de cargos sob disciplina de lei, a Administração está vinculada à observância das atribuições que lhes são privativas. Por isso, entendo que a Administração Municipal desbordou dos limites da legalidade, pois atribuiu ao cargo em questão, que exige maior qualificação para o seu exercício, atividades não previstas pela lei que o rege.

Assim, voto com a Relatora.

Quarta Seção

Conflito de Competência
2004.01.00.038916-8/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Neuza Maria Alves da Silva (convocada)
Autor: Conselho Regional de Enfermagem de Minas Gerais – Coren/MG
Advogados: Dr. Francisco Jorge Starling e outros
Réu: Valdete Ribeiro de Araújo
Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de João Monlevade/MG
Suscitado: Juízo Federal da 24ª Vara/MG
Publicação: DJ 2 de 1º/12/04

Ementa

Conflito negativo de competência. Execução fiscal promovida por conselho profissional contra devedor domiciliado no interior. Declaração de incompetência, de ofício, pelo Juízo da Capital. Impossibilidade. Competência relativa.

I. A jurisprudência do STJ e desta Corte é pacífica no sentido de que a regra que determina o ajuizamento de execução fiscal no domicílio do executado define competência territorial e, portanto, relativa, dependendo a modificação da competência, em tais casos, de exceção oposta pelo interessado, na forma do art. 112 do CPC.

II. Incabível, assim, a declaração de incompetência, de ofício, pelo Juízo da capital, antes mesmo de que seja determinada a citação do executado, a teor do disposto na Súmula 33/STJ.

III. Conflito conhecido e julgado procedente, declarando-se competente o Juízo suscitado, da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo suscitado, da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 15/09/04.

Juíza Neuza Maria Alves da Silva, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Neuza Maria Alves da Silva: — Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Cível da Comarca de João Monlevade/MG, nos autos de execução fiscal proposta pelo Conselho Regional de Enfermagem de Minas Gerais – Coren/MG contra Valdete Ribeiro de Araújo.

O feito foi distribuído, inicialmente, para o Juiz Federal da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que declinou da competência em favor da Justiça Estadual em João Monlevade/MG, com apoio no art. 109, § 3º, da CF/88, c/c o art. 15, I, da Lei 5.010/66, antes mesmo que fosse citada a ré, ao fundamento de que a competência, no caso, seria absoluta (fls. 6).

No Juízo estadual, foi suscitado o conflito, ao argumento de que a competência em apreço é relativa, e não absoluta, exigindo a alegação do interessado, o que não ocorreu nestes autos.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Procuradora Regional da República Elizeta Maria de Paiva Ramos (fls. 13/15), opina pelo conhecimento do conflito, a fim de que seja declarado competente para julgar o feito o Juízo suscitado, da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Neuza Maria Alves da Silva: — Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo Estadual da 2ª Vara Cível da Comarca de João Monlevade/MG e Juiz Federal da 24ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, nos autos de execução fiscal proposta por conselho de fiscalização do exercício profissional contra devedor domiciliado no interior.

Não se discute, nos autos, a competência em razão da matéria, eis que o Juízo Suscitante, da Comarca de João Monlevade/MG, não a nega. Questiona-se, apenas, se pode haver declaração de incompetência, de ofício, nas hipóteses em que, ajuizado o feito na Capital, verifica-se que o domicílio do executado é no interior.

A jurisprudência do STJ e desta Corte é pacífica no sentido de que a regra que determina o ajuizamento de execução fiscal no domicílio do executado define competência territorial e, portanto, relativa, dependendo a modificação da competência, em tais casos, de exceção oposta pelo interessado, na forma do art. 112 do CPC.

Não pode, assim, o Juízo da Capital declarar-se incompetente, de ofício, antes mesmo de que seja determinada a citação do executado, quando a competência em questão é relativa. Aplicável ao caso o teor da Súmula 33/STJ, segundo a qual

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral, Leomar Barros Amorim de Sousa, Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Iran Velasco Nascimento (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

“A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes, cujas ementas transcrevo.

Conflito negativo de competência. Execução fiscal proposta perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso. Competência relativa. Arguição de incompetência de ofício pelo Juízo. Impossibilidade. Necessidade de exceção de incompetência.

I. A competência territorial, consagrada no princípio geral do foro do domicílio do réu, é relativa, determinando-se no momento em que a ação é proposta.

II. É vedado ao órgão julgador declarar, de ofício, a sua incompetência relativa, consoante o enunciado da Súmula 33 do STJ, só podendo ser reconhecida por meio de exceção oposta pelo réu/executado.

III. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, suscitado. (CC 39.295/PR, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção do STJ, unânime, DJ de 06/10/03, p. 199)

Processual Civil. Conflito de competência. Execução fiscal. Exequente: autarquia federal. Declinação de ofício.

Não pode o juiz declinar da competência quando esta for relativa, a teor do art. 112 do CPC. (CC 2003.01.00.027901-3/MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 4ª Seção do TRF-1ª Região, unânime, DJ de 09/03/04, p. 7)

Processual Civil. Execução fiscal. Conflito negativo de competência. Critério territorial. Incompetência relativa. Declaração ex officio. Impossibilidade. Conhecimento do conflito para declarar a competência do Juízo suscitado.

I. A competência para processar e julgar executivo fiscal, em regra, é determinada pelo domicílio do executado (competência territorial). Conforme consta na petição da Fazenda Nacional e na certidão de dívida ativa, a devedora tem endereço em Belém/PA.

II. É entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção deste Tribunal que, quando a competência para a causa é fixada em função de critério territorial (art. 100, IV, *a e b*, do CPC), não é possível a declinação *ex officio* pelo julgador, eis que se trata de incompetência relativa .

III. Ademais, nos termos da Súmula 33 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício” (cf. Súm. cit.).

4) Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará, ora suscitado. (CC 2003.01.00.009636-8/AP, Rel. Desembargador Federal Plauto Ribeiro, 2ª Seção do TRF-1ª Região, unânime, DJ de 31/07/03, p. 5)

Ante o exposto, o voto é pela procedência do conflito, para declarar competente para processar e julgar a execução fiscal em questão o Juízo Suscitado, ou seja, o Juízo Federal da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, ressalvada a hipótese de eventual arguição de incompetência a tempo e modo próprios.

É como voto.

**Voto Vogal
Vencido**

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Divirjo de Sua Excelência na posição adotada no julgamento anterior, entendendo se tratar de competência funcional. Portanto, ela pode, sim, ser declinada de ofício, porque assim a Constituição prevê.

Nesse sentido, Senhor Presidente, peço vênua devida e divirjo de Sua Excelência.

**Voto Vogal
Vencido**

O Exmo. Sr. Juiz Iran Velasco Nascimento: — Senhor Presidente, também peço vênua à Relatora, mas acompanho a divergência instaurada pela Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso.

Primeira Turma

Apelação Cível

2001.34.00.028506-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Sídio Rosa de Mesquita Júnior

Apelado: Pedro Natal de Oliveira

Advogado: Dr. Elton Calixto

Remetente: Juízo Federal da 17ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 20/01/05

Ementa

Administrativo. Quintos. Servidor do Executivo. Atualização de parcelas de quintos/

décimos incorporados em razão de exercício de função comissionada no âmbito do Poder Judiciário. Impossibilidade. Lei 8.911/90. Apelação e remessa oficial providas.

I. Servidor do Poder Executivo cedido a órgão do Poder Judiciário para o exercício de função comissionada não faz jus à atualização de parcelas de quintos/décimos com os valores pagos pelo órgão cessionário (Lei 8.911/94, art. 10, § 1º).

II. O art. 3º da Lei 8.911/94 cuidava da incorporação dos então denominados “quintos/décimos” em razão do exercício de função comissionada no mesmo órgão em que o servidor exercia o cargo efetivo, não se aplicando à hipótese dos autos.

III. A revogação dos arts. 3º e 10 da Lei 8.911/94, pela Lei 9.527/97, não interfere no julgamento da lide, vez que a importância transformada em vantagem pessoal é aquela incorporada na forma da legislação então em vigor.

IV. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 19/10/04.

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Pedro Natal de Oliveira, qualificado nos autos, ajuizou a presente ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando garantir o direito à substituição de parcelas de “quintos/décimos”, incorporadas à sua remuneração nos termos do art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90, por parcelas referentes à função comissionada exercida junto ao Poder Judiciário, TRF-1ª Região, cód. FC–2, a partir da data em que adquiriu o direito à aludida substituição.

O autor sustenta que é servidor público federal ocupante do cargo de motorista oficial, do Quadro de Pessoal do INSS; e que, desde 06/07/95, exerce, junto a este TRF-1ª Região, a função de auxiliar especializado (motorista), cód. FC–2. Alega que, por força do art. 62 da Lei 8.112/90, teve incorporada administrativamente a vantagem denominada “quintos”, a qual foi sendo substituída pelos quintos/décimos em razão de sua requisição para este Tribunal. Sustenta, outrossim, que o INSS concedeu a substituição da aludida vantagem de forma ab-

solitamente equivocada, pois considerou função similar no Poder Executivo em detrimento daquela efetivamente exercida no Judiciário, o que acabou por causar enorme prejuízo e inaceitável redução em seus vencimentos. Alega que faz jus ao recebimento dos quintos de acordo com o valor da função efetivamente desempenhada junto ao Poder Judiciário, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Após a instrução do processo, foi proferida a respeitável sentença de fls. 134/9, julgando procedente o pedido, para garantir ao autor o direito à remuneração pelos “quintos/décimos” incorporados em 11/07/96 e 11/07/97, de acordo com a gratificação realmente desempenhada junto ao Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 10 da Lei 8.911/94; acrescidas as diferenças de correção monetária e juros de mora, a partir da citação, respeitada a prescrição quinquenal. Condenou o réu, ainda, ao reembolso das custas processuais e ao pagamento da verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

O INSS interpôs recurso de apelação (fls. 143/62), sustentando ser incabível a declaração de inconstitucionalidade, bem como que a sentença recorrida infringiu o enunciado da Súmula 339/STF, majorando a remuneração do autor, com fundamento no princípio da isonomia.

Em contra-razões, o autor pugna pela manutenção da sentença (fls. 164/75).
É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação, interposto pelo INSS, de sentença que julgou procedente o pedido, para garantir ao autor o direito à remuneração pelos “quintos/décimos” incorporados em 11/07/96 e 11/07/97, de acordo com a gratificação realmente desempenhada junto ao Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 10 da Lei 8.911/94; acrescidas as diferenças de correção monetária e juros de mora, a partir da citação, respeitada a prescrição quinquenal. Condenou o réu, ainda, ao reembolso das custas processuais e ao pagamento da verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A prova dos autos revela que o autor é ocupante do cargo efetivo de motorista oficial do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS,

*N.E.: Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

admitido aos 30/04/80. Além disso, verifico que o autor, desde 06/07/95, vem exercendo, neste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a função comissionada FC-2, de auxiliar especializado (motorista).

O autor, que já havia incorporado à sua remuneração a vantagem prevista no art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90, na proporção de 5/5 (cinco quintos) da função de auxiliar de gabinete/Minter, a contar de 12/07/94, pretende substituir as parcelas adquiridas em razão do exercício de função junto a este Tribunal, mas com os valores aqui especificados, sob o fundamento de que faz jus ao recebimento do valor da gratificação efetivamente exercida, citando precedentes do Supremo Tribunal Federal em abono da sua tese.

Tenho que não assiste razão ao autor.

Com efeito, a Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, dispôs sobre os cargos em comissão e definiu os critérios de incorporação da vantagem de que trata a Lei 8.112/90 no âmbito do Poder Executivo e deu outras providências.

Em seu art. 3º a referida lei cuidou da incorporação dos denominados “quintos” em razão do exercício de função comissionada *no mesmo órgão em que o servidor exercia o cargo efetivo*. A redação do citado dispositivo é a seguinte:

Art. 3º. Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

1º Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos grupos: direção e assessoramento superiores (DAS) e cargo de direção (CD).

2º Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do grupo (FG) e (GR), a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

3º Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

4º Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

O art. 3º acima transcrito refere-se ao direito do servidor à incorporação da

vantagem quando se tratar *de exercício de função no mesmo órgão em que exerce o cargo efetivo*.

Ocorre, porém, que tal dispositivo não se aplica à hipótese dos autos, vez que a Lei 8.911/94 também disciplinou, em seu art. 10, § 1º, a hipótese de incorporação da vantagem de “quintos” em razão do exercício de função comissionada, quando o servidor for cedido, por afastamento, para exercício em órgãos ou entidades do mesmo Poder ou de outro Poder.

Dispôs a referida lei:

Art. 10 É devida aos servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União, a incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento.

§ 1º A incorporação das parcelas remuneratórias, autorizada neste artigo, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente do funcionário.

A controvérsia destes autos gira em torno da função comissionada exercida em Poder da União diverso do de origem do autor, pois, embora servidor do Poder Executivo, está exercendo função comissionada no Poder Judiciário.

Logo, a incorporação/substituição dos denominados “quintos” deve ser efetuada na forma do art. 10, § 1º, da Lei 8.911/94, e não na forma do seu art. 3º.

Considerando que, no âmbito do Poder Executivo, o valor da função comissionada equivalente é bastante inferior àquela exercida pelo autor no âmbito do Poder Judiciário, não pode este incorporar aos seus vencimentos o valor referente à gratificação paga no âmbito do Poder Judiciário.

A revogação, pela Lei 9.527, de 10/12/97, dos arts. 3º e 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, e a determinação no sentido de transformar em vantagem pessoal nominalmente identificada a importância paga em razão da incorporação de que trata o art. 15 da Lei 9.527/97, não beneficia o autor, vez que a importância transformada em vantagem pessoal é aquela incorporada na forma da legislação então em vigor, ou seja, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei 8.911/94.

Observo, finalmente, que o autor invoca acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal (MS 22.735-4/DF e MS 22.736-2/DF) em abono de sua tese.

Ocorre, porém, que tais decisões do Supremo Tribunal Federal não se aplicam à espécie, haja vista que não houve a aplicação do disposto no art. 10, § 1º, da Lei 8.911/94, que regula a matéria.

Ademais, verifico que a Suprema Corte, no julgamento dos Embargos de De-

claração opostos no MS 22.736-2/DF, reconsiderou o seu posicionamento, acolhendo os embargos com efeito modificativo, concedendo a segurança. O acórdão restou assim ementado:

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Quintos: incorporação. Servidor efetivo da Câmara dos Deputados. Lei 8.112/90, art. 62. Lei 8.911/94, art. 10, § 2º, II.

I. Servidor efetivo da Câmara dos Deputados, oriundo de órgão do Poder Executivo, onde exerceu funções comissionadas: pretensão de incorporação dos “quintos” ou “décimos”, com base na remuneração de funções equivalentes do Quadro de Pessoal da Câmara: procedência do pedido: Lei 8.911/94, art. 10, § 2º, II.

II. Embargos acolhidos. (STF, EDMS 22.736-2/DF, Pleno, Rel. Ministro Carlos Velloso, unânime, DJ 23/08/02).

Ressalto que, nesse julgamento, o impetrante, servidor público efetivo do quadro da Câmara dos Deputados, oriundo de órgão do Poder Executivo, pretendia a incorporação dos quintos/décimos com base nas funções comissionadas da Câmara dos Deputados. Num primeiro momento, o STF entendeu que os valores das funções incorporadas deveriam ser calculados com base nos valores daquelas efetivamente exercidas. E, no julgamento dos embargos declaratórios, revendo seu posicionamento, aplicou o disposto no art. 10, § 2º, II, da Lei 8.911/94.

Nesses termos, entendo que o autor não tem direito à substituição/atualização da parcela de “quintos” na forma postulada.

Isso posto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para, reformando a respeitável sentença, julgar improcedente o pedido. Custas pelo autor, que pagará a verba honorária que fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

É o meu voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Acompanho o Relator, esclarecendo, contudo, que, não obstante a similaridade da hipótese ora debatida, com aquela objeto da AMS 2001.34.00.007087-5/DF, e na qual fiquei vencido, certo é que houve lá mudança do cargo efetivo, mediante provimento efetivo, para Poder distinto do originário da incorporação efetivada, circunstância que levei em conta para divergir, considerando o disposto no art. 10, § 2º, II, da Lei 8.911/94.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2001.43.00.000807-7/TO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian

Apelantes: Carlos Augusto de Oliveira e Silva e outros

Advogados: Dr. Mary Ab-Jaudi Ferreira Lopes e outros

Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra

Procurador: Dr. Carlos Antônio Bosenbecker Júnior

Publicação: DJ 2 de 20/01/05

Ementa

Embargos à execução. Servidores do Incra removidos para outra cidade. Ajuda de custo. Diárias. Princípio da fidelidade ao título judicial exequendo. Cálculo dos honorários advocatícios. Erro material.

I. Prevalece, contra a ementa, o texto do acórdão, que, harmônico com o dispositivo do voto condutor, nega provimento à apelação.

II. Transitado em julgado o acórdão, a sua execução deve ser fiel à sentença, já que, por unanimidade, o mantivera.

III. Ainda que, por acaso, prevalecesse a substituição da expressão “diárias da sentença por ajuda de custo” não alterada a parte dispositiva da decisão monocrática, fica mantida a condenação ao pagamento de remuneração de dias fixado quantitativamente na sentença.

IV. Alegação de pagamento anterior de ajuda de custo já examinada e rejeitada pela sentença exequenda não pode ser renovada em face de embargos à execução.

V. Fixando a sentença exequenda os honorários advocatícios a partir do valor da causa, a incidência do seu percentual, na memória de cálculos sobre o valor da liquidação consubstancia erro material, corrigível a qualquer tempo e de ofício.

VI. Apelação dos exequentes parcialmente provida, retificação exclusiva do erro material, item V.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação.

2ª Turma do TRF-1ª Região – 26/11/04.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Trata-se de apelação interposta por Carlos Augusto de Oliveira e Silva e outros de sentença que acolheu os embargos à execução e declarou extinta a execução, nos termos dos arts. 269, I, c/c art. 795, ambos do CPC.

2. O MM. juiz *a quo* fundamentou o seu *decisum*, resumidamente nestes termos:

Entendeu aquela Corte tratar-se, o pedido formulado na inicial, *de ajuda de custo e não de diárias*.

