

# Sumário

## Entrevista

---

### **A Nova Previdência do Servidor Público**

Dr. José Ricardo Sasseron

## Artigos Doutrinários

---

### **Fator Previdenciário**

Juiz Federal Fabiano Verli

### **Da Recorribilidade no Processo de Justificação**

Denise de Barros Faria

## Tópicos Jurídicos

---

### **Existe Crime Tributário?**

Dr. Élcio Arruda

### **A Prática de “Atividade Jurídica” nos Concursos**

Dr. Hugo Nigro Mazzilli

## Acórdãos – Inteiros Teores

---

### **Corte Especial – MS: impugnação de decisão emanada de relator**

Rel.: Des. Federal Carlos Olavo

MS 2002.01.00.027423-3/DF

### **1ª Seção – Tempo de serviço. Atividade rural**

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

EIAC 2003.01.00.002132-8/MG

### **2ª Seção – Ação rescisória. Litigância de má-fé**

---

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

AR 2004.01.00.015063-3/PA

**3ª Seção – Ação rescisória. FGTS. Correção monetária e/ou juros. Princípio da tipicidade da rescisória**

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

AR 2004.01.00.058520-0/DF

**4ª Seção – Contribuição previdenciária. Servidores públicos inativos ou pensionistas. EC 41/03**

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

MS 2004.01.00.0099001-4/PA

**1ª Turma – Ex-ferroviário. Reajuste de 47,68%. Isonomia**

Rel.: Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

AC 2003.38.00.064854-1/MG

**2ª Turma – Militar temporário. Reforma**

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

AC 1997.34.00.021891-8/DF

**3ª Turma – Prisão preventiva. Requisitos. Fraude. Internet**

Rel.: Des. Federal Cândido Ribeiro

HC 2004.01.00.061006-0/PA

**4ª Turma – Procedimento administrativo-fiscal. Condição objetiva de punibilidade**

Rel.: Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado)

HC 2004.01.00.041369-4/AC

**5ª Turma – Responsabilidade civil objetiva do Estado. Relação de causalidade. Dano moral. Indenização**

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus

AC 1999.34.00.034451-3/DF

**6ª Turma – Cordão umbilical de recém-nascido. Remessa do sangue para o exterior. Finalidade terapêutica**

---

Rel.: Juiz Leão Aparecido Alves (convocado)

Ag 2004.01.00.050703-1/DF

**7ª Turma – Antecipação de tutela. Inclusão no Cadin e exclusão do Refis. Arrolamento de bens**

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Ag 2003.01.00.040010-8/MG

**8ª Turma – FPM. Repasse de verbas. Princípio da anualidade. Afronta**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

AC 2002.33.00.010596-4/BA

**2ª Turma Suplementar – Ação popular. Moralidade jurídica. Lesividade ao patrimônio público**

Rel.: Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz

AC 1999.01.00.040000-7/DF

**3ª Turma Suplementar – Agrotóxico. Proibição de exames realizados fora do País**

Rel.: Juiz Vallisney de Souza Oliveira

REOMS 94.01.10095-0/DF

## Breviário

---

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

MS. Conexão com outro *writ*.

Execução fiscal. Exceção de pré-executividade.

FGTS. Refazimento dos cálculos.

Finsocial. DCTF.

Militar. Inatividade. Dependentes. Matrícula.

## Monografia

---

**O Controle Externo do Poder Judiciário: Quem Controlará o Controlador?**

Sólon Lopes Pereira

1º colocado, na categoria universitário, do VII Concurso Nacional de Monografias do TRF-1ª Região.

# Entrevista

## A Nova Previdência do Servidor Público

José Ricardo Sasseron\*

O Presidente da Anapar – Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão, Dr. José Ricardo Sasseron, é o entrevistado deste mês e abordará o novo sistema de Previdência Social, particularmente no que diz respeito a projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que prevê a constituição de um Fundo de Previdência Complementar dos Servidores Públicos. Detalha aspectos relevantes de seu funcionamento, tais como legislação, gerenciamento e fiscalização dos recursos.

### Revista: O que é Funpresp – Fundo de Previdência Complementar dos Servidores Públicos?

**José Ricardo:** A mais recente Reforma da Previdência aprovada pelo Congresso Nacional, já sob o Governo Lula, alterou substancialmente a previdência dos servidores públicos. A reforma teve como objetivo principal tornar mais parecidos o regime previdenciário dos servidores públicos e o INSS. Dentre as mudanças, talvez a mais profunda seja a garantia de aposentadoria limitada ao teto de R\$ 2.508,00. Esse teto só poderá ser aplicado pelo ente público (União, Estados, Municípios) quando for instituída uma entidade de previdência para garantir benefícios complementares para os servidores que receberem salários maiores que aquele teto. No caso dos servidores públicos federais, temos notícia de que o governo está elaborando projeto de lei que criará o fundo de pensão para os empregados da União e de suas autarquias. Esse fundo já foi popularmente batizado de Funpresp.

### Revista: O que gerou a necessidade de se criar esse fundo?

**José Ricardo:** A criação de uma entidade de previdência, ou fundo de pensão, decorre da nova legislação aprovada pelo Congresso Nacional. A partir do momento em que a entidade for criada, todos os novos trabalhadores que ingressarem no serviço público terão seu benefício de aposentadoria limitado a R\$ 2.508,00. Aqueles que receberem salários maiores que esse teto, terão de contribuir para a entidade de previdência, assim como a União enquanto empregadora. Essas contribuições serão administradas pela en-

---

\* Funcionário do Banco do Brasil há 24 anos, é bacharel em História pela USP, diretor do Sindicato dos Bancários de São Paulo, coordenador da Comissão de Empresa dos Funcionários do Banco do Brasil desde o início de 2003, presidente da Anapar – Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão, conselheiro fiscal eleito da Previ (1996/1998), tendo participado das negociações para elaboração do estatuto de 1997. Membro atual do Conselho Deliberativo da Previ (eleito).

tidade de previdência e, quando o servidor aposentar-se pela previdência pública, terá um benefício complementar calculado de maneira proporcional às reservas que ele terá acumulado na entidade de previdência. A adesão à entidade de previdência é espontânea.

### Revista: Como ficam os atuais servidores?

**José Ricardo:** Os atuais servidores continuarão tendo direito à aposentadoria integral, de acordo com as regras já alteradas pela nova legislação. Não precisam aderir à entidade de previdência, mas, se o fizerem, terão seu benefício pela previdência pública limitado ao teto de R\$ 2.508,00.

### Revista: Quem administrará o fundo de pensão dos servidores?

**José Ricardo:** É importante observar que pode ser criada uma ou várias entidades de previdência dos servidores públicos federais. Pode ser criada, por exemplo, uma entidade para os servidores do Executivo, outra para os do Legislativo e outra para os do Judiciário. A imprensa tem noticiado que essa é a tendência do governo federal. As entidades serão administradas por uma diretoria, um conselho deliberativo e acompanhadas por um conselho fiscal. Tanto no conselho deliberativo quanto no fiscal a lei obriga a gestão paritária: metade dos membros será indicada pela União, enquanto patrocinadora da entidade, e a outra metade terá de ser eleita pelo voto direto dos servidores.

### Revista: Qual a garantia que se tem de que o Funpresp não tomará o mesmo caminho do INSS, sendo alvo de fraudes e desvios financeiros?

**José Ricardo:** Como disse anteriormente, a entidade de previdência complementar terá autonomia e será administrada por membros indicados pelo governo federal e por representantes eleitos pelos servidores. Através de seus representantes, os trabalhadores terão poder efetivo de gestão sobre os recursos, decidindo inclusive em que investir as reservas acumuladas. Essa é uma garantia que não existe no INSS, todo ele administrado pelo governo e sem qualquer participação efetiva de trabalhadores, empregadores e aposentados. Os participantes do fundo têm de fiscalizar permanentemente as atividades dos dirigentes – esta é a maior garantia contra fraudes e desvios. É importante salientar, ainda, que as entidades de previdência têm autonomia e seus recursos nunca podem ser confundidos ou apropriados pela União. Os recursos dos fundos só podem sair na forma de benefícios de aposentadoria e pensão, ou então mediante o resgate ou transferência para outras entidades, pelos próprios participantes.

### Revista: Há cota mínima de servidores participantes por entidade para adesão ao Funpresp?

**José Ricardo:** Não existe esta limitação. No entanto é preciso observar que existe uma série de despesas administrativas que podem ter um peso proporcionalmente maior

---

naquelas entidades com menor número de participantes.

**Revista:** A que regras do mercado privado o Funpresp estará sujeito?

**José Ricardo:** As entidades de previdência dos servidores, tanto nos seus aspectos administrativos quanto nas regras para administração das reservas e benefícios, serão regidas pelas Leis Complementares 108/01 e 109/01. As entidades terão suas atividades supervisionadas e fiscalizadas pela atual Secretaria da Previdência Complementar e por normas e resoluções definidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar. As políticas de benefícios e de investimento serão definidas pelo conselho deliberativo da entidade. A lei definirá, ainda, qual o significado das “entidades de natureza pública” previstas na Reforma da Previdência.

**Revista:** Que argumentos podem ser usados para atrair o servidor a investir no fundo, uma vez que experiências passadas com instituições financeiras de caráter público não foram bem sucedidas?

**José Ricardo:** Primeiro, os novos servidores terão sua aposentadoria limitada a R\$ 2.508,00 mesmo que seu salário seja maior – esta é a maior motivação para que adiram. Além disso, somente o servidor que aderir ao fundo terá como contrapartida a contribuição do empregador – a União, no caso dos servidores federais – e isto terá influência no valor de seu benefício. Quanto às experiências mal sucedidas, podemos dizer que a participação dos trabalhadores na gestão dos fundos tem colaborado decisivamente para dar maior transparência à administração e para reduzir sensivelmente a incidência de investimentos prejudiciais aos participantes.

**Revista:** O fato de não se poder definir de imediato o valor do benefício não dificulta a obtenção de adesão dos servidores?

**José Ricardo:** A legislação preconiza que os planos de previdência dos servidores serão na modalidade de Contribuição Definida. A característica principal destes planos é que as contribuições do servidor e as da União, feitas em nome deste servidor, serão contabilizadas em contas individuais, compondo reservas para o pagamento de benefícios. Estas reservas serão investidas e a rentabilidade correspondente também será depositada nestas contas individuais. Quando o servidor se aposentar, será calculado um benefício proporcional ao valor destas reservas individualizadas. O servidor somente saberá o valor de seu benefício quando aposentar-se. No nosso entendimento, isto não deve dificultar a adesão do servidor, pois ele de antemão já sabe que precisará contar com um benefício complementar quando de sua aposentadoria. Como a soma das contribuições de toda a sua vida laboral é que determinará o valor do benefício, ele deve ter consciência de que precisa contribuir desde o início de sua carreira.

**Revista:** A instabilidade da economia nacional certamente interferirá nos be-

---

nefícios. Como o governo pretende lidar com isso?

**José Ricardo:** Todos os investimentos dos fundos de pensão envolvem um determinado risco e, evidentemente, a instabilidade na economia aumenta o grau de risco. Para reduzir os riscos dos investimentos, os dirigentes das entidades de previdência têm de definir políticas sérias e transparentes de investimento, de maneira a evitar prejuízos aos participantes, aumentar a rentabilidade e se cercar de garantias de retorno dos investimentos. Entendemos que o governo deva traçar políticas que levem a economia a um crescimento sustentado de longo prazo, que gerem emprego e renda e garantam estabilidade para os investimentos. Isso interessa a todo cidadão brasileiro e aos participantes de fundos de pensão, que veriam reduzir os riscos de seus investimentos, mas a gestão mesma dos investimentos depende muito mais dos dirigentes das entidades.

**Revista:** Quando o senhor imagina que a tramitação desse projeto de lei esteja concluído?

**José Ricardo:** É difícil fazer esta previsão, mas acredito que ainda no primeiro semestre de 2005 o projeto seja aprovado pelo Congresso Nacional. Os servidores e suas entidades representativas devem-se articular, solicitar negociações com o governo federal, analisar o projeto de lei e propor eventuais mudanças, quando ele for submetido ao Congresso. A Anapar, em conjunto com a CUT, já fez reunião com o Ministro da Previdência Social, levantando uma série de questionamentos sobre o assunto.

# Artigos Doutrinários

## Fator Previdenciário

Fabiano Verli\*

### 1. Aviso

A edição da Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, gerou a esperada reação de todos quantos discordam da política dos dois últimos governos para o setor da Previdência Social no País. A lei instituiu, no Direito brasileiro, o fator previdenciário, além de outras inovações.

---

\* Juiz federal, mestre em Direito Tributário pela UFMG, professor universitário e autor do livro *Taxas e preços públicos*, editora RT.

O propósito dos parágrafos seguintes é discutir a constitucionalidade deste coeficiente causador de tanta polêmica e até indignação. Inicialmente, contudo, algumas palavras sobre a seguridade social e a previdência social.

## 2. Seguridade social

Diz a Constituição brasileira de 1988 que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194, *caput*, CF/88).

Afinada com o entendimento moderno de seguridade social, a Carta define seus três compartimentos, nunca estanques: a saúde, “direito de todos e dever do Estado” (art. 196, *caput*), a previdência, “de caráter contributivo” (art. 201, *caput*) e a assistência social “prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição à seguridade social” (art. 203, *caput*). Três aspectos, três atuações, três problemas, diriam alguns. Manifestações desta busca pela segurança social não são de hoje.

Em Roma, e isso não é de se estranhar, a idéia já germinava, como afirma Sérgio Pinto Martins ao dizer que “a família romana, por meio do *pater familias*, tinha a obrigação de prestar assistência aos servos e clientes, numa forma de associação, mediante contribuição de seus membros, de modo a ajudar os mais necessitados”.

Da Idade Média, em 1344, lembra o autor, tem-se notícia do primeiro contrato de seguro marítimo, bem como, em 1601, na Inglaterra, da inovadora *Poor Relief Act*, lei de índole assistenciária.

Caixas de assistência mútua, montepios, sociedades de socorro, assim como ordens religiosas que praticavam caridade, ajudando na manutenção dos necessitados ou na cura dos doentes, são exemplos encontrados com relativa facilidade ao longo dos séculos nas sociedades razoavelmente desenvolvidas do mundo ocidental desde a Antiguidade.

Tais iniciativas representavam um *verdadeiro sistema* de proteção social nos *fronts* da previdência, da assistência e da saúde?