Portanto, deve a presente execução ater-se tão-somente à determinação do juízo *ad quem*, *qual seja, ao pagamento de ajuda de custo, eis que na execução não é permitido discutir o que já foi decidido na fase de conhecimento*.

Consoante se verifica dos documentos acostados aos autos (fls.7/33), realmente o embargante efetuou o pagamento da ajuda de custo, não cabendo mais nenhuma discussão a esse respeito. Tanto é assim que à vista dos documentos de fls. 7/33, trazidos com a inicial, *em nenhum momento os embargados contestaram os pagamentos ali afirmados, nem discordaram dos valores apresentados pelo embargante, a título de ajuda de custo*.

3. Os apelantes, em suas razões de apelação, afirmam que o benefício da ajuda de custo foi recebido no ano de 1991. Alegam que, se considerassem como válido tal pagamento, certamente não teriam ingressado com a ação de cobrança no ano de 1998, a fim de serem ressarcidos com o pagamento de diárias. Insistem, outrossim, que o teor dos presentes embargos à execução é mera repetição dos argumentos da contestação no feito ordinário, rechaçados pela sentença e pelo venerando acórdão exequendo.

4. Argumentam, ainda, que este egrégio Tribunal reconheceu o direito dos apelantes em receberem os valores correspondentes a diárias, com o título de ajuda de custo.

5. Por fim, sustentam que o *decisum* não deixa qualquer margem de dúvidas para aferir que os apelantes não receberam a ajuda de custo a que tinha direito, a qual deverá ser paga em valor correspondente a 3.656 (três mil, seiscentas e cinquenta e seis) diárias.

6. Com as contra-razões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — O acórdão exequendo está ementado nestes termos:

Administrativo. Civil. Servidores do Incra removidos para outra cidade. Deslocamento diário por seus próprios meios. Não-recebimento de ajuda de custo. Improvimento.

I. Os autores tiveram que se deslocar diariamente 140 quilômetros, em estrada de barro, com os seus próprios meios e durante quase um ano, para trabalhar na capital do Estado, ainda em construção, sem qualquer ajuda de custo ou incentivo.

II. A autarquia não comprovou ter pago aos autores qualquer quantia a título de ajuda de custo.

III. Apelação improvida.

IV. Sentença confirmada.

2. Os fundamentos do voto, que transcreve os da sentença, são claros ao afirmar que:

(....)

O documento apócrifo de fls. 54 afirma que foi paga ajuda de custo aos servidores removidos através da Port/DH 1.885/91, informando que o valor foi de 15.820.372,92 (fls. 54/55).

Há, efetivamente, uma solicitação de empenho a fls. 56, vendo, no seu verso, que foi autorizada a emissão do mesmo. Mas para pagar quem? – quem, afinal, recebeu esta ajuda de custo? Onde está prova individualizando cada qual?

Mesmo com relação aos 2 (dois) servidores quando alega o Incra que passaram a morar nesta capital, não se tem notícias nos autos de que tenham recebido essa ajuda de custo e nem a prova dessa mudança. A leitura do verso da folha 56 também não elucida claramente o assunto, pois, além de estar datado de 09/10/91, refere-se a “Despesas com ajuda de custo, remoção de diversos servidores para Palmas/TO”

Pergunto: mas de onde para onde?

A testemunha de nome José Pereira de Macêdo Filho, ouvida a fls. 70, como ex-servidor do Incra, ratifica o afirmado na inicial, isto é:

..... o declarante já residia, como ainda reside em Porto Nacional, onde

*N.E. Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e a Exma. Sra. Juíza Ivani Silva da Luz (convocada).

todos os autores residiam eram todos funcionários da unidade fundiária do Inca, em Porto Nacional. Em 1990, meados de setembro, este pessoal veio trabalhar em Palmas. Pode afirmar isso porque anteriormente tinha sido também funcionário do Inca: esse pessoal veio sem transferência, pois o órgão não providenciou isso. Eles vinham em sua maioria de ônibus e pegando carona, trazendo também sua própria refeição, isso durou mais ou menos um ano, o que demandava muito sacrifício, pois o retorno era somente na parte da noite, nenhum deles tinha residência em Palmas; todos residiam em Porto Nacional. Dada a palavra ao advogado dos autores nada perguntou. Dada a palavra ao advogado do réu, respondeu: atualmente, apenas uma parte destes funcionários ainda tem residência em Porto Nacional (Gervásio Borges, Sérgio Paolini, Maria de Jesus, Pedro Lopes). Conhece (por saber de quem se trata) os autores Carlos Augusto de Oliveira e Silva e Carlos Roberto Dias da Silva, tendo ciência de que ambos residiam em Porto Nacional durante a época em que trabalhavam em Palmas”. (...).

Como dito alhures, quem paga mal, paga 2 (duas) vezes. Se a administração da época não se acautelou devidamente, pelo menos essa prova não consta dos autos, isto é, cada autor dando quitação que recebera ajuda de custo, é forçoso reconhecer que não pagou o que alega.

Constatada alguma omissão ou responsabilidade do administrador e ordenador da despesa da época, fica a ressalva do art. 159 do Código Civil brasileiro.

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

No Capítulo VII da Carta Constitucional de 1988, quando trata da Administração Pública, o art. 37, § 6º, dispõe:

Art. 37. A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte: (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

(...)

3. A seguir, o eminente Relator afirma:

(...)

2 – Adequo o pedido, entretanto, para ajuda de custo, compatível com o ato administrativo.

(...)

4. O Exmo. Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima por meio de seu

voto vogal assim se pronunciou:

Voto no sentido de, aproveitando o pedido dos autores – o que faltou aí foi uma denominação correta da vantagem a que teriam direito –, conceder aos autores ajuda de custo em lugar de diárias.

5. Apesar dessa adequação afirmada no voto condutor e referir-se na ementa a “ajuda de custo”, o venerando acórdão exequendo, na esteira do dispositivo do voto condutor, fls. 141 do apenso que nega provimento ao apelo, assim dispõe:

A Turma, por unanimidade, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator, negou provimento ao recurso.

6. Assim, deve ser examinada a sentença, confirmada pelo acórdão, que, por sua vez, dispõe, (fls. 97 do apenso):

(...) Por todo o exposto, acolhendo os termos da inicial (fls. 5), julgo procedente a presente ação ordinária de cobrança e condeno Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra a pagar aos autores.... um total de 3.656 (três mil, seiscentos e cinquenta seis) diárias, que deverão ser pagas atualizadas, ao preço em vigor quando da liquidação, cabendo, a cada autor, conforme a relação, discriminando cada servidor, (fls. 5), as diárias ali individualizadas e totalizadas.

Condeno ainda o requerido ao pagamento de 6% (seis por cento) ao ano, a título de juros de mora, a partir da citação. E, finalmente, ao reembolso das custas judiciais adiantadas (*sic*) e ao pagamento da verba honorária, que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

(....)

7. A fls. 5 do apenso, petição inicial da ação ordinária, estão assim discriminadas as quantidades de “diárias” para cada autor:

(....)

1. Carlos A. de O. de Silva – 305 dias
2. Carlos Roberto D. da Silva – 324 dias
3. Dijalma Aquino Noleto – 315 dias
4. Gervásio de C. Borges – 247 dias
5. João Félix Pereira – 312 dias
6. João Lopes dos Santos – 285 dias
7. Maria de Jesus Matos – 208 dias
8. Maria F. dos Santos P. – 255 dias
9. Manoel Portela – 308 dias
10. Pedro Lopes Lessas – 315 dias
11. Raimundo P. de Nazaré – 265 dias

12. Roseberto A. de Almeida – 262 dias

13. Sérgio Roberto Paolini – 255 dias

(...)

8. Ora, os documentos considerados comprovantes de pagamento, fls. 7 a 33 destes autos de embargos referem-se à ajuda de custo (art. 53 da Lei 8.112/90), obviamente no limite do art. 54 da mesma lei, valor fixo igual ou múltiplo até 3 (três) vezes da remuneração do servidor, quando a sentença exequenda condena em parcelas variáveis, correspondentes a dias de deslocamento.

9. Por outro lado, tais documentos e o argumento central dos embargos são na verdade detalhamento do documento de fls. 54 dos autos principais, ajuda de custo em face da remoção determinada na Portaria 1.885/91, já examinado e excluído pela sentença, vale dizer, nos embargos discute-se o tema já examinado e rejeitado quando da sentença, confirmada pelo venerando acórdão que negara provimento à apelação do ora executado, então réu. Ademais, na apelação do In-cra veio tal pagamento discriminado, fls. 105/106 dos autos em apenso, e também não foi acolhida a mesma alegação pelo Tribunal, já que foi negado provimento à apelação e mantida a sentença.

10. A aparente confusão ocorre em virtude da expressão ajuda de custo utilizada no voto e na ementa; todavia, à míngua de interposição de embargos de declaração, prevalece o conteúdo do venerando acórdão contra o texto da ementa. Ademais, a ressalva no voto e na ementa não traz nenhuma fundamentação ou justificativa.

11. Vê-se, outrossim, que a sentença condena a pagamento de “diárias” em virtude de deslocamento constante e diário dos autores entre Porto Nacional/TO e Palmas/TO, no período de 1990/1991, enquanto que os pagamentos ora exibidos, repito, já examinados pela mesma sentença, dizem respeito à ajuda de custo paga em 1991, em virtude da transferência compulsória, estática, dos autores da cidade de Porto Nacional/TO à cidade de Palmas/TO, em virtude da transferência da sede onde exerciam suas atividades.

12. A execução e sua memória de cálculos atendem integralmente à sentença, fls. 168/171 dos autos em apenso, a saber, quantidades individuais de diárias para cada autor, calculadas a partir da tabela de diárias vigente em janeiro de 2001, fls. 172/176 do apenso, ano da liquidação, acrescidos de juros de 6% (seis por cento) ao ano entre 1996, citação – fls. 44 – a 2001, ano da execução. O único reparo seria quanto aos honorários advocatícios, fixados na sentença em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, fixado em agosto de 1995, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) – inicial, fls. 6/7 do apenso, na memória de cálculos foi arbitrado, desatendendo à sentença, em 20% (vinte por cento) sobre

o valor da liquidação, R\$ 92.565,52 (noventa e dois mil e quinhentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e dois centavos), 20% de R\$ 462.827,63 (quatrocentos e sessenta e dois mil e oitocentos e vinte e sete reais e sessenta e três centavos) , o que, no meu entender, equipara-se a erro material merecendo retificação, mesmo sem pedido expresso do executado nos embargos à execução.

13. Finalmente, não há que se falar em excesso de execução em virtude da diferença entre a ajuda de custo paga, desconsiderada na sentença exequianda e o valor da memória de cálculos, pois, conforme demonstrado, a sentença transitada em julgado fixa tanto a quantidade de dias, devido a cada autor, como seu valor diário, “ao preço em vigor quando da liquidação”.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação e fixo o valor do principal de liquidação para janeiro de 2001 em R\$ 356.021,28 (trezentos e cinquenta e seis mil e vinte e um reais e vinte e oito centavos), obviamente atualizado a partir e então pelos índices oficiais de inflação (Lei 6.899/81 e Manual de Cálculos do colendo Conselho da Justiça Federal, acrescido de juros de mora de 6% a/a (seis por cento) desde março de 1996 até a da efetiva liquidação, e verba honorária de R\$10.000,00 (dez mil reais) – 20% de 50.000,00 (cinquenta mil reais) – sujeita, também, à atualização pelos índices oficiais de inflação, desde dezembro de 1995, mês do ajuizamento, até o do efetivo pagamento.

Custas dos embargos à execução pelo Incra que delas está isento.

Condeno o embargante, nestes embargos à execução, a pagar honorários advocatícios aos exequentes embargados à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa dos embargos, já que não o impugnaram, apesar de se referir a parcela mínima da execução então instaurada.

Por entender que a instrução dos Embargos à Execução deve ser completa, não sendo a apensação do feito principal a forma melhor de sua tramitação, determino que a Subsecretaria da Turma traslade aos autos dos embargos cópia das seguintes peças da ação ordinária em apenso: folhas iniciais e de 1 a 24, 44, 44 verso, 46 a 58, 58 verso, 80 a 98, 100 a 107, 124 a 145, 156, 156 verso, 165 a 176.

É como voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal
2001.35.00.002405-4/GO

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

Apelante: Luiz Antônio Ludovico de Almeida Filho
Apelante: Luiz Antônio Ludovico de Almeida
Advogado: Dr. Amélio Divino Mariano
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Divino Donizette da Silva
Publicação: DJ 2 de 14/01/05

Ementa

Penal e Processual Penal. Omissão do recolhimento de contribuição previdenciária. Tipologia criminal. Dificuldades financeiras. Prova da materialidade. Pena-base. Dossimetria. Redução.

I. O tipo penal inscrito no art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91, no momento transposto para o art. 168 – A do Código Penal (Lei 9.983, de 14/07/00), constituindo crime omissivo próprio (ou omissivo puro), consuma-se apenas com a transgressão da norma incriminadora, independentemente de resultado naturalístico e do dolo específico do fim especial de agir: a vontade livre e consciente de ter a coisa para si.

II. A prova da materialidade do crime pode ser feita com a juntada de peças do processo administrativo (relatório fiscal) em que o INSS constata a falta de repasse e procede ao lançamento do tributo, incumbindo à defesa, em cada caso (art. 156 – CPP), no nível de uma possível causa extintiva de culpabilidade, fazer a prova de eventuais dificuldades financeiras, de insuficiência de meios ou de impossibilidade econômica, o que não ocorreu na hipótese.

III. Ao fixar a pena, o juiz deve se ater às circunstâncias judiciais (art. 59 – Código Penal), na medida em que sejam suficientes para a reprovação e prevenção do delito. Inexistindo circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

IV. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 14/12/04.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Trata-se de apelação interposta por Luiz Antônio Ludovico de Almeida e Luiz Antônio Ludovico de Almeida Filho contra sentença que lhes impôs a condenação de *três anos um mês e quinze dias de reclusão* e trinta e sete dias-multa, com substituição por pena restritiva de direito, pelo fato de “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público”, nos termos do art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212, de 24/07/91,¹ na qualidade de proprietários da empresa L. A. Assistência Médica Ltda., sediada em Aparecida de Goiânia/ GO, em relação aos períodos de maio/setembro/96, novembro/dezembro/96 (inclusive 13º) e janeiro/junho/97 (NFLD 32.611.418-1), no valor de R\$ 55.913,32.

Sustentam os apelantes que não houve dolo na omissão e que as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa impediram a realização dos recolhimentos, daí decorrendo causa supralegal de exclusão da punibilidade por inexigibilidade de conduta diversa. (Cf. apelação de fls. 173 – 179).

Processado o recurso, ascendem os autos a este Tribunal, manifestando-se a Procuradoria Regional da República, em parecer firmado pelo Procurador Regional Dr. Osnir Belice (fls. 182-185), pelo improvimento.

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

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Como se depreende do relatório e voto proferidos pelo eminente Juiz Olindo Menezes, trata-se de apelação interposta pelos réus Luiz Antônio Ludovico de Almeida e Luiz Antônio Ludovico de Almeida Filho contra sentença que os condenou a 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, alegando ausência do dolo, vez que não recolheram as contribuições previdenciárias em razão da empresa estar passando por dificuldades financeiras à época dos fatos.

Os acusados foram denunciados por terem descontado contribuições previdenciárias dos empregados da empresa L. A. Assistência Médica Ltda., no período de maio/setembro/96, novembro/dezembro/96 (inclusive 13º) e janeiro/junho/97, da qual eram responsáveis, deixando de repassá-las à Previdência Social, crime previsto no art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91, que teve nova redação dada pelo art. 168-A do CP.

Trata-se de crime omissivo próprio, não se exigindo para sua ocorrência a

prova do *animus rem sibi habendi*, necessária quando se trata de delito equiparado à apropriação indébita.

Acrescente-se que dois aspectos do tipo penal em tela distinguem-se do modelo clássico da apropriação indébita. O primeiro é o uso de verbo estritamente omissivo (“deixar”), em oposição ao inquestionavelmente comissivo (“apropriar-se”).

O segundo é a expressão “no prazo e na forma legal”, que não se coadunaria com a tipologia tradicional da apropriação indébita, uma vez que nesta o *animus* caracteriza-se no ato de apropriar independentemente de qualquer outra circunstância, enquanto no tipo em foco a omissão torna-se penalmente relevante se e apenas quando no prazo legal não haja o recolhimento, independentemente do ânimo do empregador à época do recolhimento junto a seus empregados.

Assim, a denominada “apropriação indébita previdenciária” prevista no art. 168-A do Código Penal exige como dolo específico a vontade livre e consciente de apropriar-se de bem e não restituí-lo – elemento não previsto no tipo do art. 95 da Lei 8.212/91.

Não houve, assim, a figura da *abolitio criminis*, uma vez que o legislador apenas aperfeiçoou o tipo penal, não havendo nenhuma alteração no sentido da norma.

É consabido que a tipicidade nada mais é do que um juízo de adequação onde se busca encaixar a conduta do agente a um tipo penal previsto no código. Para tanto, analisam-se os dados fáticos do caso concreto frente aos elementos descritivos do delito.

O dolo dos acusados evidencia-se assim na vontade livre e consciente de deixar de repassar para a Previdência Social a importância arrecadada de seus empregados.

A autoria é indene de dúvidas, uma vez que os réus, sócios-administradores, reconheceram que deixaram de fazer o repasse dos valores descontados, mas procuraram justificar sua conduta alegando a difícil situação financeira enfrentada pela empresa (fls. 65/68).

In casu, a materialidade do delito revela-se comprovada pelas notificações fiscais de lançamentos que atestam a falta de recolhimento das contribuições previdenciárias nos períodos mencionados (fls. 6).

Não socorre aos acusados tentativa de justificar seus atos sustentando dificuldades financeiras de sua empresa, uma vez que uma situação de flagelo econômico não restou comprovada a demonstrar que não lhe era possível agir de outro modo. Ressalto que a jurisprudência tem, excepcionalmente, afastado o crime em

questão quando realizado em decorrência do estado de necessidade, sendo, para isso, necessária a prova incontestada do aperto econômico enfrentado pela empresa, o que, repita-se, não se deu *in casu*.