A resposta é não. Caso se parta da noção de “conjunto integrado de ações”, o que existia era apenas o delinear pálido de sistema. Mesmo assim, restrito à atuação da Igreja e, nos países mais prósperos destas épocas, a serviços de saúde gratuita, de resto, muito precários. E cabe destacar que justamente a previdência – em moldes orgânicos e sistêmicos – foi a última das três conquistas no seio da seguridade social.

### 3. Previdência social

Só na Alemanha de 1883, por iniciativa de *Otto Von Bismarck*, surge o pioneiro sistema de previdência que instituía o seguro-doença mantido com recursos do Estado e verdadeiros tributos pagos pelas empresas e pelos empregados.

No Brasil, 1923 é a data realmente importante, pois foi promulgada neste ano a Lei Eloy Chaves, que criava caixas de aposentadorias e pensões em favor dos ferroviários em todo o País. Na década de trinta, multiplicam-se os IAP's, Institutos de Aposentadorias de Pensões divididos por setor laboral (comerciários, marítimos, industriários etc). Em 1960, temos a Lops, Lei de Organização da Previdência Social e primeiro diploma, por assim dizer, a codificar as normas previdenciárias nestas plagas. Já na década de 70, foram criados os grandes institutos (INPS e Iapas) que, fundidos, dariam origem ao atual INSS na década de 90.

Uma das notas características da previdência no Brasil é, sem dúvida, a vigorosa interpenetração que sempre houve entre ela e a assistência social. Nem *sempre*, ao se percorrer a legislação previdenciária primeva, e até mesmo a atual, pode-se saber se este ou aquele dispositivo é realmente previdenciário ou assistenciário. Alguma razão para isto?

Provavelmente há muitas. Uma, no entanto, salta aos olhos. Inolvidável que o Brasil, ainda mais que a Alemanha de Bismarck, queimou etapas no seu desenvolvimento econômico-industrial. Mais do que na generalidade das outras nações, convivemos aqui em “países”. Um Brasil industrializado, com relações de trabalho formalizadas e modernas, de um lado, e um País arcaico, normalmente agrícola, muitas vezes subterrâneo, de outro. É emblemático o índice da população economicamente ativa com carteira assinada (hoje menos de 50%). Da mistura de “brasis”, a mistura de sistemas (previdência e assistência). Os esforços governamentais hoje, ao que parece, vêm no sentido de separar as prestações, depurar os tipos de intervenções. Distinguir principalmente o que é previdência do que é assistência.

### 4. Fator previdenciário

O fator previdenciário é apenas uma das muitas medidas empreendidas para mudar esta situação. Ele está amparado numa diferente concepção de previdência, a qual se encontra totalmente separada do assistencialismo que até agora influenciou o nosso Direito Previdenciário. É, com certeza, uma vaga de rigor e saneamento.

Trata-se de um coeficiente. Não uma unidade de medida para as aposentadorias. É um número solto, multiplicador da média dos salários-decontribuição

previamente extraída do cômputo das contribuições à Seguridade. Sua origem está na Lei 9.876/99, que modificou o art. 29 da Lei 8.213/91, em que agora se escreve *verbis*:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I – para os benefícios de que tratam as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 18 (respectivamente, aposentadoria por idade e por tempo de serviço), na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; *omissis* (grifei)

Bem entendido: por esta regra nova, o cálculo do valor inicial da aposentadoria por idade ou por tempo de serviço (pela EC 20, tempo de contribuição), primeiramente exigirá a soma das melhores contribuições atualizadas do segurado desde julho de 1994 que perfaçam 80% do número total de contribuições nesse período (Lei 9.876/99, art. 3º). Depois de feita a média, aplica-se o coeficiente.

O fator “será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar (...)” (ver § 7º do art. 29 da Lei 8.213/91). As palavras acima são reduzidas a uma fórmula matemática contida no anexo da Lei 9.876/99, que deu esta redação ao PBPS.

A fórmula:

$$F = Tc \times a / Es \times [1 + (Id + Tc \times a) / 100]$$

Onde:

F = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Por esta via, temos aposentadoria por idade e por tempo de serviço (ou contribuição) em que se levam em conta o quanto o segurado deixou nos cofres da Previdência ao longo de uma vida de trabalho (Tc e a), a sua idade simplesmente (Id) e o tempo de sua vida em que deverá ser sustentado pelo sistema (Es).

A alíquota de 0,31 da unidade ou, singelamente, 31%, representa a soma das contribuições da empresa (20%) e do segurado, pelo teto, que é de 11%, valores incidentes basicamente sobre o salário-de-contribuição. Ela, em verdade, representa a fração retirada mês a mês da relação de trabalho, do trabalhador e do contratante de serviços, e depositada no sistema de previdência social. É muito fácil perceber que, se a remuneração de 1.000,00 reais de alguém, por exemplo, for gerar, como efetivamente gera, receita de algo em torno de 310,00 para o INSS, teremos um quadro em que o segurado “reserva” 31 % de tempo de trabalho de sua vida in-

teira para se manter depois de se retirar. Assim, quem contribui por 35 anos terá “reservado” o suficiente para sobreviver em torno de 11 anos e meio (31 % dos 35 anos de contribuição). Essa a lógica desta alíquota. Representa a parte de recursos mensalmente retirada da economia para financiar as despesas futuras.

Quando multiplicamos, então, a alíquota (a) pelo tempo de contribuição (Tc), obtemos a quantidade de tempo de sobrevida, por assim dizer, “financiada” pelo segurado na ativa. É como se fossem as suas economias guardadas durante 35 anos de trabalho para viver o equivalente há 11,5 anos no seu merecido e necessário ócio com dignidade.

No denominador, aparece a expressão da expectativa de sobrevida (Es), que significa justamente o intervalo de tempo entre a concessão do benefício e a época provável da morte do segurado, segundo estatísticas atualizadas do IBGE. Ou seja, representa o tempo total e provável em que o aposentado, ex-segurado contribuinte à razão de 31 % de sua renda, será sustentado pelo sistema de previdência. Se, na época da aposentadoria, o segurado tem 58 anos, e a expectativa de vida no Brasil for 67 anos, ter-se-á, portanto, uma expectativa de sobrevida de aproximadamente 9 anos. Nove anos por conta do INSS.

Fácil perceber, diante desta matemática, que a situação ideal na proporção  $Tc \times a / Es$  (razão entre o tempo de poupança e o tempo de gasto) ocorrerá quando o resultado for 1, pois tudo o que for poupado terá sido gasto na manutenção do aposentado enquanto viver. Acontece que, na realidade, normalmente esta divisão tem resultado menor que 1, ou seja, menos tempo de contribuição que tempo de sobrevida após a aposentadoria. Em uma só palavra: *deficit*.

Com a incidência do fator previdenciário, explicitando esta situação na primeira parte da fórmula ( $Tc \times a / Es$ ), na maioria das situações, terá uma diminuição sensível do valor da renda inicial do benefício.

Atenta à realidade dos segurados no Brasil que procuram os postos do INSS para se aposentar com tempos de serviço que remontam à década de cinquenta, quando vigiam outras condições radicalmente diversas, a norma legal ainda traz uma segunda parcela na fórmula do coeficiente. Cuida-se de um bônus que visa a corrigir essa distorção causada pela intertemporalidade peculiar ao Direito Previdenciário e às questões atuariais em geral.