Não vislumbro, pois, a presença de qualquer causa de exclusão da culpabilidade, seja legal, seja supralegal. Ao contrário, a conduta dos réus adequa-se perfeitamente no tipo descrito no referido artigo: eles arrecadaram as contribuições dos empregados de sua empresa (comportamento comissivo) e deixaram de repassá-las à Seguridade Social (conduta omissiva). Além disso, a matéria encontra-se pacificada em nossa jurisprudência.

No tocante à dosimetria da pena, anoto que a pena-base foi fixada em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa, porém, não se justifica sua graduação além do mínimo legal.

Assim, acompanho o eminente Relator que deu parcial provimento à apelação, para reduzir a pena privativa de liberdade e a de multa, mantendo, no mais, a sentença.

É como voto.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Aspectos de mérito – Abordase, neste ponto, algumas teses usualmente adotadas pela defesa, mesmo sem pertinência direta no caso, como uma forma prática de julgar os numerosos recursos que aportam ao Tribunal sobre o mesmo tema, sem prejuízo, contudo, do exame personalizado do caso.

Elemento subjetivo – Diz a lei que constitui crime “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público” (art. 95, alínea *d* – Lei 8.212, de 24/07/91).

Esse tipo penal tem sido entendido como crime omissivo próprio (ou omissivo puro), isto é, aquele em que não se exige necessariamente nenhum resultado naturalístico, esgotando-se o tipo subjetivo apenas na transgressão da norma incriminadora, no dolo genérico, sem necessidade de comprovação do fim especial de agir, ou dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*).

O simples fato de “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social...” já constitui o crime, como uma

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

mera conduta do agente, desde que proceda com a vontade livre e consciente nesse agir (dolo genérico).

Alguns precedentes, é verdade, exigem, além da vontade de fraudar, o ânimo de apropriar-se dos valores, como um fim especial de agir do agente, mas, com a devida vênia, não expressam a melhor exegese da norma, tampouco a jurisprudência majoritária sobre a matéria.

O delito, omissivo puro ou de mera conduta, representa uma violação do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade, de contribuir para a seguridade social (art. 195 – CF), e, como já definiu o STF,² tutela a subsistência financeira da Previdência Social, não cabendo falar em responsabilidade penal objetiva.

Autoria e materialidade – A prova da autoria da infração pode ser feita pelo exame do contrato social da empresa, no que se relaciona com os poderes de gestão do agente, associada à sua atuação à frente da entidade, salvo se demonstrado o seu afastamento, temporário ou definitivo, com a alteração do contrato social.

A materialidade, como tem pontuado a jurisprudência, resulta positivada pela apuração a cargo da fiscalização previdenciária, ou seja, pela autuação e notificação pela fiscalização, não sendo imprescindível a prova pericial contábil,³ nem mesmo para a demonstração de uma eventual dificuldade financeira da empresa, no nível da excludente da inexigibilidade de outra conduta, considerando-se que tal prova pode ser feita por documentos que comprovem tal situação,⁴ e mesmo com o contributo da prova oral.

Dificuldades financeiras, por outro lado, não podem, em princípio, ser alegadas com proveito como excludente de ilicitude, no nível do estado de necessidade, pois a figura, tal como traçada pelo Código Penal (art. 24), impede de um conflito entre sujeitos de direitos legítimos, em que um perece para que o outro sobreviva, o que não se dá na hipótese, tanto mais que a situação – falta do recolhimento das contribuições descontadas dos empregados – é em regra provocada pela má gestão da pessoa jurídica.

O mesmo se diga de uma eventual inexigibilidade de outra conduta, como uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade – admitida por alguns doutrinadores –, pois a figura igualmente exige do agente um temor insuperável na colisão de bens do mesmo valor, por analogia *in bonam partem* com o estado de necessidade, o que também não ocorre no caso, considerando-se que as dificuldades financeiras da pessoa jurídica, em face da crise econômica por que tem passado o País, já fazem parte do cotidiano da vida empresarial.

Crises ou dificuldades financeiras genéricas e conjunturais, retração de mercado, queda de produção ou iliquidez episódica, portanto, não têm similitude com

estado de necessidade ou com a inexigibilidade de outra conduta, o que somente se poderia admitir nos casos de impossibilidade econômico-financeira aguda, extrema e terminal, a ser vista em cada caso.

Seja como for, à defesa é que incumbe, diante da demonstração da falta de repasse das contribuições, fazer a prova (art. 156 – CPP), em cada caso, das eventuais dificuldades financeiras, de insuficiência de meios ou da referida impossibilidade econômico-financeira aguda, extrema e terminal.

Crime continuado – A conduta delitativa em exame apresenta a configuração do crime continuado, tendo em vista que a falta de repasse das contribuições, na generalidade dos casos, se alonga por meses e anos, e em idêntico modus operandi, num prejuízo vultoso e crescente aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

O agente, por conseguinte, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, segundo o preceito do art. 71 do Código Penal.

A aplicação da causa especial de aumento de pena pelo julgador, na dosimetria da pena, segundo a escala de exasperação legal – de um sexto a dois terços –, deve naturalmente considerar a dimensão da continuidade (período de inadimplência no repasse), porém sem perder de vista a idéia que escultura a pena-base (circunstâncias judiciais).

Não deve o aspecto, por conseguinte, ser considerado como absoluto, levando sempre, como advogam alguns, à exasperação máxima de dois terços, se alongada a continuidade, tanto mais que, cuidando-se de delito de certa forma ligado, em muitos casos, às notórias dificuldades econômicas por que passam as empresas no País, é prudente que não se dê destaque apenas a uma eventual tendência delinqüencial dos agentes, em face da repetição do fato por meses ou anos.

Nos casos em que a pena-base fique no mínimo legal, ou em patamar dele aproximado, é recomendável que a exasperação pela continuidade fique igualmente no mínimo de 1/6, somente se elevando quando o conjunto das circunstâncias judiciais justificar uma pena-base mais elevada, devendo o incremento máximo de dois terços ficar reservado para casos informados pela excepcionalidade.

Inconstitucionalidade do preceito – Não medra, também, a já costumeira argüição de inconstitucionalidade do art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91, que regia o tipo em exame, em contraste com o preceito constitucional de que “não haverá prisão civil por dívida” (art. 5º, LXVII), pois não se trata de prisão civil por dívida, no plano civil, que somente existe em caráter residual e excepcional, e sim em razão do cometimento de um crime que tem como elemento do tipo deixar de recolher o tributo, cuidando-se, portanto, de prisão penal.

Não se registra, outrossim, e por idênticas razões, descumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/69, e aprovada no Brasil pelo Decreto 678, de 09/12/92, no ponto em que afirma que “ninguém deve ser detido por dívida” (art. 7º).

Abolição do crime – Não está presente uma eventual *abolitio criminis* em razão da edição da Lei 9.983, de 14/07/02, que incorporou a figura criminal ao Código Penal. Dispunha a alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212, de 24/07/91, constituir crime “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público”.

Já o art. 168-A do Código Penal, na dicção da mencionada lei, estabelece, no seu inciso I, incidir nas mesmas penas do *caput* quem deixar de “recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público.”

A análise comparativa dos dois textos deixa claro que o legislador nunca pretendeu discriminar a conduta consistente em “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público”. O fato era e continua a ser crime, não estando presente a figura da *abolitio criminis* (art. 2º – Código Penal).

Houve apenas modificações redacionais que não alteraram a tipicidade da figura delituosa. Com efeito, onde constava “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social”, passou a constar deixar de “recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social”; e, onde constava, “e arrecadada dos segurados ou do público”, passou a constar “que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público.”

Não houve nenhuma alteração substancial nos requisitos específicos do delito, tendo a nova lei apenas inserido aperfeiçoamentos no tipo penal, para detalhar e aumentar o universo de condutas típicas atribuídas ao contribuinte, com a finalidade de coibir com mais abrangência a sonegação fiscal previdenciária, como consta expressamente da Exposição de Motivos Interministerial 52 dos Ministros de Estado da Justiça e da Previdência e Assistência Social, que encaminhou ao Legislativo o projeto de lei que se converteu na Lei 9.983/00.

A pena máxima em abstrato, privativa de liberdade, foi reduzida de seis (cf. art. 5º da Lei 7.492, de 16/06/86) para cinco anos, a caracterizar lei mais benéfica (*lex mitior*), que deve retroagir no ponto, nos termos do parágrafo único do refe-

rido art. 2º do Estatuto Penal Incriminador, mas isso não tem relevância no perfil do tipo, aqui ou acolá.

Dir-se-á que a consumação da “apropriação indébita previdenciária”, à luz da matriz conceitual da apropriação indébita comum, traçada no art. 168 do Código Penal, exige a vontade livre e consciente de ter a coisa para si, como dolo específico, elemento que não existia pelo traçado típico do art. 95 da Lei 8.212/91.

Mas, como se vê da literalidade da nova redação, o delito consistente em deixar de “recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público”, continuou a ser um crime omissivo puro, e não comissivo, esgotando-se o tipo subjetivo apenas no dolo genérico, sem necessidade de comprovação do fim especial de agir, ou dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*).

Em que pese a adoção da denominação legal “apropriação indébita previdenciária” (*nomen iuris*), seguramente por um erro técnico, não consta entre as elementares do tipo, visto pelo viés da teoria finalista da ação, o núcleo do verbo “apropriar-se”, como ocorre com a apropriação indébita clássica, senão o fato de “deixar de recolher, no prazo legal...”, tudo a fazer ver que, apesar da denominação imprópria, o crime continua a ser omissivo próprio.

Nesse sentido são os precedentes deste Tribunal, como pode ser visto no RcCr 2000.38.00.027687-7/MG, Rel. Juiz I'talo Mendes, enfatizando não exigir o legislador, na “apropriação indébita previdenciária”, para a realização da conduta típica, a vontade livre e consciente de apropriar-se do bem e não restituir (*DJ* de 20/09/01, p. 132), e em outros precedentes.⁵

Concessão de parcelamento – Segundo o art. 34 da Lei 9.249, de 26/12/95, “extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou da contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

No momento, sequer se exige que o pagamento tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia, pois a Lei 10.684, de 30/05/03, que, entre outras providências, dispôs sobre parcelamento de débitos junto à Receita Federal, à Procuradoria da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, estabelece, pura e simplesmente (lei que, mais benéfica ao acusado, deve retroagir), que extingue-se a punibilidade dos crimes que menciona (previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27/12/90, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal) “quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios” (art. 9º, § 2º).

A obtenção de parcelamento pela empresa, em suas diversas modalidades, mesmo provada nos autos, não equivale a pagamento, com poder liberatório, para o fim de extinguir a punibilidade do crime pelo qual responde o seu dirigente.

Como decidiu o STF,⁶ e como tem entendido este Tribunal, em diversos precedentes, a obtenção de parcelamento não equivale a pagamento, somente incidindo o nominado art. 34 quando houver pagamento integral. Eventuais precedentes, fazendo uma equiparação entre as duas situações jurídicas – pagamento e parcelamento –, estão superados.

Adesão ao Refis – Estabelece o art. 15 da Lei 9.964, de 10/04/00, que institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, que “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.”

Firmada a hipótese – “desde que a inclusão no referido programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal” –, fica suspenso o andamento do processo durante o cumprimento do parcelamento pela empresa, e igualmente suspenso o curso da prescrição (§ 1º), com a subsequente extinção da punibilidade, depois do pagamento integral (§ 3º), numa situação assemelhada à suspensão do processo de que trata a Lei 9.099, de 26/09/95. (Cf. art. 89, §§ 1º e 5º).

Entendem alguns que, contendo o art. 15 um comando de natureza processual, de aplicação imediata (suspensão do processo), e outro de natureza penal, relativo à extinção da punibilidade, que pode retroagir para beneficiar o réu (art. 2º, parágrafo único – CP), pode dar-se pela sua aplicação retroativa (como *lex mitior*)⁷ quando os fatos – o não-recolhimento e o processo penal – são anteriores à Lei 9.964/00, mas a adesão àquele programa, devidamente homologada pelo respectivo Comitê Gestor, ocorre após a lei.

Em hipótese assemelhada, relativa à nova redação do art. 366 – CPP, conferida pela Lei 9.271/96 (“Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312.”), a jurisprudência se firmou pela não-retroatividade.

Prevaleceu a compreensão de que, tendo o novel preceito natureza mista, por conter norma de Direito Processual Penal, relativa à suspensão do processo, que seria, em princípio, de aplicação imediata; e de Direito Penal mais gravosa, atinente à suspensão da prescrição, que somente pode ser aplicada após a sua vi-

gência, deve ser ele entendido como incidível, não podendo, em consequência, ser aplicado aos fatos ocorridos anteriormente à Lei 9.271/96.⁸

Seja como for, tenho que uma eventual retroatividade benéfica na hipótese somente poderia ocorrer antes da sentença, pois a lei fala em suspensão da pretensão punitiva do Estado, e não da pretensão executória, situação jurídica que surge para o Estado após a prolação da sentença penal condenatória.

É importante anotar, neste ponto, que o art. 9º da Lei 10.684, de 30/05/03 (já referida), ao referir-se “à suspensão do processo da pretensão punitiva do Estado”, nas mesmas situações de que trata o art. 15 da Lei 9.964/00, em função da obtenção de parcelamento pela pessoa jurídica relacionada com o agente, não mais a condiciona ao fato de ter ocorrido antes do recebimento da denúncia.

Anistia – Dispôs o art. 11 da Lei 9.639, de 25/05/98, que são anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212/91 e no art. 86 da Lei 3.807/1960, rezando o seu parágrafo único que “são igualmente anistiados os demais responsabilizados” pela prática dos mesmos crimes.

Esse preceito não tem nenhuma eficácia, por isso que foi declarado inconstitucional pelo STF,⁹ com efeitos *ex tunc*, ao fundamento de que não fora objeto do devido processo legislativo. Explica-se: a Lei 9.639/98, dispendo sobre a amortização e parcelamento de débitos previdenciários, resultou da conversão da MP 1.608 – 14, de 28/04/98. Seu projeto de conversão concedia anistia aos agentes políticos, especialmente aos prefeitos municipais, desde que tivessem sido responsabilizados pelo crime (art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91) não sendo sua a atribuição de fazer o recolhimento.

Ao art. 11 foi acrescentado o parágrafo único, estendendo o benefício aos demais responsabilizados, justamente para abarcar os dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado, mas que não fora objeto de discussão e votação no Congresso Nacional, apesar de inserido na primeira publicação da lei, donde advir a correção de publicação, no *Diário Oficial* de 27/05/98, para a sua supressão, o que traduz a verdadeira intenção do legislador, não podendo aquela publicação equivocada, quiçá fraudulenta, ser levada em conta para anistiar tais agentes, como entendeu o Supremo Tribunal Federal.

2. *A hipótese em julgamento* – Como dito anteriormente, a previsão contida no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, não exige o dolo específico para caracterizar o tipo penal, senão o dolo genérico, esgotando-se o tipo subjetivo apenas na transgressão da norma incriminadora, sem necessidade de comprovação do fim especial de agir, ou dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*).

O simples fato de “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público”, já constitui o crime, como uma mera conduta do agente, desde que proceda com a vontade livre e consciente nesse agir (dolo genérico). Não há falar-se, portanto, em ausência de crime ou de tipo incompleto, nem, de resto, em estado de necessidade excludente de ilicitude que não se configura no caso.

Também não merece acolhida a alegação de que dificuldades financeiras da empresa levaram ao não repasse da contribuição previdenciária, conduzindo a Administração a uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, excludente de culpabilidade. Esse questionamento foi devidamente analisado no item 1 acima, e não se aplica à hipótese dos autos. A alegação de dificuldades financeiras da empresa, como escusa para não recolher a contribuição previdenciária, não tem o sentido pretendido, porque são dificuldades financeiras genéricas e até mesmo inerentes ao próprio risco do exercício de atividade econômica, não se enquadrando naqueles casos de impossibilidade econômico-financeira aguda e extrema, capazes de configurar uma excludente de crime ou de culpabilidade.

Contudo, apesar de os apelantes não haverem requerido a redução da pena imposta na sentença recorrida, entendo, na esteira da jurisprudência desta Turma e à vista das circunstâncias judiciais descritas no julgado, que a pena definitiva de três anos um mês e quinze dias de reclusão, fixada a partir de uma pena-base de dois anos e seis meses, deve ser reduzida, da forma a seguir delineada.

Levando em conta tratar-se de acusados primários, sem antecedentes criminais e sem desvios conhecidos de conduta social; e considerando que a sua conduta, embora não se justifique, se explica em parte em razão das dificuldades econômicas por que passam as empresas, sobretudo as médias e pequenas, o que atenua a reprovabilidade da conduta (art. 59 – CP), fixo-lhes a pena-base no mínimo legal de dois anos de reclusão. Não havendo circunstâncias legais – atenuantes e agravantes – a considerar, faço incidir o aumento de quatro meses (1/6), em razão da continuidade delitiva,¹⁰ de tudo resultando, para cada apelante, a pena de dois anos e quatro meses de reclusão, que torno definitiva.

Considerando as circunstâncias judiciais mencionadas, reduzo a pena pecuniária substitutiva de 16 (dezesesseis) para 10 (dez) salários mínimos, e a pena autônoma de 37 (trinta e sete) dias-multa para 24 (vinte e quatro) dias-multa, acrescidos de um sexto (quatro dias-multa) em razão da continuidade delitiva, num importe final de 28 (vinte e oito) dias-multa, mantida a razão deste conforme estabelecido na sentença. Deverão os apelados arcar com o pagamento das custas.

3. *Conclusão* – Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, para

reduzir a pena privativa de liberdade, em relação a cada apelante, para dois anos e quatro meses de reclusão, substituída por pena pecuniária de dez salários mínimos, e para fixar a pena de multa em vinte e oito dias-multa. No mais, fica mantida a sentença.

É como voto.

Notas

¹ O crime, punido com a pena estabelecida no art. 5º da Lei 7.492, de 16/06/86 (Lei 8.212/91 – art. 95, § 1º), está atualmente tipificado no art. 168-A do Código Penal, com a redação da Lei 9.983, de 14/07/00, com o nome de apropriação indébita previdenciária.

² STF – *Habeas Corpus* 76.978 – 2ª Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa – DJ de 19/02/99, p. 27.

³ Nessa linha é também a Súmula 67 do TRF-4ª Região, *in verbis*: “A prova da materialidade nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias pode ser feita pela autuação e notificação da fiscalização, sendo desnecessária a realização de perícia.”

⁴ Nessa linha é também a Súmula 68 do TRF-4ª Região, *in verbis*: “A prova de dificuldades financeiras, e conseqüente inexigibilidade de outra conduta, nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, pode ser feita através de documentos, sendo desnecessária a realização de perícia.”

⁵ Cf. Recurso Criminal 1997.38.00.050000-0/MG, Rel. Juiz Hilton Queiroz (DJ de 23/04/01, p. 22) e Recurso Criminal 1998.38.00.015282-0/MG, Rel. Juiz Mário César Ribeiro (DJ de 07/06/01, p. 174).

⁶ Cf. *Habeas Corpus* 74.995-0/MG.

⁷ *Novatio legis in mellius* (nova lei mais favorável que a anterior), ou *lex mitior* (lei que beneficia o acusado).

⁸ Cf., entre outros precedentes, o HC 2002.01.00.044070-4/GO, 3ª Turma – TRF da 1ª Região, julgado em 18/02/03, Rel. Juiz Olindo Menezes.

⁹ Cf. *Habeas Corpus* 77.724-3/SC, julgado em 04/11/98, Rel. Min. Marco Aurélio; e *Habeas Corpus* 77.734-9/SP, Rel. Min. Neri da Silveira.

¹⁰ Confira-se, no item 1, o tópico *crime continuado*, onde se procura demonstrar a sistemática a ser aplicada na aplicação concreta dessa causa especial de aumento de pena, dentro dos limites traçados pelo legislador penal, de um sexto a dois terços.

Quarta Turma

Recurso Criminal

2002.38.00.003576-0/MG

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

Recorrente: Justiça Pública

Procurador: Dr. Rodrigo Leite Prado

Recorrido: Bruno Lombardi Navarro

Recorrido: Juliana Lombardi Navarro

Advogados: Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior e outro

Publicação: DJ 2 de 13/12/04

Ementa

Penal. Recurso em sentido estrito. Interpretação extensiva. Possibilidade. Paes. Refis II. Lei 10.684/03. Parcelamento de débitos. Suspensão da pretensão punitiva. Arquivamento provisório dos autos. Inconstitucionalidade. Não-ocorrência. Persecução criminal. Ultima ratio. Art. 9º da Lei 10.684/03. Natureza. Negado provimento ao recurso ministerial.

I. O recurso em sentido estrito, apesar de ser casuístico, admite interpretação extensiva.

II. O parcelamento especial – Paes, conhecido como Refis II, instituído pela Lei 10.684/03 disciplinou uma nova opção de parcelamento de débitos, estabelecendo que efetivado o parcelamento suspende-se a pretensão punitiva do Estado.

III. É de rigor a manutenção da respeitável decisão que determinou o arquivamento provisório dos autos com fulcro no art. 9º da Lei 10.684/03 se restar demonstrado pela prova documental acostada aos autos que os recorridos aderiram ao Paes, estando, inclusive, com as parcelas em dia.

IV. Não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei 10.684/03, ao argumento de ser esta produto de conversão de medida provisória visto que aquela, em sua redação original, não dispunha de dispositivo penal, sendo certo que o art. 9º da referida lei foi introduzido pelo Congresso Nacional, não sendo, portanto, produto de mera conversão de medida provisória e sim de conversão desta com alteração.

V. A persecução criminal somente deve intervir depois de esgotados outros meios não-penais de proteção, ou seja, a pena deve ser a *ultima ratio*.

VI. O art. 9º da Lei 10.684/03 não tem natureza de norma geral em matéria de legislação tributária.

VII. Negado provimento ao recurso ministerial.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento ao recurso ministerial, à unanimidade.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 23/11/04.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, contra a respeitável decisão de fls. 497/501, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Dr. Jorge Gustavo Serra de Macedo, que deferiu em parte pedido formulado pela defesa de Bruno Lombardi Navarro e Juliana Lombardi Navarro, sócios administradores da empresa BJLN Varejista de Moda Ltda., denunciados, em continuidade delitiva, como incurso nas penas do art. 337-A do CP e art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, para, nos termos do art. 9º, *caput* e § 1º, da Lei 10.684/03 (trata da suspensão da pretensão punitiva em face da inclusão em programa de recuperação fiscal), determinar o arquivamento provisório dos autos.

Em suas razões de recurso o apelante sustenta, em síntese, que:

1. a adesão da BJLN Varejista de Modas Ltda. ao Paes ainda não se encontra comprovada nos autos;
2. das cópias que instruem a petição de fls. 445/446 constata-se apenas que a empresa protocolou seu pedido sobre cujo deferimento – pendente de aferição dos quesitos previstos nos arts. 5º c/c 1º, §§ 1º a 13, da Lei 10.684/03 pelo INSS – ainda não se tem notícia;
3. o INSS e a SRF nem mesmo “consolidaram” os valores mínimos das parcelas devidas pelas pessoas jurídicas que pediram adesão ao Paes;
4. a adesão ao Paes não pode ser ato “unilateral”, nem direito potestativo;
5. em que pese a dicção do art. 9º da lei, esse mecanismo não pode ser julgado válido para acarretar a suspensão da pretensão punitiva relativa aos crimes praticados por seus gestores, visto que tal consequência viola normas de hierarquia superior consagradas na CRFB;
6. a questão foi objeto de apreciação na recente ADI 3002-7/DF, aviada pelo procurador-geral da República em face do art. 9º da Lei 10.684/03;
7. o art. 9º da Lei 10.684/03 violou a reserva de lei complementar prevista no art. 146, inciso III, *b*, da CRFB;
8. é vedada a edição de medidas provisórias que disponham sobre Direito Penal e Processual Penal;
9. é impossível a convalidação de vício de origem resultante de infração ao devido processo legislativo;
10. não há critério distintivo entre contribuintes inadimplentes e sonegadores, o que traz à tona não só a injustiça mas sobretudo incentivo à sone-

gação fiscal;

11. é inconstitucional a extensão do benefício de parcelamento tributário que, dolosamente, procuram furtar-se ao cumprimento de suas obrigações tributárias;

12. conferir tratamento igual a delinqüentes e não delinqüentes, como se propõe a Lei 10.684/03, atenta contra o princípio da isonomia tributária;

13. os dispositivos impugnados foram motivados por indisfarçável intenção de beneficiar, precisamente, aqueles contribuintes que, tendo praticado delitos tributários, não se beneficiaram do programa de recuperação fiscal previsto na Lei 9.964/00, cujo art. 15 não admitia a suspensão da pretensão punitiva quando a denúncia já houvesse sido recebida antes da inclusão do réu no programa;

14. a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada servirá para impedir a concessão do benefício fiscal do parcelamento do débito tributário, levado a efeito por sonegadores, antes ou depois da denúncia do MP.

Requer ao final:

“...reforma da respeitável decisão recorrida, a fim de que:

a) o art. 9º da Lei 10.864/03 seja declarado inconstitucional por essa egrégia Corte, em controle difuso, nos termos do art. 97 da Constituição de 1988; e

b) o feito tenha regular prosseguimento, diante da inexistência de causa legal que determine, na espécie, a suspensão do processo ou da pretensão punitiva.” (fls. 520).

Existem contra-razões (v. fls. 522/542).

Nesta instância, a douta Procuradoria Regional da República/1ª Região opinou pelo provimento do recurso para que, por meio do controle difuso, seja declarada a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 10.684/03 (v. fls. 549/550).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Esse o teor do requerimento ministerial que deu início ao presente feito:

O Ministério Público Federal, por meio da procuradora da República em Minas Gerais abaixo-assinada, vem, perante Vossa Excelência, oferecer denúncia contra:

Bruno Lombardi Navarro, brasileiro, empresário, CPF 953.859.596-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo e o Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Bastos (convocado).

34, residente à Rua Tomaz Gonzaga, 444, apt.º 1.505, bairro Lourdes, em Belo Horizonte/MG, e

Juliana Lombardi Navarro, brasileira, empresária, residente à Rua Tomaz Gonzaga, 444, apt.º 1.501, bairro Lourdes, em Belo Horizonte/MG,

pelos fatos e fundamentos adiante expostos:

Após a apreensão de diversos documentos, arquivos de dados e material de informática da empresa denominada BJLN Varejista de Moda Ltda., estabelecida na Rodovia BR 356, 3.049, lojas 29 e 30, bairro Belvedere/BH, foi apurado que os denunciados, durante o período de março de 1997 a dezembro de 2000, na qualidade de sócios gerentes da empresa, com vontade livre e consciente, suprimiram contribuição social previdenciária, mediante a omissão de segurados empregados da folha de pagamentos; não-lançamento contábil mensal das quantias descontadas dos segurados e daquelas devidas pelo empregador, e ainda, pela omissão de receitas, lucros auferidos e remunerações pagas.

Entre as informações constantes do material apreendido identificou-se a troca de correspondências eletrônicas (e-mail) entre os empregados da empresa Hardwear Indústria e Comércio Ltda., versando sobre a demissão e admissão de empregados da BJLN Varejista de Modas Ltda., de onde se depreende que não foram devidamente incluídos em folha de pagamento como segurados do INSS os empregados Bruno Antônio C. de Oliveira, Carlos Alberto da C. Leão, Daniel Silva Araújo Greco, Flávia Cristina de Oliveira, Eduardo Goulart de Resende Silva e Keila Paiva Lima, da seguinte forma:

1 – Keila Paiva Lima, gerente, iniciou suas atividades na empresa em 1º/08/00 e só foi registrada em 1º/09/00;

2 – Bruno Antônio C. de Oliveira, Carlos Alberto da C. Leão e Flávia Cristina de Oliveira, gerentes, tiveram seus contratos de trabalhos encerrados em 1º/08/00, mas continuaram exercendo normalmente suas atividades até 02/01/01, quando, então, regularizou-se a situação dos mesmos;

3 – Daniel Silva Araújo Greco teve seu contrato rescindido em 1º/10/00, no entanto continuou trabalhando normalmente até o dia 02/01/01, quando teve sua situação regularizada;

4 – Eduardo Goulart de Resende Silva iniciou suas atividades na empresa em 02/11/00, mas só foi registrado em 02/01/01.

Tais correspondências demonstram a prática reiterada da BJLN Varejista de Modas Ltda. de não registrar seus vendedores, gerentes e demais empregados.

Também entre os dados apreendidos observou-se o *software* denominado EAS Controller, descrito na representação do INSS, cuja finalidade era o gerenciamento de todo o sistema de contabilidade da empresa, incluindo a gestão de pessoal e o controle de produtividade dos empregados nas vendas no varejo, de onde se apurou um total de 195.513 (cento e noventa e cinco mil, quinhentas e treze) operações de venda não contabilizadas na escrituração

oficial da empresa, correspondendo a um faturamento de R\$ 21.812.887,16 (vinte e um milhões, oitocentos e doze mil, oitocentos e oitenta e sete reais e dezesseis centavos).

As vendas não contabilizadas referem-se às operações à vista ou com cheque a prazo, sendo que em cada uma, a empresa pagava 4% a título de comissão aos vendedores e 1,7% de gratificação aos gerentes, sobre o faturamento do estabelecimento gerenciado.

Em consequência das condutas acima descritas, os denunciados, também de forma dolosa, reduziram contribuições sociais não previdenciárias, mediante fraude à fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo operações de venda em livros fiscais, no que concerne às demais contribuições destinadas à Seguridade Social, relativas à parte patronal, incidentes sobre valores pagos ou devidos a segurados empregados.

A materialidade e a autoria delituosas estão consubstanciadas nos autos de infração 35.350.014-3, 35.350.015-1 e 35.291.733-4, lavrados pelo INSS e constantes do anexo deste feito, que constataram o não-lançamento contábil referente às 195.513 operações de venda realizadas entre março de 1997 e dezembro de 2000, a não-inscrição de segurados empregados, bem como o não-lançamento contábil dos pagamentos a eles efetuados, relativos a comissões sobre o faturamento não escriturado, e ainda por meio das Notificações Fiscais de Lançamento de Débitos 35.072.291-9 e 35.291.079-8, que consolidaram os débitos, respectivamente, nos valores de R\$ 936.077,39 (novecentos e trinta e seis mil, setenta e sete reais e trinta e nove centavos) e R\$ 412.968,02 (quatrocentos e doze mil, novecentos e sessenta e oito reais e dois centavos).

Diante do exposto, os acusados incorreram nos delitos previstos no art. 337-A, I, II e III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e no art. 1º, II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 71 do Código Penal, tudo na forma do art. 70, 1ª parte, do mesmo código, motivo pelo qual requer o Ministério Público Federal, o recebimento desta denúncia e instauração da devida ação penal, até final julgamento, com condenação dos mesmos nas penas dos dispositivos indicados. (fls. 02/05).

Examinando-o, decidiu o nobre magistrado suspender a pretensão punitiva do Estado, bem como determinar o arquivamento provisório dos autos nos termos do art. 9º, *caput* e § 1º, da Lei 10.684/03.

Colha-se, a propósito, trecho da referida decisão, *verbis*:

A defesa (fls. 445/446) requereu o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do acórdão proferido nos autos do HC 12.717/MG, do STJ e, subsidiariamente, a declaração da suspensão da pretensão punitiva, haja vista os docs. de fls. 456/460, os quais comprovam que a empresa administrada pelos denunciados aderiu ao programa de recuperação fiscal disciplinado pela Lei 10.684/03.

Manifestou-se o MPF a fls. 463/481.

Despacho a fls. 487/488 solicitando informações ao INSS, as quais foram prestadas a fls. 493, revelando-se que os débitos representados pelas NFLD's indicadas na denúncia e lavradas contra a empresa BJLN Varejista de Moda Ltda. foram incluídas no Paes da Lei 10.684/03, estando com as parcelas em dia (até fevereiro 2004).

É a síntese do necessário.

Passo a decidir.

A Lei 10.684/03 (art. 9º) reproduziu a figura da denominada suspensão da pretensão punitiva introduzida no ordenamento jurídico a partir da Lei 9.964/00, ampliando, no entanto, sua extensão. É que, sob a égide do diploma anterior, os efeitos da suspensão operam-se dentro do limite temporal fixado até o recebimento da denúncia, requisito não mais exigido pelo diploma normativo atual.

Por força desse dispositivo, fica suspensa a pretensão punitiva estatal, relativa aos crimes tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e arts. 168-A e 337-A do CP, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos mesmos estiver incluída no programa de recuperação fiscal, restando suspenso, outrossim, o curso do prazo prescricional (§ 1º).

No caso dos autos, a defesa fez prova de que os débitos constituídos a partir das NFLD's descritas na denúncia foram incluídos no programa de recuperação fiscal, sendo que essa informação foi confirmada pelo INSS (fls. 493).

Impõe-se, destarte, o reconhecimento desse direito subjetivo aos acusados, de forma que seja suspensa a pretensão punitiva durante a permanência da referida empresa no programa de recuperação fiscal. O MPF, na manifestação de fls. 463/481 opõe-se ao deferimento desse pleito por dupla fundamentação: a) que não foram atendidos os requisitos previstos na Lei 10.684; b) que citado diploma legal padece de inconstitucionalidade.

Quanto à primeira tese, a responde o ofício de fls. 493, vale dizer, o pedido foi processado, havendo informação de que a empresa vem pagando regularmente as prestações, o que gera a presunção de que o pedido foi aceito, até porque a Lei 10.684/03, ao revés do regime legal anterior, não condicionou a validação da adesão a qualquer ato de homologação da autoridade administrativa.

No que toca à tese da inconstitucionalidade da Lei 10.684/03, não obstante a inteligência da argumentação deduzida pelo *parquet*, reproduziu-se, para esse fim, os termos da ADI 3002-7/DF, impetrada pelo senhor procurador-geral da República perante o STF, a qual se encontra ainda sob exame do ilustre ministro relator.

É dizer, malgrado admita o sistema constitucional pátrio o exercício do controle difuso de constitucionalidade – o que permitiria ao juiz pronunciar-se no caso concreto pela validade ou não dos efeitos jurídicos do ato normativo impugnado – importa destacar que, quanto ao tema em exame, o órgão de

controle concentrado ainda não se pronunciou (sequer em juízo cautelar), o que tem resultado na aceitação da aplicação da norma inserta no art. 9º da Lei 10.684/03 pela jurisprudência elaborada pelas Cortes Regionais.

A título ilustrativo, trago à cola o seguinte precedente do egrégio TRF da 1ª Região:

Penal. Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Imposto de Renda. Art. 1º, I, da Lei 8.137/90 c/c 71 do CP. Parcelamento do débito. Art. 9º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 10.684/03. Extinção da punibilidade. Inocorrência.

I – O simples parcelamento do débito tributário não enseja a extinção da punibilidade, sendo necessário, para tanto, o seu pagamento integral.

II – O parcelamento torna possível a incidência do art. 9º, *caput*, da Lei 10.684/03, que apenas suspende a pretensão punitiva do Estado.

III – Recurso parcialmente provido para, recebida a denúncia, determinar a suspensão do processo até o pagamento integral do depósito.” (RCCR 2002.35.00.015062-8/GO, Terceira Turma, Relator Desembargador Cândido Ribeiro, DJ 26/03/04, p. 132).

Destarte, reconhecida a suspensão, tem-se que o *jus puniendi* estatal somente surgirá na hipótese de eventual inadimplemento pelo contribuinte das obrigações assumidas quando da concessão do refinanciamento de sua dívida para com a Previdência Social, não havendo, enquanto isso, interesse para a propositura de ação penal. Nesse sentido, a propósito, precedente do TRF da 4ª Região:

Habeas Corpus. Inquérito. Adesão ao Refis. Suspensão da pretensão punitiva do Estado. Arquivamento. Determinar-se-á o arquivamento de inquérito policial, enquanto a empresa dirigida pelo paciente estiver incluída no Refis, em face da suspensão da pretensão punitiva do Estado, sem prejuízo, no entanto, do Ministério Público Federal oferecer denúncia na hipótese dela vir a ser excluída do referido Programa de Recuperação Fiscal.” (HC 3248/SC, 7ª Turma, Relator Juiz Vladimir Freitas. DJU de 12/06/02, p. 492).