Esse bônus opera multiplicando o resultado da primeira parte ( $Tc \times a / Es$ ) por “1” mais uma fração correspondente à soma da idade (Id) com o tempo de contribuição efetivo ( $Tc \times a$ ).

Explicando: o número “1” tem a função de garantir que o segundo segmento da fórmula,  $[1 + (Id + Tc \times a) / 100]$ , represente sempre um *plus*, uma vantagem para o segurado no valor da renda inicial de seu benefício, nunca uma diminuição.

O “1” garante que, com esta parte, sempre se adicionará ao que já foi calculado na primeira parte ( $Tc \times a/Es$ ). Enquanto isso, o divisor “100” se justifica pela necessidade de se reduzir à porcentagem o numerador ( $Id + Tc \times a$ ).

Em resumo, o fator previdenciário compõe-se de duas partes. Na primeira ( $Tc \times a/Es$ ), temos uma retribuição, de forma puramente comutativa, em que o INSS devolve, em forma de benefício, dinheiro, o que o segurado deixou nos cofres da Previdência durante a vida de contribuição. Na segunda [ $1 + (Id + Tc \times a) / 100$ ], temos um bônus, de viés distributivo, em que o INSS reconhece que se devem fazer outras considerações como, por exemplo, a idade em que se encontra o segurado, independentemente do tempo de contribuição, dada a situação de que quase nunca o sistema previdenciário consegue mesmo se estruturar sob a forma puramente retributiva – daí a insuficiência do primeiro segmento e a necessidade do segundo – como ajuste.

Podemos dizer, então, que o fator previdenciário é o resultado de uma fórmula matemática que leva em conta a expectativa de vida, a idade e o tempo de contribuição do segurado. Tudo conforme o precitado § 7º do art. 29 da Lei 8.213/91. Digamos que o fator previdenciário conta a história do segurado no momento de se saber quanto ele terá mensalmente de renda.

Assim:

1) quem é mais idoso, independentemente de contribuição, ganha mais mensalmente pelo multiplicador bônus [ $1 + (Id + Tc \times a) / 100$ ];

2) quem contribui por mais tempo, por este fato isoladamente, ganha mais todo mês pelo multiplicando retributivo e multiplicador bônus  $Tc \times a/Es$  e [ $1 + (Id + Tc \times a) / 100$ ];

3) quem tem expectativa de sobrevida menor, após o momento da concessão da aposentadoria, ganha mais a cada prestação mensal, pois, com a expectativa de sobrevida baixa, terá, proporcionalmente, menor número de prestações, possibilitando que cada uma delas seja mais generosa, concentrando mais recursos; isto em razão do segmento retributivo da fórmula ( $Tc \times a/Es$ ).

Duas notas importantes: a Lei 9.876/99, instituindo o fator previdenciário, respeita o direito adquirido, pois aqueles que já perfizeram as exigências legais à obtenção de aposentadoria, até a data de vigência da lei, podem optar pela forma antiga de cálculo, sem fator previdenciário (art. 6º). Por outro lado, todos aqueles que se aposentam por idade podem também fazer esta opção pela não-aplicação do coeficiente se achar mais vantajoso (art. 7º). Muitas vezes será.

Há ainda uma norma de transição, já que este fator só incidiu em um sessenta avos por mês após a promulgação da lei. Portanto, incidiu o fator previdenciário

sobre toda a média de salários-de-contribuição em 2004 pela primeira vez.

## 5. Inconstitucionalidade do fator previdenciário e ADI 2.110/DF

Na promulgação da Lei 9.876/99, os partidos de oposição da época, usando de sua legitimidade constitucionalmente dada, impetraram perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta declaratória de inconstitucionalidade tendo em vista alegadas infringências a preceitos inscritos na Constituição Federal de 1988.

Em suma, alegaram o que se segue:

1) o fator previdenciário, ao considerar idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição, “adota orientação estranha ao comando constitucional, na medida em que exige, para recebimento do benefício integral da aposentadoria, que os beneficiários tenham contribuído para o Regime Geral da Previdência Social, por 35 anos, se homem, e por 30 anos, se mulher, e tenham 65 anos de idade, se homem e 60 anos de idade se mulher.”;

2) com este coeficiente, há a instituição novamente da aposentadoria proporcional. Todos, na verdade, passariam a receber tais benefícios proporcionalmente, o que é inconstitucional em face da extinção desta modalidade pela EC 20/98;

3) o art. 201, § 7º, que trata da aposentadoria na Constituição, em nenhum momento fala de expectativa de sobrevida ou de idade. Ao contrário, estabelece que não se podem adotar requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos beneficiários do RGPS;

4) “ainda que não se trate (o fator previdenciário) de requisito de elegibilidade, pois o benefício poderá ser concedido ao indivíduo que comprove o tempo de contribuição requerido independentemente da idade, materializa-se a fraude constitucional exatamente pelo fato de que, tendo o indivíduo idade menor do que a ‘necessária’, sofrerá perda de tal monta que se tornará proibitivo o exercício do direito, podendo chegar a quase 30% do benefício”;

5) “o art. 201, § 3º, é claro ao considerar apenas os salários-de-contribuição como elementos permitidos para o cálculo”;

6) a aposentadoria por tempo de contribuição não consta do rol dos benefícios do art. 201, I a V, da Constituição; por isso a observância do equilíbrio financeiro e atuarial a ela não se aplica;

7) além disso “se fosse relevante o critério atuarial, deveria ser efetivamente considerado quanto cada trabalhador recolheu ao longo de sua vida, assim como quanto foi o montante de contribuição de seu empregador, recolhido sobre o

respectivo salário. Tanto isso não é relevante, posto que (*sic*) a fórmula do fator meramente presume um montante contribuído, que não se considera que a contribuição do empregador não é de 20% salário-de-contribuição, mas de 20% sobre o salário total do indivíduo, assim como que a contribuição individual não é de 11%, mas varia conforme o valor do salário-de-contribuição do indivíduo entre 8% e 11%”;

8) a idade e a expectativa de vida não são uniformes no País, como parece fazer crer a Lei 9.876/99 ao instituir tabela única para ambos os sexos em todo o território nacional, igualando o que é, na verdade, desigual;

9) o art. 29 da Lei 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei 9.876/99, ao dar um bônus para o professor, estaria, implicitamente, reconhecendo a existência de perdas;

10) a supressão da antiga redação do art. 202 da Constituição Federal de 1988 “não autoriza (...) que se possa admitir a introdução, por lei ordinária, de regra que acarrete situação menos vantajosa para os segurados. Pelo contrário: nos termos do art. 7º da CF, quaisquer modificações estarão condicionadas a um requisito: a melhoria da condição social dos segurados”. Por outro lado, o equilíbrio financeiro e atuarial não seria nunca suficiente para justificar a restrição aos direitos dos segurados.

Sobre cada um destes pontos falarei tendo como ponto de partida uma reflexão acerca dos contornos essenciais aos direitos previdenciários.

## 6. Direitos previdenciários

As razões acima expostas, sem dúvida alguma, são respeitáveis e partem de premissas fortes no Direito brasileiro. Importa notar que uma raiz comum a elas todas é a interpretação constitucional mais benéfica à construção de uma sociedade mais solidária e que proporcione aos seus trabalhadores o maior nível de vida possível, mormente num País em que nível de vida elevado significa muitas vezes viver apenas dignamente. A construção de um novo ambiente social, nesta linha de interpretação, dar-se-ia diretamente pelas injunções de regras e princípios amplamente favoráveis aos segurados de maneira geral, tendo subjacente o entendimento de que estes direitos são viáveis, realizáveis, dadas a riqueza e as possibilidades de uma sociedade bem aquinhoadada, mas injusta.

Parece tratar-se de um erro de fundo, pois a mesma Constituição que impõe direitos sabiamente cuida das garantias. A própria disposição dos títulos e capítulos na Carta de 88 tende a revelar esta preocupação de, tanto quanto estabelecer direitos, garanti-los. Ver o texto constitucional como amontoado de direitos, belos

e idílicos direitos, é não vê-lo na sua completude. Ele não só estabelece os fins, mas também, normalmente, baliza o caminho. Não se cuida de Constituição sintética, mas analítica.

Em seara de normas que regulam a previdência social, esta marca é bem nítida e mais se destacou em função da recente EC 20/98. A ambivalência do complexo de dispositivos que tratam da previdência é flagrante. São exemplos dos que estabelecem metas da nossa organização social o art. 194, parágrafo único, I a IV; art. 201, I a V e §§ 2º, 3º, 4º e 6º ao 10. O que os caracteriza é exatamente o seu viés protetor, impositivo de direito com o favorecimento franco dos trabalhadores segurados.

De outro lado, existem também normas constitucionais, em tema de previdência, que se atêm basicamente à preservação e à construção do sistema previdenciário que efetivamente congregue em favor da população este “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”. A característica essencial deste segundo grupo de normas não é protetivo, mas quase instrumental ou ancilar. Cingem-se principalmente à manutenção do sistema. Nesta situação: art. 194, V a VIII; art. 195; art. 201, *caput* e §§ 1º, 5º e 11; bem como o art. 202. A sua *ratio* é a previdência sustentada, aquela com o mínimo de distorções possível.

Aparentemente há uma visão míope para a compreensão do título sobre a ordem social na Constituição Federal de 1988, especialmente no que toca ao Capítulo 11, da seguridade social. Provavelmente em razão de entendimento um tanto monolítico do que sejam os direitos sociais, não se atentam muitos dos estudiosos da Constituição para as diferentes tonalidades destes direitos que ora se aplicam às relações especificamente de emprego, ora às relações de trabalho em geral, umas vezes enfocando interesses individuais, outras, regulando os coletivos e em várias oportunidades tratando da previdência social.

O mau hábito, penso, está em ler, por exemplo, os arts. 6º e 7º da Carta de 88 sem atentar para o fato de que a mesma Lei Fundamental, lá no seu final, é pródiga na normatização de um complexo sistema que, em última análise, garantirá os direitos conquistados pelos trabalhadores. Ou seja, impossível entender tais artigos sem se debruçar sobre a estrutura do nosso conjunto de normas de proteção social. Eles andam de mãos dadas. São reciprocamente dependentes. Leviana será a leitura de uma parte sem o estudo da outra.

Talvez ainda não nos tenhamos acostumado com a previdência social no seu real sentido. Se no âmbito das relações de trabalho, direitos e deveres já são classicamente reconhecidos (ainda que altamente mutáveis se comparados aos direitos inscritos no art. 5º da Constituição) e apresentam nicho jurídico enquadrado

com relativa folga, quando se trata de relações previdenciárias, estas se sujeitam a um espaço de manobra muito mais restrito em razão das suas bases atuariais. A atuária é prima-irmã da previdência. Está na sua própria essência; impossível separá-las porque inviável qualquer previsão que não seja fundada em critérios científicos. O art. 201, *caput*, da Constituição o disse com clareza.

Enquanto os custos trabalhistas podem ser absorvidos de maneira relativamente menos catastrófica dentro de nossa ordem econômica, os custos previdenciários merecem tutela especial do constituinte pelo seu impacto na sociedade e no Estado de hoje e de amanhã. A diferença é nítida: ao tratar, por exemplo, dos direitos dos empregados em face dos patrões, as únicas balizas constitucionais diretamente envolvidas são aquelas relativas à livre iniciativa, ao ambiente de concorrência, entre outras previstas aqui e acolá no Texto Maior. Quer-se dizer: em se tratando de normas trabalhistas, há muito mais especificação na instituição dos direitos que na regulação/preservação das fontes. Por outro lado, no que se reporta à previdência, estes limites são muito mais sentidos, pois a Carta de 88 dispõe fartamente não só sobre direitos, mas também sobre as fontes garantidoras destes benefícios e a sua manutenção ao longo das gerações.

Assim, não adianta igualar, sem ressalvas, direitos trabalhistas aos direitos previdenciários; estes que implicam verdadeiras prestações administrativas mantidas com recursos tributários. Ambos são direitos sociais, têm sua raiz comum. Diferem-se, contudo, em alguns pontos. Talvez sejam até detalhes. Mas o diabo mora nos detalhes.

## 7. Mudanças

É natural que tudo o que seja novo cause reações negativas. A adoção do fator previdenciário está precisamente nesta situação. É uma novidade e vem no vácuo da EC 20/98.

Foi, aliás, por meio da EC 20/98 que se explicitaram, no Direito brasileiro, as bases essencialmente atuariais da legislação e do complexo das iniciativas previdenciárias. Agora está escrito no art. 201, *caput*:

Art. 201 – A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: *omissis* (grifei)

É uma mudança? Sim, pois agora temos explícita e inegavelmente a inscrição de um princípio que é das raízes do Direito Previdenciário. A política legislativa mais do que nunca tem de se adequar ao mandamento magno da preservação do equilíbrio atuarial e financeiro. Não há como fugir.

O fator previdenciário vem desenvolver este princípio, levando-o às suas conseqüências mais concretas. Por intermédio dele e de outras medidas recentes, muitas contidas na Lei 9.876/99, o equilíbrio atuarial e financeiro se realiza quando, por exemplo, leva-se em consideração a expectativa de sobrevida do aposentado ou quando o tempo de contribuição influencia decisivamente no *quantum* do benefício. Se posto diante do texto anterior, inconstitucionalidades saltariam aos olhos, talvez pela falta da fixação expressa do mencionado princípio. Hoje, promulgada a EC 20/98, a discussão toma outros rumos. No entanto inconstitucionalidades parece realmente haver neste fator, malgrado a circunstância de serem reparáveis sem que se tenha de atingir a sua essência.

## **8. Constitucionalidades e inconstitucionalidades do fator previdenciário e ADI 2.110/DF**

Linhas atrás, enumerei os pontos de ataque à constitucionalidade do fator previdenciário no seio da ADI 2.110. No momento, vou analisar item a item.

### **8.1. Novos requisitos exigidos**

É fundamental, antes de tudo, uma distinção clara entre o que sejam requisitos e o que sejam parâmetros para a renda inicial do benefício. Requisitos são imposições feitas pela lei para que o segurado possa gozar um benefício qualquer. São condições *sine qua non*. Podem ser gerais ou particulares de cada espécie de prestação previdenciária. Assim, por exemplo, o requisito de tempo de carência é requisito comum a muitos tipos de benefícios. Sem o seu preenchimento, o segurado não penetra na esfera onde se encontram os beneficiários desta prestação. Inversamente, o requisito redução da capacidade laboral é próprio da prestação auxílio-acidente; a incapacidade permanente é requisito específico da aposentadoria por invalidez, e a idade avançada é imprescindível para a concessão da aposentadoria por idade. Tanto a carência quanto essas circunstâncias constituem verdadeiros requisitos, como que “passes” para o ingresso no campo de abrangência da prestação.