Pelo exposto, defiro, em parte, o pedido formulado pela defesa para, reconhecendo, nos termos do art. 9º, *caput* e § 1º, da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, a configuração da suspensão da pretensão punitiva e do curso da prescrição criminal em relação aos denunciados Bruno Lombardi Navarro e Juliana Lombardi Navarro, sócios administradores da empresa BJLN Varejista de Moda Ltda., determinando o arquivamento provisório da presente peça de informação, com a ressalva do disposto no art. 18 do CPP.

Determino, ainda, se officie ao INSS para que informe este Juízo em caso de exclusão da referida empresa do Programa de Recuperação Fiscal, devendo, nesse caso, os autos serem desarquivados com imediata abertura de vista ao Ministério Público Federal, a fim de que extraia os efeitos jurídicos advindos de eventual descumprimento do acordo. (fls. 497/501).

Ressalto, inicialmente, que o recurso em sentido estrito em questão merece ser conhecido visto que, apesar de ser casuístico, admite a interpretação extensiva

no sentido de se aplicar o disposto no art. 581, inciso XVI, do CPP, pois, mesmo não se tratando de hipótese de questão prejudicial, está presente a mesma razão para o recurso, qual seja, a avaliação do acerto da decisão impeditiva do prosseguimento do feito.

Com efeito, a questão de fundo do presente recurso diz respeito ao parcelamento especial – Paes, conhecido como Refis II, instituído pela Lei 10.684/03, o qual disciplinou uma nova opção de parcelamento de débitos para com a União Federal, bem como para com o INSS, introduzindo o art. 9º, o qual preceitua:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos e , e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Verifica-se, assim, que o legislador, sem colocar condição ou distinção sobre o momento da opção do parcelamento (se antes ou após o recebimento da denúncia), estabeleceu que efetivado o parcelamento suspende-se o processo e a prescrição até o pagamento integral do débito.

Na hipótese de cumprimento do acordo haverá a extinção da punibilidade. Caso contrário a ação penal prosseguirá.

In casu, os documentos acostados a fls. 456/460 demonstram que os recorridos aderiram ao programa de parcelamento instituído pela lei retromencionada, sendo certo que o nobre magistrado, em face da documentação juntada, determinou que fosse expedido ofício à Superintendência da Receita Federal para que informasse se consta no sistema Paes a opção da pessoa jurídica BJLN Varejista de Moda Ltda. pelo parcelamento da Lei 10.684/03 (v. fls. 487/488), oportunidade em que o Serviço de Orientação e Gerenciamento de Recuperação de Créditos da Gerência Executiva do INSS em Belo Horizonte assim informou:

MM. juiz,

Em atendimento ao solicitado no Ofício 400/4V/04, informamos que os débitos de Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos – NFLD's 35.072.291-1, 35.291.079-8, 35.361.630-3 e 35.142.238-2 e os Autos de Infrações – AI's 35.291.733-4, 35.350.014-3 e 35.350.015-1, todos, em nome de BJLN Varejista de Moda Ltda, CNPJ 86.644.689/0001-02, foram incluídos em Pedido de Parcelamento Especial – Paes, na forma do art. 5º da Lei 10.684, de 30/05/03, protocolo SIPPS 10315866, em 29/07/03, estando com

as parcelas em dia até a presente data. (fls. 493).

Constata-se, pois, que os débitos de notificações fiscais de lançamentos de débitos e autos de infração em nome da empresa retromencionada foram incluídos no parcelamento especial – Paes no dia 29/07/03, estando com as parcelas em dia, caindo por terra, assim, a alegação ministerial no sentido de que não se encontra comprovada a adesão ao Paes, de que constata-se apenas protocolo de pedido, de que os valores mínimos não foram consolidados ou de que a adesão fora ato unilateral.

Assim, agiu com acerto o nobre magistrado ao determinar o arquivamento provisório dos autos em face da suspensão da pretensão punitiva do Estado, sendo certo que na hipótese de exclusão do referido programa o recebimento da denúncia é medida que se imporá.

Assevero, noutro giro, que a lei em questão presume-se constitucional, sendo certo que a mesma vem sendo aplicada pelos Tribunais, inclusive, pelo STF, onde o Ministro Marco Aurélio, ao analisar o RE 357029 ED/PR, concedeu *habeas corpus* de ofício para determinar a suspensão de processo em curso na 2ª Vara Federal de Curitiba/PR com fulcro no art. 9º da Lei 10.684/03.

Colha-se, a propósito, trecho da referida decisão, *verbis*:

Resta a apreciação quanto à superveniência da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, no que veio a dispor sobre a matéria sem a condição temporal referida. Eis o preceito inovador: art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias. O citado art. 337-A versa sobre a sonegação de contribuição previdenciária. Ora, a partir da interpretação sistemática dos textos e considerada a circunstância de que, no novo dispositivo, não se aludiu à necessidade de a integração ao Refis ocorrer em data anterior ao recebimento da denúncia, compreendo a nova ordem jurídica como a dar à expressão “pretensão punitiva do Estado” sentido amplo, equivalendo à suspensão do processo e apanhando não só a fase anterior à denúncia, como também aquela superveniente que aconteça antes da decisão final da ação penal. Por isso, concluo que a hipótese enseja, a teor do § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal, a concessão de ordem de ofício. Saliento que a referência contida na norma a juízes e tribunais diz respeito ao órgão judicante competente para a análise do processo e, nesta fase o é o relator, a quem cumpre julgar os embargos declaratórios interpostos contra ato monocrático. *Concedo* habeas corpus

de ofício aos embargantes – Carlos Eduardo Jung e Roberto Luiz Jung para, nos termos do art. 9º da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, determinar a suspensão do processo em curso na 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba – Seção Judiciária do Paraná – 99.0017699-5, com os consectários previstos no mencionado art. 9º. 3. Providenciem-se as comunicações de praxe. 4. Publique-se. Brasília, 9 de fevereiro de 2004. Ministro Marco Aurélio, Relator.

Assevero, ainda, que não fora proferida nenhuma decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3002/DF, aviada pelo procurador-geral da República em face do art. 9º da lei em comento, ou seja, presume-se constitucional o dispositivo em análise.

Entretanto, como foram levantadas teses sobre a constitucionalidade da lei em questão, passo a analisá-las.

Com efeito, não há que se falar em inconstitucionalidade da lei ao argumento de ser esta produto de conversão de medida provisória o qual feriu preceito insculpido no art. 62 da CRFB, visto que aquela, em sua redação original, não dispunha de dispositivo penal, sendo certo que os dispositivos relacionados ao caso em análise foram introduzidos pelo Congresso Nacional, não sendo, portanto, produto de mera conversão de medida provisória e sim de conversão desta com alteração.

Oportuna, assim, a transcrição da medida provisória em questão em sua redação original:

O presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte medida provisória, com força de lei:

Art. 1º Os arts. 1º, 3º, 8º e 11 da Lei 0.637, de 30 de dezembro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º (...)

§ 3º (...)

decorrentes da venda de ativo imobilizado.” (NR)

“Art. 3º (...)

energia elétrica consumida nos estabelecimentos da pessoa jurídica.

§ 1º (...)

dos itens mencionados nos incisos IV, V e IX do *caput*, incorridos no mês;

Sem prejuízo do aproveitamento dos créditos apurados na forma deste artigo, as pessoas jurídicas que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal classificadas nos Capítulos 2 a 4, 8 a 12 e 23, e nos Códigos 0504.00, 0710, 0712 a 0714, 1507 a 1514, 1515.2, 1516.20.00, 1517, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 1803, 1804.00.00, 1805.00.00, 2009, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da nomenclatura comum do Mercosul, destinados à alimentação humana ou animal poderão deduzir da contribuição para o PIS/

Pasep, devida em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens e serviços referidos no inciso II do *caput*, adquiridos, no mesmo período, de pessoas físicas residentes no País.

Relativamente ao crédito presumido referido no § 10:

I – seu montante será determinado mediante aplicação, sobre o valor das mencionadas aquisições, de alíquota correspondente a setenta por cento daquela constante do art. 2º;

II – o valor das aquisições não poderá ser superior ao que vier a ser fixado, por espécie de bem ou serviço, pela Secretaria da Receita Federal.” (NR)

“Art. 8º (...)

as sociedades cooperativas.” (NR)

“Art. 11(...)

O disposto no *caput* aplica-se também aos estoques de produtos acabados e em elaboração.” (NR)

Art. 2º O , passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“§ 5º A vedação a que se referem os incisos IX e XIV do *caput* não se aplica na hipótese de participação no capital de cooperativa de crédito.” (NR)

Art. 3º Esta medida provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, em relação ao art. 1º, a partir de 1º de fevereiro de 2003.

Também não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia visto que a persecução criminal em desfavor de qualquer pessoa somente deve intervir depois de esgotados outros meios não-penais de proteção, ou seja, a pena deve ser a *ultima ratio*, sendo certo que, *in casu*, com o programa de parcelamento, houve uma redução, que se concretizará em etapas, da ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.

Esclareço, por fim, que inexistente ofensa ao disposto no art. 146, inciso III, *b*, da CRFB, o qual preceitua:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

(...)

Com efeito, uma das hipóteses que suspendem o crédito tributário é o parcelamento (v. art. 151, inciso VI, do CTN), sendo certo que o inciso em questão foi incluído por uma lei complementar (LC 104/01).

No entanto, a própria lei complementar em questão incluiu o art. 155-A ao código retromencionado, dispondo que o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecida em lei específica, não necessariamente, complementar, sendo certo, ademais, que o art. 9º da Lei 10.684/03 não tem natureza de norma geral em matéria de legislação tributária.

Assim, à vista de todo o exposto, a manutenção da respeitável decisão que suspendeu a pretensão punitiva do Estado é medida que se impõe, razão pela qual nego provimento ao recurso.

É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2003.42.00.001426-8/RR

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

Apelante: União Federal

Procurador: Dr. Antenor Pereira Madruga Filho

Apelado: Marilda Vidal Braga

Advogados: Dr. Marcos Antônio Carvalho de Souza e outros

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/RR

Publicação: DJ 2 de 16/12/04

Ementa

Civil. Processo Civil. Acidente de trânsito. Veículo pertencente à União. Responsabilidade objetiva. Caso fortuito ou força maior. Inocorrência. Invasão da pista contrária. Imprudência. Conduta culposa. Morte do companheiro da autora. Dependente do falecido. Legitimidade. Prova de dependência econômica. Desnecessidade. Valor do veículo sinistrado. Ausência de comprovação de propriedade. Descabimento. Pensionamento. Redução da indenização determinada pelo Juízo monocrático. Apelação e remessa parcialmente providas.

I. A Constituição da República de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes.

II. Para a responsabilização da Administração, o lesado deve demonstrar o dano e o nexo causal que justifica a obrigação do Estado indenizar.

III. O caso fortuito e a força maior, inexistentes no caso examinado, excluem a aplicação da responsabilidade objetiva.

IV. A condução de veículo na pista de rolamento contrária, mesmo na velocidade permitida para a via, traduz a possibilidade de ocorrência de sinistro, pois o fato é previsível e evitável, com o retorno ao lado correto da pista e o aumento da vigilância na condução, o que não ocorrendo traduz imprudência, uma das modalidades de culpa.

V. O sinistro envolveu veículo da União, que colidiu na contramão com o veículo conduzido pela vítima.

VI. Não tendo a vítima contribuído para o acidente que ceifou sua vida, está presente o nexó de causalidade que justifica a necessidade da União indenizar os prejuízos sofridos pelos descendentes da condutora do veículo sinistrado.

VII. Redução da indenização em razão da ausência de demonstração de rendimentos que justifiquem fixação de pensão superior à renda média de um casal na região segundo dados do IBGE, limitado o pensionamento ao momento em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco anos), situação que está em perfeita sintonia com o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça.

VIII. Previsão de incidência de juros compensatórios e moratórios segundo o molde estipulado pela Súmula 43/STJ.

IX. Apelação parcialmente provida para afastar a recomposição material do veículo em razão da ilegitimidade ativa da autora para o requerimento.

X. Remessa parcialmente provida para reduzir o valor do pensionamento mensal.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 06/12/04.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Trata-se de ação de reparação de danos, proposta por Marilda Vidal Braga pleiteando indenização por danos materiais no valor total de R\$ 11.720,00 (onze mil setecentos e vinte reais), pensão vitalícia no valor correspondente a 10 (dez) salários mínimos, bem como

condenação da requerida ao pagamento de danos morais decorrentes da morte do companheiro, com quem vivia desde 1997 e com o qual possuía uma filha nascida em 14 de agosto de 1997, em virtude de acidente de trânsito provocado por motorista do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima, condutor do veículo Toyota Bandeirantes placa NAI-3906, de propriedade daquele órgão.

Relata que no dia 28 de março de 2003, por volta das 19:30h, quando a vítima Edson Almeida Gomes realizava transporte de passageiros em seu táxi pela BR 174, no sentido da capital Boa Vista para o Município de Mucajaí, teve seu veículo GM/Monza, placa JWG – 3772, abalroado pelo veículo Toyota Bandeirantes, placa NAI – 3906, indicado na inicial como de propriedade do TRE/RR – Tribunal Regional Eleitoral de Roraima, conduzido por Stênio José da Silva, servidor daquele órgão, ocasionando a morte do companheiro e de outros passageiros do táxi.

Aponta que a Polícia Rodoviária Federal realizou vistoria no local e registrou boletim de ocorrência onde consta a seguinte conclusão:

Vestígios no local indicam que a causa do acidente teria sido a imprudência e excesso de velocidade do condutor de V2, que colidiu frontalmente com V1 na sua contra mão de direção.

Esclarece que V1 é o Monza de propriedade do companheiro da autora e V2 o Toyota Bandeirantes de propriedade do TRE/RR.

Fundada em tais fatos e argumentando que o art. 37 da Constituição Federal preconiza a responsabilidade objetiva da Administração Pública por atos de seus agentes, bem como, que o Código Civil determina a recomposição dos danos por parte daqueles que cometeram ato ilícito, requereu a reposição material, moral e pensionamento vitalício para si e temporário para a filha, em razão do acidente indicado.

A autora juntou o boletim de ocorrência, formulado pela Polícia Rodoviária Federal (fls. 30/32) que atribuiu como causa determinante do acidente a conduta praticada pelo condutor do Toyota do TRE/RR (fls. 31); fotos do estado dos veículos após o acidente (fls. 25, 28 e 29), exemplar de jornal local que noticia o acidente (fls. 33), certidão de nascimento da filha (fls. 19), cópia do documento do veículo, que está registrado no Detran/RR em nome de Paulino Santos, com autorização de transferência assinada em nome de Jackson Vieira Campelo (fls. 17), bem como cópias de recibos de despesas com funeral (fls. 21/23).

Juntou, também, a certidão de óbito, fls. 20 e rol de testemunhas anexo à petição inicial (fls. 14).

A União apresentou contestação, impugnando a pretensão de ressarcimento

de valor relativo ao valor do veículo por ilegitimidade ativa, pois não foi comprovado que o veículo fosse de propriedade do companheiro da autora (condutor do veículo sinistrado) e, em razão do proprietário que consta no documento não constar como autor no feito.

Faz também a impugnação à pretensão de pensionamento, pois aponta que não foi comprovada a renda do companheiro da autora, o que não permite a fixação de valor aleatoriamente, sem prejuízo da impossibilidade de fixação de danos morais à vista de sua inexistência.

Aponta, ainda, que cabe à autora a comprovação de seu direito, sem o que não há condição de acolhimento do pedido formulado na inicial, razão pela qual requereu a total improcedência do pedido.

Foi realizada audiência.

Apenas uma testemunha foi inquirida (termo de depoimento a fls. 48/49), bem como foi tomado o depoimento pessoal da autora (fls. 50/51).

Na própria audiência realizada em 25 de julho de 2003, o MM. magistrado julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais, R\$ 6.720,00 (seis mil setecentos e vinte reais) referentes a danos materiais e R\$ 1.150,00 (um mil cento e cinquenta reais) a título de pensão mensal até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco anos).

Fixou, ainda, honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, no qual devem ser consideradas doze parcelas da pensão mensal.

Por entender que a requerente e sua filha dependiam imediatamente dos valores reconhecidos, concedeu antecipação da tutela para o pagamento imediato da pensão mensal e das despesas com o funeral e o ressarcimento do veículo sinistrado.

Inconformada, a União apela da decisão, aduzindo que a sentença recorrida não merece prevalecer, visto que a autora não teria efetivado seu mister de comprovar o nexos causal entre o ato e o resultado, o que justifica a modificação do julgado como a improcedência do pedido indenizatório.

Em contra-razões, a autora refuta as alegações da União pugnando pela manutenção da sentença.

Com remessa oficial, subiram os autos.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Presentes os requisitos, conheço do apelo.

O caso deve ser examinado sob dois aspectos, quais sejam, se há responsabilidade objetiva da União no caso e se a conduta do motorista do veículo oficial pode ser inserida nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, que excluem o dever de indenizar.

Sobre o primeiro aspecto, é conveniente colacionar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹ sobre a responsabilidade da Administração Pública por danos causados por seus agentes:

d) Responsabilidade objetiva do Estado²

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

34. Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, responsabilidade pelo risco administrativo ou, de todo modo, independentemente de comportamento censurável juridicamente.

Jean Rivero distingue casos de responsabilidade objetiva por risco, quais os de acidentes de trabalho sofridos por agentes da Administração e danos causados por coisas perigosas (como explosivos, linhas de transmissão de energia elétrica, armas utilizadas pela Polícia etc.), dos casos de responsabilidade sem qualquer culpa ou deficiência do serviço, mas que não procedem do risco administrativo. Seriam, na verdade, danos por atividade lícita, em que também cabe responsabilidade objetiva do Estado. Consoante indica, configurariam tais situações as hipóteses de danos decorrentes de obras públicas não perigosas e que excedem os inconvenientes ordinários de vizinhança, bem como as medidas de ordem econômica ou social impostas a uma empresa em nome do interesse geral. De todas as hipóteses faz completa documentação jurisprudencial.