Na outra ponta, temos os parâmetros para a determinação da renda inicial do benefício. Normalmente, o texto constitucional não trata deste aspecto dos direitos dos segurados. Sob a égide da sua redação anterior, o *caput* do art. 202 figurava como exceção à regra, pois estabelecia que a aposentadoria por tempo de serviço seria concedida em valor apurado com base na média dos 36 últimos salários-de-contribuição. Essa norma não vige mais no Direito Constitucional brasileiro.

A distinção clara entre requisitos e parâmetros de cálculo aparece, por exemplo, na aposentadoria por idade. Vejamos quais são os requisitos e quais são os

parâmetros. Pelos primeiros, temos a idade com fundamento no art. 201, I, e § 7º, II, CF, com a interpretação que lhe deu o STF, bem como o art. 48 da Lei 8.213/91. Por estes dispositivos, é de 65 anos a idade mínima para o empregado urbano. Outro requisito geral é o da carência de 144 contribuições mensais feitas ao RGPS para grande parte dos benefícios. Relativamente à definição da renda que estes benefícios gerarão, nunca tivemos maiores balizas constitucionais. A lei sempre determinou e determina esses parâmetros. Hoje eles estão no art. 50 da Lei 8.213/91 e implicam uma renda inicial de 70% do salário-de-benefício mais 1% deste em razão de cada grupo de 12 contribuições realizadas.

Não há como se enganar: no Direito brasileiro, requisito nunca se confundiu com bases para a determinação do valor dos benefícios. Esta determinação do *quantum* é um segundo momento em relação àquele da verificação das condições para a simples aquisição do direito às prestações.

Por isso, não há que se falar em instituição de novos requisitos para as atuais aposentadorias por tempo de contribuição e por idade. Os requisitos verdadeiramente continuam os mesmos. Para o benefício em razão do tempo de contribuição, são requisitos este período de contribuição bem como a carência (normalmente superada pelo tempo de contribuição), e só. Para as prestações em razão da idade avançada: somente a idade avançada e a carência.

Os parâmetros, esses sim, mudaram, mas é preciso ser lembrado que a Constituição de 1988 não os especifica de qualquer modo, razão, inclusive, da subsistência, por muitos anos, da aposentadoria por idade com sua forma de cálculo inteiramente disciplinada pelo legislador ordinário que, claro, não iria eleger como parâmetro a idade, independentemente dos anos de trabalho, já que a previdência é a face essencialmente contributiva da seguridade social.

Inexiste exigência de novos requisitos pelo fator previdenciário. Ele não trata de condições para o gozo de benefício. Trata do *quantum* da prestação. Aqui não vejo inconstitucionalidades.

## **8.2. Reinstuição da aposentadoria proporcional**

Mais uma vez são confundidos parâmetros e requisitos. O que caracteriza esta ou aquela forma de aposentadoria para podermos, inclusive, nomeá-las, são os requisitos, não a forma de cálculo. Assim, quando se pensa em aposentadoria integral, o termo “integral” significa substancialmente integralidade de anos para a aquisição do direito, que não será necessariamente equivalente à renda mensal do segurado. Normalmente é menor.

A aposentadoria proporcional realmente acabou no Direito brasileiro desde a vigência da EC 20/98 (fora, obviamente, os casos da regra de transição) e o fator

previdenciário não vem a permitir novamente que brasileiros se aposentem tendo contribuído com uma fração do tempo necessário à aposentadoria, hoje, sempre integral. Continuamos a ter apenas uma forma de aposentadoria: aquela por meio da contribuição ao longo da totalidade do tempo exigido. O fator não infringe o Texto.

### **8.3. Requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria**

O art. 201, § 1º, da Constituição, fala em proibição de adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos segurados da Previdência. Reporta-se o dispositivo às discriminações inaceitáveis fundadas em *status* profissional, em origem social ou regional, em fonte de rendimentos, em carreiras etc. Expressamente ressalvada é a situação das atividades exercidas em condições desfavoráveis à saúde ou à integridade física.

O fator previdenciário não discrimina qualquer segurado. Todos a ele se submetem, sem qualquer privilégio ou meio fictício de contagem de tempo ou idade. Quando faz referência à expectativa de sobrevida ou à idade, não institui discriminação, deixando de favorecer uns em detrimento de outros. Ao contrário, fixa regra aplicável genericamente, sem distinções. Difícil ver inconstitucionalidade neste particular.

### **8.4. Fator previdenciário provoca perdas nos valores de aposentadoria**

A Constituição de 1988 não define valores de aposentadoria. Libera o legislador para que ele próprio fixe os parâmetros de cálculo dos benefícios e se abstém de fazer equiparações ou vinculações, como erradamente se pensa, mormente no respeitante a uma pretensa vinculação ao salário mínimo.

Ademais, artigos da Lei 8.213/91, como o 28, que institui o salário-de-benefício, por exemplo, são demonstrações desta liberdade. O salário-de-benefício, que é aceito sem maiores discussões, revela-se também ele um índice, um parâmetro eleito com boa dose de discricionariedade pelo legislador ordinário. No entanto deixa de ser atacado. A verdade é que a LBPS está cheia de outros dispositivos que demonstram esta liberdade relativa do legislador na conformação do sistema de previdência, sendo outros exemplos a fixação, neste diploma, de percentuais aplicáveis ao salário-de-benefício para fins de determinação da renda mensal do benefício (arts. 44, 50, 53, 57, § 1º, 61 e 75). Por que só o fator previdenciário seria estranho à predita técnica constitucional? O art. 50 da Lei 8.213/91 também não estaria causando “perdas” aos segurados? Setenta por cento do salário-de-benefício mais 1% a cada grupo de 12 contribuições é o que concede ao aposentado por idade, sem que ninguém encontre nisso a reinstituição de aposentadoria proporcional ou motivo de perda no valor do benefício.

Também aqui, com muita dificuldade se veria inconstitucionalidade.

### **8.5. O art. 201, § 3º, da Constituição, permite consideração apenas dos salários-de-contribuição**

A redação do precitado parágrafo é:

§ 3º – Todos os salários-de-contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

O mandamento aí inscrito é importante, pois garante que o segurado não terá prejuízo por causa da ação deletéria da inflação sobre os valores nominais de suas contribuições. No entanto é impossível daí se retirar a conclusão de que o único elemento do cálculo será o montante dos salários-de-contribuição, vez que o próprio salário-de-benefício deriva deles. Além disso, desde que adotada esta tese, forçosa e conseqüentemente teríamos de considerar inconstitucionais todos os outros elementos que aparecem na legislação ordinária causando “perdas” aos segurados. Também constitucional neste ponto o fator previdenciário.

### **8.6. O princípio da observância do equilíbrio atuarial e financeiro não se aplica à aposentadoria por tempo de contribuição**

O art. 201, *caput*, determina que o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial permeiem todo o sistema previdenciário, em nada restrito ao conteúdo dos incisos seguintes que elencam os riscos ou eventos abrangidos pela cobertura mínima do sistema. Ora, a aposentadoria por tempo de contribuição, todos sabem, é uma peculiaridade do sistema brasileiro, pois não envolve, a rigor, qualquer risco ou evento a ser necessariamente coberto pela previdência na sua concepção mais pura. Daí o fato de a remissão a ela estar ausente do rol mínimo do art. 201. No entanto, uma vez instituída pelo exercício do poder constitucionalmente conferido ao legislador, a ela devem ser aplicados todos os princípios da Carta de 1988.

### **8.7. A alíquota de 31% do fator previdenciário não revela o real montante das contribuições ao longo dos anos feitas pelos segurados e pelas empresas**

De fato, a alíquota de 31% não é exata, mas inegável que a base de cálculo para a contribuição da empresa, conforme o art. 22 da Lei 8.212/91, é a totalidade dos valores pagos ou disponibilizados aos segurados, com exceção dos expressamente ressalvados pelo mesmo diploma, limites válidos para ambos, empresas e segurados. Por outro lado, sabe-se que grande parte dos segurados contribuem à razão de 8% ou 9%, portanto, menos que 11%.

Duas considerações sobre o problema. Primeiramente, a alíquota não subestima as contribuições feitas pelas empresas, mas superestima aquelas realizadas pelos segurados que, como dito, não contribuem homoganeamente à alíquota de

11%. Aliás, a maioria fica nas faixas de 8 ou 9%. Em segundo lugar, a alíquota é um índice. Algo muito comum no Direito em geral. Índices não reproduzem total e cabalmente a realidade a eles subjacente. Sua natureza é esta, indiciária. Por que os índices são usados largamente no Direito brasileiro (*verbi gratia*, no Direito Tributário)? Porque nem sempre é factível uma regra genérica – como a do fator previdenciário – reproduzir exaustivamente uma realidade. Imaginemos como seria apurar cada níquel, em valores atuais, de contribuição de cada segurado ao longo de sua vida. Uma regra geral válida para todo e qualquer segurado, em qualquer época seria inviável, até porque nosso Direito é pródigo em variações intertemporais nos valores destes tributos à seguridade. Por exemplo, a contribuição do segurado contribuinte individual era, há pouco tempo, de 10% sobre o salário-base. Hoje, é de 20%. Importante lembrar que os níveis de contribuição aumentaram de anos para cá, o que implica vantagem para a grande maioria dos pretendentes das aposentadorias, pois terão contados os seus tempos de contribuição com alíquota mais elevada do que as efetivamente praticadas no tempo de trabalho na ativa.

Estes fatos por si sós não impingem inconstitucionalidade ao fator previdenciário.

#### **8.8. As expectativas de sobrevida, no Brasil, são diferentes de região para região e variam também de acordo com o sexo do segurado**

Absolutamente justificável esta oposição dos impetrantes da ADI 2.110/DF, pois estas variações realmente acontecem e não podem ser ignoradas pelo legislador ordinário, vez que a sua não-consideração no momento de elaboração de um índice como o fator previdenciário implica ferimento ao princípio da isonomia, basilar na Constituição. Atacável, portanto, este ponto da Lei 9.876/99 por inconstitucional. Poder-se-ia alegar o fato de que, no fim das contas, pela média se atingiria a justiça necessária na determinação dos valores de benefícios, ainda que individualmente permanecessem distorções. Mesmo assim, é de todo recomendável que se modifique a disposição.

#### **8.9. O bônus ao professor é o reconhecimento disfarçado da inconstitucionalidade do fator previdenciário pelo próprio legislador**

A diferenciação no momento do cálculo dos proventos dos professores estaria ferindo a Constituição já que não seria isonômica. A EC 20/98 eliminou a figura da aposentadoria proporcional. Hoje, à parte as regras de transição, só completando 35 anos de contribuição, homem, e 30 anos, mulher, o segurado poderá obter o benefício. Existe justamente uma exceção: o professor, que precisará completar 5 anos a menos. Esta regra excepcional é prevista na própria Carta, sendo isenta

de maiores discussões.

No que se refere ao *quantum*, entretanto, a Constituição não faz diferenciação alguma. Esta se encontra restrita aos requisitos de concessão que, de fato, são muito mais benéficos ao professor. Quanto à distinção no montante da renda inicial, silencia-se o Texto Maior. E se percebe dificuldade em se falar na adequação do fator previdenciário à realidade do professor: ele já tem a regra excepcional que lhe beneficia no tocante aos requisitos. Seria certo presumir outra regra excepcional para a questão dos parâmetros da renda inicial? É sempre perigoso interpretar presuntiva e ampliativamente as regras de exceção.

Isto, no entanto, não retira a constitucionalidade da estrutura geral do fator previdenciário como instrumento de realização do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. Esse privilégio, contudo, é discutível política, moral e gerencialmente (antes de voarem as pedras: sou professor e filho de uma professora).

#### **8.10. A reforma das normas previdenciárias, por constituírem normas relativas a direitos sociais, não pode mitigá-las**

O enunciado *supra* encerra uma grande verdade no Direito brasileiro – em linhas gerais. Realmente, a Constituição está sempre aberta ao progresso normativo que garanta a todos aqueles que produzem uma retribuição digna de seu esforço e o respeito devido à sua condição humana e social.

Os direitos sociais previstos no art. 7º em favor dos trabalhadores, por exemplo, coexistem perfeitamente com “outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Ocorre, contudo, que, embora se proíba a involução do complexo de direitos, em nenhum momento se estabelece que a Constituição, na parte dos direitos sociais, seja imodificável. Ela não é, pois a noção de piora ou melhoria das condições jurídicas dos trabalhadores diante do Texto Constitucional infere-se da análise global destas condições, nunca da observância das regras isoladamente. É uma questão lógica e esta postura já é por demais conhecida em sede de Direito do Trabalho, já que as convenções e acordos coletivos nunca poderão, como sabido, piorar a condição do trabalhador, mas esta piora será sempre aferida globalmente, observadas, claro, as condições mínimas da legislação.

De fato, antes de se exigir tudo, a maior renda de benefícios possível, do sistema de previdência, com fundamento nos ditames constitucionais, é mister que se atente para essas mesmas normas que determinam também a manutenção da viabilidade da Previdência, já que, uma vez falido, *inviabilizado* este “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”, não se terá aonde recorrer para que prestações dignas, pontuais e universalizadas por toda a

sociedade sejam pagas aos que delas precisam.

A Constituição que confere direitos sociais é a mesma que os garante por meio de regras e princípios que têm por objetivo proteger o complexo de instituições e funções públicas que mantêm o regime previdenciário atual. Por isso, impossível ler o art. 7º fechando-se os olhos para o art. 201, tão válido quanto aquele. Esse art. 201 fala, como já explanado, do equilíbrio atuarial e financeiro como base da previdência.

Quanto à questão, especificamente, da involução da Carta Constitucional e da legislação, é preciso que nos lembremos do caráter contingente dos direitos sociais que compõem o rol dos arts. 6º, 7º e 8º. É, no mínimo, ingenuidade achar que se têm evolução e modernidade constitucional com o acréscimo constante de mais e mais declarações de direitos que talvez nunca sejam viabilizados, passando a figurar apenas como frases bem intencionadas, mas vazias de utilidade no desenvolver do projeto de um direito realmente presente e libertador. À guisa de exemplo, recentemente, uma emenda constitucional foi promulgada tendo como conteúdo, pasmemo-nos, a declaração do direito à moradia a todos os brasileiros. Deixarei de elencar neste momento todos os dispositivos e princípios constitucionais que, desde 5 de outubro de 1988, já produzem o mesmo efeito, que determinam a ação dos governantes e do legislador no sentido de proporcionar a cada brasileiro um teto. Isto seria desnecessário. Fica, no entanto, a preocupação com o excesso de “direitos”, vazios às vezes, que, na verdade, tiram força normativa da Constituição, em vez de fortalecê-la, enfraquecendo-a.