VI. Fundamentos da responsabilidade do Estado

35. Não há confundir as condições deflagradoras da responsabilidade do Estado supramencionada com os fundamentos da responsabilidade estatal.

Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra coisa é questionar sobre a jus-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Antônio Cláudio Macedo da Silva (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Fagundes de Deus.

tificativa da existência de tal responsabilização. Esta última corresponde ao fundamento de responsabilidade, a dizer, consiste na razão pela qual são estabelecidos os vários casos ensejadores da obrigação de reparar o dano. Ou, dizendo com maior rigor: consiste naquilo que supedita as distintas hipóteses de responsabilização.

36. A nosso ver, o fundamento se biparte.

a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo direito da igualdade.

b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Definida a responsabilidade objetiva, é necessário delimitar as possibilidades de exclusão de tal responsabilidade, o que Celso Antônio Bandeira de Mello também realiza no capítulo XIX, de seu *Curso de Direito Administrativo*, senão vejamos:

XI. Excludentes da responsabilidade do Estado³

77. Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexos entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível.

78. A culpa do lesado – frequentemente invocada para elidi-la – não é, em si mesma, causa excludente. Quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal. Trata-se de equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado nesta hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexos causal. Isto aparece com nitidez se nos servirmos de um exemplo extremo. Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele se precipite um automóvel particular, sofrendo avarias unicamente este último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Contudo, é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: inexistiu a

relação causal que ensejaria responsabilidade do Estado. (...)

(...) 81. Nos casos ora cogitados (de responsabilidade objetiva), eventual invocação de força maior – força da natureza irresistível – é relevante apenas na medida em que pode comprovar a ausência de nexos causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado. O que exige o Poder Público de responder é sempre a não-configuração dos pressupostos. Por isso é que responde se criou situação perigosa, mesmo quando a força maior interfere atualizando o perigo potencial (cf. números 64 e 66). O caso fortuito não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir lesão sofrida por outrem.

Finalmente, é necessário examinar, à luz da doutrina, se o Brasil adota a responsabilidade objetiva como regra.

A resposta também é fornecida com clareza pelo preclaro doutrinador⁴ já citado:

(...) Por sua vez, a Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, estabelece: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Convém salientar, finalmente, que o art. 5º, X, já referido, assinala mais um avanço normativo ao prever expressamente a responsabilidade por dano moral. Seus termos são os seguintes: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Como dantes se disse, o texto não distingue se o violador é pessoa de Direito Privado ou de Direito Público; logo compreende ambas.

90. Para que haja a responsabilidade pública importa que o comportamento derive de um agente público. O título jurídico da investidura não é relevante. Basta que seja qualificado como agente público, é dizer, apto para comportamentos imputáveis ao Estado (ou outras pessoas, de Direito Público ou de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, quando atuarem nesta qualidade). Importa, outrossim, que o dano tenha sido produzido por alguém graças a esta qualidade de agente público, e não em situação alheia ao qualificativo em causa. A condição de agente, no sentido ora indicado, não se descaracteriza pelo fato de este haver agido impulsionado por sentimentos pessoais ou, por qualquer modo, estranhos à finalidade do serviço. Basta que tenha podido produzir dano por desfrutar de posição jurídica que resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado.

E prossegue o renomado doutrinador⁵ analisando os posicionamentos doutri-

nários diante dos dispositivos constitucionais, sendo relevante para a solução do caso examinado o que segue:

c) Responsabilidade subjetiva ou objetiva como regra no Direito vigente

(...) 94. Parece-nos que a doutrina correta, perante as disposições normativas do País é a sustentada pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e colhida neste excerto do reputado mestre, em que interpretando o texto constitucional, enuncia quando cabe responsabilidade objetiva e quando cabe responsabilidade subjetiva:

A responsabilidade fundada na teoria do risco–proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou de coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns, inerentes à vida em sociedade.

Consiste em ato comissivo, positivo do agente público, em nome do e por conta do Estado, que redunde em prejuízo a terceiro, conseqüência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa. Esta, em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco–proveito. A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os neles interessados.

Acrescentaríamos, apenas, em adendo à opinião expressada e transcrita, que, ademais dos casos de comportamento comissivo (ato ou fato), deve-se incluir também entre as hipóteses de responsabilidade objetiva a responsabilidade por quaisquer eventos lesivos que resultam do “fato das coisas”, isto é, em que o dano proceda de coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia. De resto, e como dantes dissemos, no caso de danos decorrentes de serviços e instalações nucleares, a responsabilidade independe de culpa, conforme estabelece o art. 21, XXIII, c, da Constituição. Entendemos, ainda, que são equiparáveis à hipótese de comportamento comissivo aqueles casos em que o Estado cria, através de ato positivo seu, a situação da qual emerge o dano. Referimo-nos a situações equiparadas às do exemplo, dantes referido, do semáforo defeituoso, por força do qual dois veículos se chocam, e nem se pode dizer que o serviço funcionou mal se o defeito, determinado por um raio, ocorreu segundos antes do acidente.

95. O certo e inquestionável, demais disso, é que se engaja responsabilidade estatal toda vez que o serviço apresentar falha, reveladora de insuficiência em relação ao seu dever normal, causando agravo a terceiro. Neste caso, a responsabilidade será subjetiva.

Sobre a responsabilidade da Administração, Lúcia Valle Figueiredo⁶ assim

expressa seu entendimento:

(...) A redação do § 6º do art. 37 da Constituição da República de 1988 é a seguinte: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Impende verificar, desde logo, que a responsabilidade acolhida pelo texto constitucional atual é objetiva quanto ao Estado. E, também, objetiva no que tange àqueles que exercem funções estatais.

É dizer: ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal.

Entretanto, se é intuitiva a captação de ter optado o texto pela responsabilidade objetiva, estamos a pensar, sem dúvida, nos atos ilícitos ou lícitos, praticados por ação. Quanto à omissão, o problema aparece um pouco diferente.

Restando claro que a responsabilidade da Administração perante os administrados é de natureza objetiva, resta estabelecer se há nexo de causalidade entre o ato praticado pela Administração e o evento apontado para estabelecer se a União deverá responder pela indenização pleiteada.

A conduta da Administração, por um de seus agentes, foi abalroar um veículo após invadir a faixa contrária de rodagem, ocasionando a morte dos ocupantes do veículo particular em estrada federal de pista única e sentido duplo de tráfego.

Um carro abalroar outro causando a morte dos ocupantes de um deles, traduz a possibilidade de provocar o dano reclamado, qual seja, a reparação material do carro destruído e das despesas de funeral em razão de sinistro com outro veículo pertencente à Administração Pública.

Resta examinar se as condições da pista no momento do acidente constituiriam, ou não, excludente da obrigação de indenizar.

Nesse particular, a lição de Wilson Melo da Silva⁷, professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, é esclarecedora ao tratar do caso fortuito e da força maior, como se pode observar adiante:

Capítulo V

Do Fortuito, da Força Maior e os Acidentes Automobilísticos...

(...) 27. Para os romanos, na lição de Ulpiano, o fortuito (*casus*) seria acontecimento imprevisível e, por isso mesmo, irresistível (*quos nullum humanum consilium praevidere potest*). E a força maior (*vis major*), aquele outro que, embora previsível, era impossível de ser resistido (*omnem vim cui resisti non potest*).

Num, a impossibilidade em razão de sua imprevisibilidade; noutra, a irresistibilidade em virtude de sua necessidade, não obstante sua previsibilidade.

Se comumente, grosso modo, por fortuito se têm aqueles eventos oriundos de forças da natureza (nevascas, trombas d'água, enchentes, tempestades e situações parelhas) e, por força maior, aqueles outros suscetíveis, tanto quanto os fortuitos, de igualmente ensejarem danos, com a diferença, no entanto, de que levados a cabo com a interferência de terceiros, sem que se possa, por eles, imputar-se ao lesado a menor parcela de culpa, têm, contudo, ambos, *vis major* e *casus*, dado margem a que, a respeito, algumas dúvidas e disputas se tenham suscitado entre os doutrinadores.

Com efeito: se muitos D.D. de aquém e além-mar fazem do caso fortuito e da força maior entidades díspares quanto à etiologia (não quanto aos resultados a que levam de maneira uniforme), outros, contudo, em todos os quadrantes da terra, insistem em que o *casus* e a *vis major* não expressem entidades ontológicas distintas, mas, pelo contrário, uma só e mesma coisa.

Memoráveis, quanto a isso, têm sido, pelo que se sabe, as divergências entre os doutos que, inclusive, já se encaminham para critérios, outros, de diferenciação, como seria, *v.g.*, o caso de Exner, para quem a exterioridade do evento com relação à coisa danificada, em tais circunstâncias, é que materializaria a força maior, ao passo que o fortuito estaria mais em consonância com o ocorrido no interior da mesma.

Fortuito e *vis major*, aclararia Josserand, em verdade, não se confundiriam.

A *vis major*, lembraria ele, é constituída, via de regra, exemplificadamente, pelas tempestades, pelas inundações, bandoleirismo, revoluções e motins e, mesmo, em dadas situações, por fatos de terceiros, tal como aconteceria, *v. g.*, na hipótese de que um veículo, em virtude de um defeito súbito e imprevisto, viesse a se projetar, de inopino, contra um outro, lesionando ou matando seus passageiros.

Para Rovelli (*Le responsabilità civili e penali per gli incidenti della strada*, Ed. Utet, 1º v., cap. 1º, 6, p. 48), a força maior traduziria o fato externo, suscetível de determinar um dado evento, externo e prejudicial, como o de um fenômeno atmosférico de excepcional violência tal como, exemplificadamente, o de um tufão que fizesse com que danos efetivos (materiais ou pessoais) viessem a ser inferidos a terceiros, ou a seus bens.

Em hipóteses que tais, adverte o tratadista italiano, a irresistibilidade de um tal evento excluiria, de per si, toda e qualquer responsabilidade.

Inversamente, na hipótese do fortuito, ter-se-ia materializado um tipo, outro, de evento que ao se pôr como causa exclusiva de um determinado dano, situar-se-ia, no entanto, *fuori dei casi in cui sussista la forza maggiore*, de molde a excluir, igualmente, de toda e qualquer culpa e, conseqüentemente, de toda e qualquer obrigação de indenizar o agente material do fato acontecido, tal como, ao ensejo, adverte (ob. cit., v. I, p. 48, 6).

As disputas, no que tange à exata conceituação do que se pudesse ter por fortuito, de um lado e, do outro, pela *vis major*, remontam, historicamente, aos tempos do *jus romanum* e materializam, em verdade, situações que, no dizer de Josserand, jamais se confundiriam, como já dito acima.

A força maior, lembra o festejado conferencista de *Évolutions et actualités*, verifica-se, via de regra, nas hipóteses de tempestades, nevascas, inundações, das chamadas trombas d'água, das chuvas persistentes e copiosas, estados de guerra, bandoleirismo, revoluções, motins, assim como, ainda, por fatos de terceiros, tais como, ad exemplum, em face do veículo, desgovernado, que se projeta contra um terceiro, lesionando ou matando os ocupantes deste.

Já na hipótese do caso fortuito, adverte esse mesmo Josserand, depararíamos, comumente, com a estreita conotação que ensejassem, via de regra, os incêndios não provocados, as explosões de caldeiras, rupturas de tetos de automóveis em decorrência de fortes nevascas, patinação de veículos e tudo o mais por ele mencionado em seu *Derecho Civil* (trad. Espanhola de Santiago Cunchillos y Manterola, Ed. Bosch., Buenos Aires, 1950, tomo III, v. I, 451, p. 339).⁸

(...) Arnaldo Medeiros da Fonseca reconhece que, no Direito brasileiro, já nenhuma diferenciação se estabelece mais entre os dois conceitos, no que pesem valiosas opiniões em contrário, pelo simples motivo de faltar, segundo alega, qualquer distinção precisa entre as duas figuras do *casus* e da *vis major*.

O que por trás de tudo isso se encontra é apenas um *substractum* comum: o da ausência de toda e qualquer culpa por parte do responsável na hipótese do fortuito ou da força maior, aliada à impossibilidade absoluta (não relativa) de se cumprir aquilo por que se obrigou.

No *jus romanum*, aliás, a imperiosidade da ausência de qualquer parcela de culpa, na configuração do que Marty qualificaria como constituindo um verdadeiro *act of God*, já vinha consignada naquela conhecida passagem das Institutas (*De lege aquilia*, Ivm § 3º), *in verbis*: *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur*. Ou, em vernáculo: Essa lei (a lei aquília) não se aplicará àquele que matou alguém por (obra do) acaso, vale dizer, sem nenhuma culpa de sua parte.

Focalizando a questão sob esse mesmo ângulo, o da ausência de culpa, salientava Arnaldo Medeiros da Fonseca que “o caso fortuito não pode jamais provir de ato culposo do obrigado, pois a própria natureza inevitável do acontecimento que o caracteriza exclui essa hipótese. Somente pode resultar de uma causa estranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausência de culpa. Se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não era inevitável; logo, não haverá fortuito”.

Só se cogita, efetivamente, do fortuito ou da força maior, onde inexista culpa, qualquer que ela seja, como diria Scialoja, eis que o fortuito começa exatamente onde cessa a responsabilidade. E Jauffret, inteligentemente, ano-

tava: *Nous constatons que pour certains, auteurs, les cas fortuit et la force majeure, commencent là où finit la faute.*⁹

Esclarecida a questão do caso fortuito e da força maior pelo prisma conceitual, resta estabelecer se invadir a pista de rodagem contrária e abalroar um veículo que trafega no sentido correto, estaria enquadrado dentro de tais conceitos, o que afastaria a responsabilidade da União pela indenização do evento.

Nesse particular, é esclarecedora a lição de Wilson Melo da Silva¹⁰, a despeito da lição ser relativa à ocorrência de derrapagem que provoca a invasão da pista contrária, é adequada ao exame da questão, pois o faz sob a ótica da possibilidade de ocorrência de caso fortuito ou força maior:

34. No tocante à espécie particular da derrapagem, não constituiria ela, normalmente, um caso fortuito ou de força maior.

Com regular frequência os motoristas a invocam como pretexto para que se isentem da responsabilidade pelos danos oriundos dos “capotamentos”, que, via de regra, se lhe seguem, ou das “batidas”, que nela, têm origem. E para tanto buscam estabelecer uma equiparação entre a derrapagem e o *casus* ou a *vis major*.

A una voce quase, os tratadistas se põem acordo em que a derrapagem seja, antes, um claro indício de culpa, que de fortuito eximente da obrigação de indenizar.

Em Lalou, na sua *Responsabilité civile*, uma longa série de decisões dos tribunais é apontada a confirmar que na França, *une jurisprudence constante refuse de consacrer cette thèse em décidant que le dérapage sur un sol gras et humide pouvant être prévu constitue non pas un cas fortuit. Mais une faute du conducteur.*

E nem outra cousa é o que se vê em Baudry de Saunier e em Saintelette.

Para Baudry de Saunier, o motorista que não deseja, efetivamente, ver derrapar o veículo sob seu controle, teria a obrigação de *ralentir la voiture, afin de n’être jamais obligé de freiner devant um obstacle, mais de se contenter de débrayer, afin aussi que, em cas de dérapage, le mouvement desordenné n’ait que um faible vitesse et une très petit amplitude.*

Para Saintelette, “o motorista que vê molhado o solo e tem a temer a derrapagem deve tomar as medidas necessárias para evitá-la”, sendo certo que a derrapagem não tem os caracteres de um acontecimento imprevisto que se não possa vencer, e ao qual o motorista fique estranho.

Da mesma forma que Lalou, admite De Page que a jurisprudência de seu país (a Bélgica) considere, notadamente em matéria de acidente automobilístico, que *le dérapage constitue, em princípio, um incident normal de route, qu’un bom conducteur doit prévoir et éviter.*¹¹ (...)

(...) Com efeito: Concorre decisivamente para o acidente, reza a emen-

ta de um julgado do Tribunal de Apelação de Minas Gerais (Ap. Crim. 3.769, de Altinópolis, da qual foi Relator o Juiz Vieira de Brito, julgada a 21/11/74) o motorista que, imprimindo ao seu veículo velocidade excessiva, não pôde controlá-lo ante o obstáculo que se lhe apareceu ao transpor outro carro, agindo ao mesmo tempo com imprudência e imperícia, face a obstáculo que não podia escapar à sua previsibilidade – terra solta – em local de visibilidade ampla, circunstâncias que afastam a alegação de caso fortuito ou força maior na ocorrência da derrapagem causadora de vítimas (Veja-se Jurisp. Brasil., v. 18, *Delitos de Circulação*, Ed. Juruá, Curitiba, Paraná, p. 145).¹²

Da lição acima, resta claro que não pode prosperar pretensão de afastamento da responsabilidade por ausência de comprovação do direito postulado, o que não encontra amparo na doutrina e na jurisprudência, que, como citado acima, em razão da responsabilidade objetiva, não demonstra situação que possa enquadrar a hipótese entre as que eximem a Administração da obrigação de indenizar em razão da conduta imprudente de um de seus agentes.

Age, portanto, com culpa, não podendo a mesma ser excluída, porque no momento do acidente estava circulando na pista contrária, popularmente conhecida como contramão.

Sobre a conduta da Administração em relação ao agente causador do dano, caberá a ela estabelecer se a conduta é passível de ressarcimento, o que não interessa ao exame da questão, pois é matéria afeta à esfera administrativa.

Assim, comprovado o nexos causal entre a conduta e o resultado danoso que reclama reparação, emerge inequívoca a obrigação da União relativa à recomposição dos danos experimentados pela apelada, que teve a perda irreparável de seu companheiro, restando o dever do responsável minorar o sofrimento, com a recomposição dos danos materiais experimentados.

Quanto à condenação relativa a danos materiais e os elementos que deve englobar, é conveniente colacionar o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais se pode citar o REsp 157912/RJ, DJ I 21/09/98, p. 188, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp 235182/RJ, DJ I 28/02/00, p. 67, Rel. Min. José Delgado; REsp 226093/RJ, DJ I 25/06/01, p. 108, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

Dentre esses, transcrevo o REsp 157912/RJ, e, REsp 235182/RJ, pela adequação à espécie dos autos:

Responsabilidade civil. Morte da esposa. Dependência econômica do marido. Valoração da pena. Presunção legal. CC, art. 231, III. Prova da dependência. Desnecessidade. Precedentes. Procedência do pedido. Aplicação do direito à espécie. RISTJ, art. 257. Dedução de 1/3 (um terço) da pensão. Gastos próprios da vítima. Limite do pensionamento: 65 (sessenta e cinco) anos. Honorários. Inaplicabilidade do art. 20, § 5º, CPC. Ilícito relativo.

Constituição de capital. Possibilidade de inclusão do credor na folha de pagamento da devedora. Recurso parcialmente provido.

I – É comum nas famílias de baixa renda haver dependência econômica entre os cônjuges, notadamente em razão de ser sobremaneira difícil a sobrevivência da família com o salário de apenas um deles, sendo certo, ademais, que a assistência econômica prestada por um dos cônjuges ao outro goza de presunção legal de existência (art. 231, III, CC).

II – Segundo a boa doutrina, “os danos materiais e morais causados aos parentes mais próximos não precisam de prova, porque a presunção é no sentido de que sofrem prejuízos com a morte do parente”.

III – Os alimentos a que se refere o art. 1537-II, CC, não se identificam com os previstos no Direito de Família.

IV – Afigura-se razoável e justo fixar a indenização em 2/3 (dois terços) da renda da vítima, deduzindo um terço (1/3) correspondente ao que essa, por presunção, despenderia com seu próprio sustento.

V – Para o cálculo indenizatório, tem-se levado em consideração, em casos como o presente, o período que vai da data do evento até a data que a vítima completaria sessenta e cinco (65) anos.

VI – Na linha dos precedentes deste Tribunal, os honorários advocatícios, em cujo pagamento for condenada a empresa preponente, devem ser fixados em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas, mostrando-se inaplicável o disposto no § 5º do art. 20, CPC.

VII – Tratando-se de empresa concessionária de serviço público, de reconhecida solvabilidade, é dispensável a constituição de capital, bastando a inclusão do beneficiário da pensão em sua folha de pagamento. (REsp 157912/RJ, DJI 21/09/98, p. 188; JSTJ v. 5, p. 333; REVFOR v. 351, p. 370; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Processual Civil. Acidente de trânsito. Indenização. Responsabilidade civil. Denúnciação à lide do motorista da viatura abalroada. Desnecessidade, em face dos princípios da economia e celeridade processuais. Precedentes. Ação regressiva garantida.

1. Ação movida no intuito de reivindicar da União indenização por acidente de trânsito provocado por viatura militar.

2. Sentença de primeiro grau que, em decisão preliminar, excluiu da lide o passageiro e não aceitou a denúnciação à lide do motorista do veículo abalroado.

3. A responsabilidade pelos atos por eles praticados quando em serviço ativo – o que jamais foi negado pela União – é imputada ao Poder Público do qual são agentes, dado o princípio da despersonalização dos atos administrativos. Tem-se, pois, por incabível a denúnciação à lide, uma vez que, sendo a responsabilidade da União objetiva, independe da aferição de existência de culpa ou não, por parte de seus agentes.

4. A jurisprudência desta Corte Superior tem enveredado pela esteira de que “embora cabível e até mesmo recomendável a denunciação à lide de servidor público causador de dano decorrente de acidente de veículo, uma vez indeferido tal pedido, injustificável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão da denunciação, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais” (REsp 197374/MG, Rel. Min. Garcia Vieira), além de que “em nome da celeridade e da economia processual, admite-se e se recomenda que o servidor público, causador do acidente, integre, desde logo, a relação processual. Entretanto, o indeferimento da denunciação da lide não justifica a anulação do processo” (REsp 165411/ES, Rel. Min. Garcia Vieira) e, por fim, que “os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não-anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu denunciação da lide (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma.” (REsp 11599/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

6. Recurso improvido. (REsp 235182/RJ, DJ I 28/02/00, p. 067; Rel. Min. José Delgado)

Contudo, entendo que para ser reconhecido o direito à indenização sobre perda de propriedade, a mesma tem que ser comprovada.

Nos autos, resta comprovado que o veículo está registrado no Detran/RR em nome de Paulino Santos, sem deixar de anotar que há uma autorização de transferência em nome de Jackson Vieira Campelo, pessoas que não constam na demanda, ressaltando-se que não há nenhum documento que indique qualquer relação contratual entre aqueles e o falecido ou a demandante, sendo incabível a pretensão de indenização relativamente ao automóvel, pois não foi demonstrado que a vítima ou a autora tivessem a propriedade do bem, o que conduz à necessidade de proclamação da ilegitimidade ativa da autora para postular a indenização pleiteada relativa ao veículo.

Nesse particular, portanto, dou provimento à apelação para retirar da condenação a obrigação da União indenizar o veículo em face da ilegitimidade ativa da requerente.

A indenização por dano moral em razão da perda do ente querido resta mantida em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Quanto ao pensionamento, o mesmo é cabível e foi corretamente reconhecido.

Contudo, o valor é excessivo, pois não existe nos autos sequer início de prova que demonstre a renda auferida pela vítima que possa justificar os R\$ 1.150,00 (um mil cento e cinquenta reais) deferidos na sentença.

Assim, reputo razoável reduzir o pensionamento para R\$ 520,00 (quinhentos

e vinte reais), valor adequado ao perfil médio de rendimento familiar no Estado, à míngua de outros elementos que poderiam ter sido fornecidos pela autora e não o foram.

Em razão da redução do pensionamento e da exclusão da indenização relativamente ao valor do veículo, faz-se necessário compensar os valores já percebidos com a devolução pela autora dos valores percebidos indevidamente, para o que faculto à União o abatimento do valor devido em percentual sobre o pensionamento mensal, desde que não exceda 10% (dez por cento) sobre o valor mensalmente percebido até a quitação da devolução devida.

Os valores deverão ser corrigidos desde a data do evento danoso, em observância ao disposto na Súmula 43/STJ “incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.”

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação interposta pela União, para afastar a condenação de ressarcimento do veículo em razão da ilegitimidade ativa da autora, assim como dou parcial provimento à remessa oficial para determinar a redução do pensionamento mensal para R\$ 520,00 (quinhentos e vinte reais), nos termos retro-especificados, acrescendo a forma de incidência da correção monetária aplicável à espécie.

É como voto.

Notas

¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13^a edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2001.

² Ob. cit., fls. 811/813.

³ Ob. cit., fls. 829/830.

⁴ Ob. cit. fls. 835.

⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13^a edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2001; fls. 837/838.

⁶ Figueiredo, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5^a edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2001; fls. 259.

⁷ Silva, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5^a ed., São Paulo, Saraiva, 1988; cap. V.

⁸ Silva, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5^a ed., São Paulo, Saraiva, 1988; cap. V, item 27, fls. 79/81.

⁹ idem, fls. 84/85.

¹⁰ Silva, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5^a ed., São Paulo, Saraiva, 1988; cap. V, item 34.

¹¹ Idem. p. 109.

¹² Idem. p. 111.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2004.01.00.029594-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravante: Ângelo Márcio Ferreira

Proc/S/OAB: Dr. Joventil da Silva Sena

Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF

Publicação: DJ 2 de 1º/02/05

Ementa

Civil e Processual Civil. Crédito rotativo. Alegação de cobrança de encargos excessivos. Cadastros de inadimplentes. Serasa e SPC. Exclusão do nome do devedor. Requisitos. Evolução da jurisprudência. Procuração. Reconhecimento de firma.

I. Nos termos de recente compreensão jurisprudencial sobre o tema, emanada do Superior Tribunal de Justiça, a inclusão ou exclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, condiciona-se a: “a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado” (REsp 527.618/RS – Relator Ministro César Asfor Rocha).

Na hipótese dos autos, não houve a satisfação desses requisitos.

II. Nos termos do art. 38 do CPC, com a redação que lhe dera a Lei 8.952/94, afigura-se dispensável o reconhecimento de firma em procuração utilizada nos autos do processo, ainda que outorgue poderes especiais, mostrando-se descabida tal exigência (TRF da 1ª Região: AC 1997.38.00.049742-0/MG).

III. Agravo parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maio-

ria, vencido o Exmo. Sr. Desembargador Federal Souza Prudente, dar parcial provimento ao agravo.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 03/12/04.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Nos autos de ação ordinária movida por Ângelo Márcio Pereira em desfavor da Caixa Econômica Federal, onde objetiva revisar cláusulas referentes a contrato relativo a cheque especial, a decisão de fls. 32/36, prolatada pelo ilustre Juiz Federal Substituto da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, Dr. Cláudio José Coelho Costa, indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela, requerido para que o nome do autor fosse excluído dos cadastros de proteção ao crédito (Serasa, SPC e congêneres), até o julgamento definitivo da ação, determinando, por outro lado, à parte autora, sob pena de extinção do processo, que promova o reconhecimento da firma aposta na procuração que instruiu a inicial.

Daí o presente agravo de instrumento, onde repisa o autor a mesma argumentação da petição inicial para demonstrar a necessidade de o seu nome ser excluído dos referidos cadastros de restrição ao crédito; quanto ao reconhecimento de firma exigido, apoiado em jurisprudência que traz à colação, afirma desnecessária; em consequência, roga a reforma integral da decisão impugnada.

Deferi, a fls. 39/40, parcialmente, a antecipação da tutela recursal, tão-somente para dispensar o reconhecimento da firma na procuração outorgada ao advogado.

Dispensadas as informações.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Ao que se depreende da inicial, o agravante, em 1999, celebrou o referido contrato relativo a empréstimo rotativo, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), e que a ré vem insistindo na cobrança de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), embutidos, aí, conforme alega, juros supe-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz João Carlos Costa Mayer Soares (convocado). Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

riores a 12% (doze por cento) ao mês, multa moratória de 2% (dois por cento) por dia de atraso, tarifa de cobrança de títulos, honorários, e despesas de comissão de permanência, encargos que reputa ilegais. Daí o pedido do provimento antecipatório, para que o seu nome fosse excluído dos referidos cadastros, até o julgamento definitivo da lide, que, indeferido, anima a presente interposição.

Sobre o tema, conhecida a jurisprudência. Impugnado judicialmente o débito, não se justificaria a inclusão do nome do devedor em órgãos de restrição ao crédito, pois pode ficar descaracterizada a inadimplência, causa daquele registro.

Todavia, essa compreensão jurisprudencial, emanada do Superior Tribunal de Justiça, evoluiu, agora exigindo, para o impedimento da inscrição ou para o deferimento da exclusão do nome do devedor dos referidos órgãos cadastrais, conforme se vê do julgado relativo ao Recurso Especial 527.618/RS, da relatoria do eminente Ministro César Asfor Rocha, a presença de três elementos:

- a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito;
- b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

No caso em apreço, tenho que, à luz dessa dicção, a inconformidade recursal não prospera.

Com efeito, o agravante, embora admita expressamente a dívida, não concorda com o seu valor, taxando de abusivo os encargos nela embutidos. Porém, sequer demonstrou vontade para depositar a parcela que entende devida, excluídos os supostos excessos, ou para prestar caução referente à parte tida por incontroversa.

Daí que, nos termos dessa novel inteligência jurisprudencial, a medida liminar para a exclusão do nome do devedor dos citados cadastros, no caso, desmerece reparo, eis que ausentes os seus pressupostos.

Finalmente, é de se afastar a exigência do reconhecimento da firma aposta na procuração outorgada ao causídico, na linha de compreensão jurisprudencial deste Tribunal, posta no sentido de que, *verbis*:

Processual Civil. Extinção do processo. Ausência de cumprimento de determinação judicial para apresentação de procuração com firma reconhecida. Descabimento.

I – Nos termos do art. 38 do CPC, com a redação que lhe dera a Lei

8.952/94, afigura-se dispensável o reconhecimento de firma em procuração utilizada nos autos do processo, ainda que outorgue poderes especiais, mostrando-se descabida tal exigência.

II – Apelação provida, para determinar o regular prosseguimento do feito. (TRF da 1ª Região: AC 1997.38.00.049742-0/MG – Relator Desembargador Federal Souza Prudente – DJ de 07/06/04, p.71)

Do exposto, dou parcial provimento ao agravo, tão-somente para tornar dispensável o reconhecimento de firma no aludido instrumento procuratório.

É o meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Com a devida vênua do voto do eminente Relator e do douto Relator do precedente jurisprudencial do STJ aqui citado, e ainda na linha da jurisprudência majoritária do colendo Superior Tribunal de Justiça, entendo que não deve ser mantido no órgão de negativação o nome do suposto devedor, enquanto pendente de discussão judicial o débito questionado e que gerou o ato de negativação.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo.

Sétima Turma

Agravo Interno no Agravo de Instrumento

2004.01.00.010092-3/MG

| | |
|--------------------------|---|
| Relator: | O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral |
| Agravante: | Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT |
| Procuradora: | Dra. Sílvia Machado Leão |
| Agravado: | Cristal Transportes e Turismo Ltda. |
| Advogados: | Dr. André Mansur Brandão e outros |
| Agravante (Ag. Interno): | Cristal Transportes e Turismo Ltda. |
| Agravada (Ag. Interno): | Respeitável Decisão de fls. 75/76 |
| Publicação: | DJ 2 de 21/01/05 |

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Antecipação de tutela. Liberação de veículo. Transporte irregular de passageiros (art. 85, §3º, do Decreto 2.521/98). Pagamento de multas e outras despesas. Agravo provido monocraticamente. Agravo interno não provido.

I. É dado ao relator, quando o recurso está em sintonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, dar-lhe provimento de plano (art. 557, § 1º A, do CPC), independentemente da oitiva da parte contrária, sem que isso signifique afronta ao princípio do contraditório, da ampla defesa, e/ou violação de normas legais, porque atende à agilidade da prestação jurisdicional, da mesma forma quando se nega seguimento quando em desacordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e até do próprio Tribunal. Quando o relator assim age não “usurpa” competência do colegiado, mas atua dentro do permissivo legal (TRF1, AgRg no MS 2004.01.00.034020-9/DF, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, unanimidade, julgado aos 16/09/04).

II. Segundo a regulamentação do transporte coletivo de passageiros, esse serviço público só pode ser explorado mediante concessão do Poder Público. Na falta desse ato específico, a apreensão do veículo infrator é imediata e de ordem legal, para que não prossiga no ilícito e nele não reincida, como usualmente ocorre.

III. Uma coisa é apreender o veículo para coagir o proprietário ao pagamento de multa: ilegal. Coisa outra é apreender veículo praticando ilícito administrativo e condicionar sua liberação à regularização do ofício, pagamento da multa e das demais despesas feitas pelo Poder Público em razão da infração ao regime de concessão de transporte: auto-executoriedade do ato administrativo.

IV.” (...) sendo válida e eficaz a autuação e retenção do veículo, é legítima a exigência do pagamento da multa e demais despesas decorrentes da apreensão do veículo como condição para a sua devolução ao proprietário infrator, consoante disciplina o art. 262, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.” (STJ, REsp 593.458/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, unânime, DJ 22/03/04, p. 256)

V. Agravo interno não provido.

VI. Peças liberadas pelo relator em 05/10/04 para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma negar provimento ao agravo interno, por maioria.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 21/09/04.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por agravo protocolizado aos 17/03/04, a agravante pediu, com efeito suspensivo, a reforma

da antecipação de tutela datada de 29/10/03 (fls. 54/57 e 58/61), que o MM. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, da 19ª Vara/MG, nos autos da AO 2003.38.00.057758-8, ajuizada aos 28/10/03, objetivando a anulação do auto de apreensão do veículo por transporte interestadual de passageiros sem a necessária autorização da ANTT, determinou a liberação do veículo, com suspensão da exigibilidade da multa, e que as rés (União e ANTT) se abstivessem de realizar nova apreensão.

Por decisão datada de 18/06/04 (fls. 75/46 – DJ 02/07/04), dei provimento ao agravo, nestes termos:

3 – A antecipação de tutela só pode ser deferida nos exatos limites do art. 273 do CPC, com a concorrência dos requisitos da verossimilhança da alegação e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

4 – De comum sabença, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e de legalidade, não sendo possível seu eventual afastamento por medida liminar, com flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, a não ser diante de evidências concretas e unívocas, o que não é caso.

5 – O veículo (ônibus) foi flagrado e apreendido pela autoridade competente quando fazia transporte interestadual irregular de passageiros.

6 – A matéria não está bem apresentada pela autora. Com efeito, segundo a regulamentação do transporte coletivo de passageiros, esse serviço público só pode ser explorado mediante concessão do Poder Público. Na falta desse ato específico, a apreensão do veículo infrator é imediata e de ordem legal, para que não prossiga no ilícito e nele não reincida, como usualmente ocorre.

7 – Apreendido o veículo, os passageiros são acomodados pela Polícia Rodoviária Federal em ônibus regulares requisitados e pagos por ela; o veículo infrator é rebocado às custas dos cofres públicos e recebe a multa.

8 – A liberação do veículo sem tais cuidados, além de permitir a reincidência, deixa um rombo nas contas públicas e consome um círculo vicioso, desnaturando o efeito repressor e o poder de polícia da Polícia Rodoviária Federal, com dano ao erário público. Não é razoável e proporcional que se exija que a União, forçada a despesas pelo ilícito, vá à execução fiscal para o devido reembolso.

9 – Em tema de ilícito administrativo, que o “Poder Público” tem de reprimir no ato, o contraditório e a ampla defesa só se iniciam com o “auto de infração”, ao qual se seguirá a eventual defesa do autuado. A apreensão no caso, portanto, não “esbarra” no contraditório (formatando o “devido processo legal” do art. 5º, LX, da CF).

10 – A autora não só não comprovou ter exercitado a tempo e modo próprios sua defesa administrativa, sequer na ação intentada (fundada exclusivamente em argumentos periféricos), como sua pretensão esbarra, isto sim, em

matéria eminentemente fática, dado que sequer provou, ainda, a regularidade da sua atividade.

11 – Esta, a jurisprudência do STJ:

“(....) *Apreensão de veículo. Liberação condicionada à quitação dos débitos. Legalidade. Art. 262, § 2º, da Lei 9.503/97.*

(....)

2. A autoridade administrativa não pode exigir o pagamento de multas das quais o interessado não foi notificado, tendo em vista que a sua legalidade se assenta no pressuposto de regular notificação, resguardando, assim, o devido processo legal e a ampla defesa, constitucionalmente assegurados, consoante o entendimento sumulado nesta Corte: Súmula 127 – ‘É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.’”

3. Todavia, sendo válida e eficaz a autuação e retenção do veículo, é legítima a exigência do pagamento da multa e demais despesas decorrentes da apreensão do veículo como condição para a sua devolução ao proprietário infrator, consoante disciplina o art. 262, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.” (STJ, REsp 593458/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, ac. un., DJ 22/03/04 p. 256)

(....)

Por petição protocolizada aos 14/07/04, a agravada toma agravo interno (fls. 85/91), alegando violação do art. 557 do CPC e inconstitucionalidade do Decreto 2.521/98.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — É dado ao relator, quando o recurso está em sintonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, dar-lhe provimento de plano (art. 557, § 1ºA, do CPC), independentemente da oitiva da parte contrária, sem que isso signifique afronta ao princípio do contraditório, da ampla defesa, e/ou violação de normas legais, porque atende à agilidade da prestação jurisdicional, da mesma forma quando se nega seguimento quando em desacordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e até do próprio Tribunal. Quando o relator assim age não “usurpa” competência do colegiado, mas atua dentro do permissivo legal:

(....) o referido dispositivo legal, totalmente voltado para a agilidade da prestação jurisdicional, permite que o relator dê provimento ao recurso, nas hi-

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Iran Velasco Nascimento (convocado) e Neuza Maria Alves da Silva (convocada).

póteses que menciona, independente da oitiva da parte contrária, sem que isto signifique afronta ao princípio do contraditório, da mesma forma quando se lhe nega seguimento quando em desacordo com a jurisprudência dos Tribunais e até do próprio Tribunal. Aliás, outro não poderia ser o sentido da norma, a uma porque, se o agravado tivesse que ser ouvido, o recurso não mais poderia ser julgado por decisão isolada do relator, mas pelo órgão colegiado, nos termos da regra do art. 528 do CPC, segundo a qual, “em prazo não superior a trinta (30) dias da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento”, e, ainda, porque, em se tratando de decisão “em manifesto confronto com jurisprudência”, seria, realmente, inócua a manifestação do agravado, seguindo-se, pois, que não houve, no ato impugnado, qualquer violação do disposto no art. 527 do CPC. (TRF1, AgRg no MS 2004.01.00.034020-9/DF, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, unanimidade, julgado aos 16/09/04)

A antecipação de tutela só pode ser deferida nos exatos limites do art. 273 do CPC, com a concorrência dos seus requisitos da verossimilhança da alegação e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

A insistência da autora na tese da retenção do veículo como meio coercitivo de pagamento de multas e despesas (transbordo de passageiros) não reflete a realidade fática dos autos, por isso que a retenção do veículo se deu por violação das normas de transporte, e não para coagir a empresa ao pagamento de multas (STJ, REsp 593458/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, ac. un., DJ 22/03/04 p. 256).

Lado outro, e comum sabença, é praxe, na Administração Pública, a indicação do decreto regulador, sem uma referência, mais apropriada, à lei que o prevê.

É da letra do art. 29, II, da Lei 8.987/95 (que dispõe sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transportes rodoviários):

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

II – *aplicar as penalidades regulamentares e contratuais.* (grifei)

O Decreto 2.521/98 veio regulamentar, entre outras, as formas de penalidades por atos contrários às leis que disciplinam o setor:

Art. 83. As multas pelas infrações abaixo tipificadas, instituídas em consonância com o permissivo constante da lei que estabelece normas gerais sobre licitação, são classificadas em grupos e seus valores serão calculados tendo como referência o coeficiente tarifário vigente para o serviço convencional com sanitário, em piso pavimentado, de acordo com o seguinte critério:

Mesma linha, a Lei 10.233/01, que outorgou à ANTT a atribuição de regulamentar o serviço de transporte, dispõe:

Art. 78 A infração a esta lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela Antaq, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

(...)

II – multa. (grifei)

Daí, a Resolução 17/02 que apenas “compilou” o Decreto 2.521/91.

Colhe-se da doutrina qualificada:

(...) as infrações administrativas e respectivas sanções não que ser previstas em lei. *Podem, porém, ser especificadas em regulamentos.* (grifei) (José Afonso da Silva, in *Direito Ambiental Constitucional*, Ed. Malheiros, 2002, p. 302)

Nesse contexto, mostra-se legítima a atuação do Departamento da Polícia Rodoviária Federal na fiscalização dos serviços de transporte rodoviário de passageiros, nos termos do Decreto 2.521/98 e do convênio firmado pela União, por intermédio do Ministério dos Transportes e do Ministério da Justiça, após a extinção do DNER e do DTR.

Este TRF1 tem assim se posicionado:

Administrativo. Multa. Legalidade. Apreensão de veículo. Transporte rodoviário. (...). Lei 8.987/95. Decreto 2.521/98.

1. À Polícia Rodoviária Federal, no papel de entidade conveniada, cumpre a fiscalização dos serviços de transporte rodoviário, bem como a aplicação de penalidades, conforme determina norma regulamentar, no caso Decreto 2.521/98.

2. Afigura-se legal e legítima a aplicação da multa, em razão do serviço de transporte rodoviário ser realizado sem a autorização necessária, *eis que a mesma encontra respaldo não só no Decreto 2.521/98, mas na Lei 8.987/95.* (grifei)

(...)

4. Apelação do impetrante e da União Federal improvidas.

5. Remessa oficial improvida. (TRF1, AMS 2002.38.00.013250-6/MG, Rel. Des. Federal Maria do Carmo, 6ª Turma, unânime, DJ 23/06/03, p. 143)

Administrativo. Transporte rodoviário de passageiros. DNER. Fiscalização. Apreensão de veículo. Decreto 2.521/98.

1. Configurada a infração ao art. 83, VI, a, do Decreto 2.521/98, pela execução de serviço de transporte rodoviário de passageiros fora da hipótese autorizada, *legítimas se apresentam a apreensão do veículo e a imposição de multa.* (grifei) (...) (TRF1, AMS 2002.35.00.006774-2/GO, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, 6ª Turma, unânime, DJ 02/06/03, p. 173)

Administrativo. Multa. Legalidade. Apreensão de veículo. Transporte rodoviário. (...). Lei 8.987/95. Decreto 2.521/98.

1. Ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem cumpre a fiscalização dos serviços de transporte rodoviário, bem como a aplicação de penalidades, conforme determina norma regulamentar, no caso Decreto 2.521/98.

2. Afigura-se legal e legítima a aplicação da multa, em razão do serviço de transporte rodoviário ser realizado sem a autorização necessária, eis que a mesma encontra respaldo não só no Decreto 2.521/98, mas na Lei 8.987/95. (grifei)

3. Por outro lado, considera-se absolutamente ilícita e irregular a retenção do veículo, impondo o pagamento de multas e despesas de transbordo para a sua liberação, não havendo qualquer observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório, entendimento este não só respaldado pelo Pretório Excelso, como pela jurisprudência desta egrégia Corte.

4. Apelação do DNER e remessa oficial improvidas. (TRF1, AMS 1999.35.00.021264-8/GO, Rel. Des. Federal Maria do Carmo, 6ª Turma, unânime, DJ 03/11/03, p. 55)

(...) Transporte irregular de passageiros. Multa. Cabimento. Apreensão do veículo. Legalidade. (...).

(...)

2 – A previsão de imposição de multa por inobservância à proibição de transportar passageiros de forma irregular é legal e encontra amparo em lei, devendo o infrator utilizar-se das vias cabíveis para impugnar os fatos que ensejaram a imposição.

3 – A apreensão do veículo pelo prazo previsto no decreto regulamentador também não apresenta vício, sendo correta a conduta da Administração consistente na apreensão do veículo quando autuado o veículo, com o objetivo de impedir o prosseguimento da viagem irregular.

(...)

5 – *Sendo legais a multa e a apreensão inicial do veículo, não é cabível a declaração de nulidade da multa imposta, sendo correta apenas a determinação de liberação do veículo sem exigência de recolhimento das multas. (grifei)*

6 – Apelação e remessa parcialmente providas.

7 – Segurança parcialmente confirmada. (TRF1, AMS 2000.38.00.008281-9/MG, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, 5ª Turma, unânime, DJ 14/11/02, p. 268)

De toda sorte, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e de legalidade, não sendo possível seu eventual afastamento por antecipação de tutela, com flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, a

não ser diante de evidências concretas e unívocas, o que não é caso.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Juíza Neuza Maria Alves da Silva: — Senhor Presidente, dirirjo apenas para dizer que a apreensão do veículo é válida, a aplicação da multa também, mas deverá ser cobrada pelos meios normais, e não se justifica a manutenção do veículo apreendido, após o período de setenta e duas horas, como meio coercitivo de se cobrar multa. Já evoluímos no sentido de achar que até para cobrança da despesa de transbordo isso pode ser feito, mas em relação à multa, não. Tem que ser o procedimento regular.

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança 2003.38.00.027132-2/MG

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

Apelante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Apelado: Marcelo Luiz Gonzaga Mota

Advogado: Dr. Weliton Martins Rodrigues

Remetente: Juízo Federal da 14^a Vara/MG

Publicação: DJ 2 de 21/01/05

Ementa

Tributário. Inscrição no CNPJ. Tabelião. Pessoa física equiparada à pessoa jurídica. Indeferimento de nova inscrição. Utilização do registro do notário anterior. Ausência de amparo jurídico.

I. A Lei 8.935/94, que regulamenta as atividades dos notários e oficiais de registro, fixa na pessoa física destes as responsabilidades por danos e prejuízos decorrentes dos atos praticados no desenvolvimento dos serviços.

II. Os dispositivos constitucionais e legais preceituam a individualidade da delegação do exercício da atividade de tabelião e de registro, não atribuindo à

serventia personalidade jurídica.

III. Não possuindo o tabelionato personalidade jurídica e sendo a inscrição no CNPJ realizada levando-se em consideração a pessoa física do tabelião, nada mais razoável que este número seja individual, por meio de uma nova inscrição.

IV. Apelação da União Federal e remessa oficial improvidas.

Acórdão

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

8ª Turma do TRF-1ª Região – 10/12/04.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcelo Luiz Gonzaga Mota, contra ato do delegado da Receita Federal em Divinópolis/MG, objetivando impor à autoridade impetrada a expedição do seu próprio CNPJ, em razão de sua investidura originária no cargo de tabelião.

Na sentença, o MM. Juízo *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar deferida, para determinar à autoridade indigitada coatora que mantivesse a inscrição do impetrante no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, sem o condicionamento de utilização do registro efetuado pelo notário que o antecedeu no Tabelionato da Comarca de Divinópolis/MG.

Em suas razões de apelação, a Fazenda Nacional alega que a IN 200/02 não prevê o cancelamento de inscrição pelos motivos reclamados na impetração; pelo contrário, como bem afirmou a autoridade impetrada em suas informações, ao serem constatadas as pendências impeditivas no CNPJ, o pedido de baixa da empresa será indeferido.

Afirma que as exigências em decorrência de irregularidades cometidas pelo tabelião anterior não poderão ser imputadas a quem lhe sucedeu, em razão do teor do art. 134 do CTN. Acrescenta que o cartório não se equipara à pessoa jurídica, não havendo que se falar, portanto, em responsabilidade por sucessão.

As contra-razões foram apresentadas a fls. 112/119.

Opina o Ministério Público no sentido de que inexiste na lide qualquer inte-

resse público social ou individual indisponível a reclamar sua intervenção.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — A sentença proferida pelo Juízo *a quo* não merece reparos, por isso adoto como minha suas razões de decidir, que ora passo a transcrever:

A lide, posta nos autos a exame e decisão, está em verificar a legitimidade do ato da autoridade impetrada, que indeferiu a inscrição do impetrante no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ.

Depreende-se dos autos que o registro solicitado pelo impetrante foi indeferido, sob o fundamento de que não seria o caso de nova inscrição e sim de retificação do registro efetuado pelo tabelião que o antecedeu naquela serventia, nos termos da instrução normativa da Receita Federal, que disciplina a matéria.

Os serviços notariais e de registro foram definidos na Constituição Federal, que estabelece no *caput* do art. 236:

“Constituição Federal.

Art. 236 – Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.”

Editadas seguindo determinação constitucional, a Lei 8.935/94 regula as atividades dos notários e oficiais de registro e fixa na pessoa física destes as responsabilidades por danos e prejuízos decorrentes dos atos praticados no desenvolvimento dos serviços.

A respeito, a jurisprudência:

“Ementa: *Constitucional. Servidor Público. Tabelião. Titulares de Ofício de Justiça: responsabilidade civil. Responsabilidade do Estado. CF, art. 37, § 6º.*

1. Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º).

2. Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.” (RE 209354 AgR/PR, STF, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 02/03/99, p.19)

Fica evidenciado que os dispositivos constitucionais e legais preceitu-

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

am a individualidade da delegação do exercício da atividade de tabelião e de registro, não atribuindo à Serventia personalidade jurídica. Por outro lado, foi o impetrante investido em cargo público em caráter originário e, por esse motivo, sem qualquer vinculação com o notário anterior, sendo que o registro por esse efetuado junto à Receita Federal refere-se à pessoa física e não à Serventia.

Nesse sentido, o entendimento da autoridade impetrada de que o impetrante deveria utilizar o registro no CNPJ do notário que o antecederia carece de amparo legal.

Ademais, ainda que as exigências decorrentes de irregularidades cometidas pelo tabelião anterior não venham a ser imputadas ao novo titular do referido Tabelionato, conforme informado pelo impetrado, indubitavelmente a utilização de um CNPJ com anotações de pendências por responsabilidades não honradas poderá acarretar restrições e constrangimentos ao impetrante, em suas transações comerciais e bancárias.

Portanto, considerando, principalmente, que o Tabelionato não tem personalidade jurídica e a inscrição no CNPJ é realizada levando-se em consideração a pessoa física do tabelião, que é equiparada à pessoa jurídica, nada mais razoável que este número seja individual, por meio de nova inscrição.

Com estas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial.
É o voto.

Breviário

Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na *internet*.

Conflito de competência. Infração ambiental. Apreensão de bens. Multa. Inexistência de discussão. Competência. Terceira Seção.

Tratando-se de mandado de segurança no qual se pleiteia a liberação de bens apreendidos pela fiscalização do Ibama, sem qualquer discussão sobre eventual multa aplicada, a competência é da 3ª Seção deste Tribunal (RITRF-1ª Região, art. 8º, § 3º, IV).

CC 2004.01.00.014550-8/MT

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – Corte Especial

Publicação: DJ 2 de 28/01/05

Conflito negativo de competência. Agravo de instrumento interposto contra decisão que recebeu apelo apenas no efeito devolutivo. Autorização para migração entre planos previdenciários privados.

A ação mandamental que deu origem ao agravo de instrumento, objeto deste conflito, foi impetrada com o objetivo de anular ato de aprovação das alterações que instituíram a figura das migrações entre planos de previdência privada. Como a matéria de fundo é relativa a benefícios previdenciários, competente é a 1ª Seção.

CC 2004.01.00.025480-4/DF

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – Corte Especial

Publicação: *DJ* 2 de 28/01/05

Conflito negativo de competência. Cautela preparatória já julgada. Feito principal distribuído a outro Juízo. Impossibilidade. Prevenção.

Ainda que já esteja julgada a ação cautelar preparatória, ou que tenha ela sido extinta, não desaparece a prevenção do Juízo que dela conheceu, para processar a causa principal.

CC 2004.01.00.033497-0/MA

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – 4ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 25/01/05

Repositórios Oficiais

Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais

Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários

Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo

Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio

Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB

Editora Forense: Revista Forense

Editora LTR: Revista de Previdência Social–RPS

Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas.

Editora Adcoas: Revista de Jurisprudência Adcoas, Revista Adcoas Trabalhista, Revista Adcoas Previdenciária

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

Normas para envio de artigos e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF-1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF - 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF - 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados na versão do Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o *e-mail* revista@trf1.gov.br .

- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no final e não no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância, também, da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF-1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- Para dirimir eventuais dúvidas, ligar nos telefones: 314-5377, 314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br

Composição TRF-1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Amilcar Machado*
Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

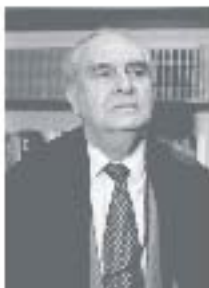
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Galeria de Diretores



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
Outubro/89 – Dezembro/91



Desembargador Federal
Catão Alves
Novembro/92 – Outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
Novembro/93 – Junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
Julho/94 – Abril/97



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



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
Maio/99 – Maio/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
Junho/2001 – Maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
A partir de Junho/2003

Ficha Técnica

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - PRIMEIRA REGIÃO

Desembargador Federal Olindo Menezes — Diretor

Secretaria Judiciária — Secju

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação — Cojud

Divisão de Divulgação Institucional — Didiv

Coordenação

Grazielle Frota Monte Coelho

Supervisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Maria Benáurea Santos

Entrevista

Martha Hormann

Editoração Eletrônica

Edson Carlos da Silva – estagiário

Fábia Cristina de Barros

Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Luís Henrique Lavarini - prestador de serviços

Zilda Maria Regina Dutra

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos/Secad

Confecção de fotolitos

Technoarte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal 1ª Região

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv/Cojud

Praça dos Tribunais Superiores, Bloco “A” – Ed. Sede – Sala 13 – Térreo

70095-900 - Brasília/DF

Telefones: (61) 314-5377 e 314-5451 — Fax (61) 226-6538

E-mail: revista@trf1.gov.br

As opiniões emanadas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

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

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

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1

(out./dez. 1989) – . – Brasília: TRF-1ª Região, 1989-

v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência

– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

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