Por outro lado, o fetichismo da lei, do poder das palavras na lei ou na Constituição, nos leva a ver os direitos sociais como intocáveis.

Não são. O próprio art. 60, § 4º, da Constituição dá a pista sobre o caráter contingente dessas normas ao silenciar-se sobre elas na limitação do poder de emenda do constituinte derivado.

Exemplo claro são os direitos sociais relativos à mulher. A Convenção 4 da OIT, “ratificada por vários países, proíbe às mulheres, de qualquer idade, o trabalho noturno nas indústrias públicas ou privadas”. Ainda sem abandonar esta senda, a Convenção de número 89, da mesma entidade, abranda, no entanto, a proibição, pois “retira de sua esfera normativa não só as trabalhadoras de estabelecimentos em que sirvam unicamente pessoas da mesma família e as que ocupam postos de direção (...) também as mulheres que ocupam cargos de caráter técnico (...)”. Mediante consulta prévia a entidades de classe interessadas, o governo, por esta convenção, pode suspender o trabalho noturno.

Louvando a Lei 7.855/89, que revogou os arts. 379 e 380 da CLT, Alice Monteiro de Barros chama a atenção para o fato de que “não só na legislação brasilei-

ra, como na evolução da legislação interna de outros países, há uma tendência à redução ou eliminação da intervenção legal restritiva nessa matéria, manifestada até mesmo nas normas internacionais, como se infere do Protocolo 90 da OIT”.

Quanto à insalubridade por exposição a materiais tóxicos, as Recomendações 4 e 114 da OIT, bem como as Convenções 13 e 136, todas da OIT, são exemplos da proteção dedicada à mulher no campo do Direito do Trabalho. Essas determinações têm, em verdade, passado por reavaliações que tendem a modificar a sua disciplina, já que se sabe que nada há que evidencie um maior risco à saúde feminina do que à masculina de modo geral. No tocante à capacidade reprodutiva, inclusive, salienta a pesquisadora mineira, em seu trabalho, há maior suscetibilidade dos homens a terem seus órgãos afetados em relação ao mesmo risco corrido pelas mulheres.

Ainda ilustrando este caráter contingente dos tais “direitos intocáveis”, lembro a observação de Alice de que a Lei 7.855/89, no entanto, não tocou nas normas protetoras da mulher acerca de pesos máximos admitidos. O art. 390 limita em 20 quilos, para trabalhos contínuos, e 25 quilos para trabalhos eventuais. Diz: “o ideal seria abolir a restrição do art. 390 da CLT e submeter à apreciação de cada caso às condições pessoais da empregada, ao tempo consumido na atividade, às condições do serviço, mas sempre atentos para o disposto no art. 483, *a*, da CLT”. Por outro lado, cumpre frisar que nenhum dos países da Escandinávia aderiu à convenção, entremostrando a disparidade no entendimento do que seja proteção e do que seja discriminação.

Mais exemplos poderiam ser colacionados na tentativa de demonstrar como os direitos sociais sofrem, muito mais que os direitos fundamentais da geração primeira do constitucionalismo, a influência do meio social, das mudanças e das contingências deste. Sofrem também com as contingências do avanço da Medicina, da Nutrição, da prevenção, do aumento da expectativa de vida, enfim.

Afinal, deveríamos considerar a Lei 7.855/89 uma regressão? Ela não deixa de proteger? Ela não retira uma garantia da classe trabalhadora? Ora, a verdade é que, às vezes, o que se entende por proteção, vantagem ou garantia, num momento, noutra instante pode ser um obstáculo, um empecilho ao progresso social.

Hoje, o que se entende como garantia intocável dos trabalhadores e segurados da Previdência não pode ser fator de ruína desta Previdência, sob pena de a garantia se tornar o grilhão. De modo que toda mudança tendente a imprimir maiores justiça e solidez ao nosso sistema previdenciário não poderá ser vista *aprioristicamente* como uma ameaça às conquistas sociais. Estas devem ser efetivas e sustentáveis. Honestas. Infeliz do país pródigo de declarações e pobre de ações verdadeiras contra a chaga da pobreza e do abandono.

---

## 9. Conclusões

A novidade do final deste século XX, que ora é objeto de comentários, é mais um passo do Direito brasileiro no rumo de uma previdência realmente equilibrada, desligada do assistencialismo, dentro dos ditames constitucionais. Embora não tão impactantes como o pioneirismo de Bismarck para o mundo, a Lei Eloy Chaves, a Lops, o Iapas e o INPS, para o Brasil, as medidas constitucionais e legislativas empreendidas nos últimos 6 anos não deixam de se apresentar como um novo marco nesta linha evolutiva dos sistemas de segurança social.

Nada obstante, algumas falhas prejudicam o fator previdenciário e são inaceitáveis, sendo de toda conveniência a sua extirpação para que se preserve o instrumento de política previdenciária na sua essência.

---

### Da Recorribilidade no Processo de Justificação

Denise de Barros Faria\*

#### Introdução

O tema a ser tratado insere-se no ramo de Direito Público, no que diz respeito ao Direito Processual Civil, especificamente ao Direito Recursal, uma vez que trata do cabimento de recursos no processo de justificação judicial. Na legislação, o tema encontra-se no Livro III, Capítulo II, Seção IX, do Código de Processo Civil, ou seja, no livro que trata dos processos cautelares, no Capítulo dos Procedimentos Cautelares Específicos, especialmente nos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil. A doutrina, seguindo a estrutura do Código de Processo Civil, embora não reconheça o procedimento de justificação como um processo cautelar, classificando-o como ação cautelar atípica, ou seja, ação não cautelar, apenas submetida ao procedimento cautelar, para fins didáticos, estuda-o junto com os processos cautelares.

O estudo foi proposto tendo em vista a atualidade do tema, com a formação dos entendimentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais e, também, levando-se em conta a importância prática do assunto, já que pode levar prejuízo à parte.

A monografia está dividida em dois capítulos – o primeiro fará menção à origem do processo de justificação, sua natureza jurídica, finalidade, à diferenciação entre a justificação e a produção antecipada de prova, à efetividade e à natureza

---

\* Servidora de gabinete de desembargador federal do TRF-1ª Região e bacharel em Direito pelo Iesb.

jurídica da sua sentença.

O segundo capítulo, objeto central do estudo, trará em seu bojo a análise crítica da doutrina a respeito do cabimento de recursos no processo de justificação, as hipóteses de cabimento e alguns precedentes jurisprudenciais acerca da discussão referente ao que dispõe o art. 865 do Código de Processo Civil.

Por fim, serão apresentadas as conclusões a que se chegou com o estudo, bem como as referências bibliográficas.

## 1. Da justificação

### 1.1. Notícia histórica e legislação de regência

A origem do instituto da justificação reside no Direito Canônico, especialmente nas Decretais, de Gregório IX<sup>1</sup>.

Posteriormente, em Portugal, nos reinados de D. Afonso III, D. Dinis e D. Afonso IV<sup>2</sup>, determinou-se que procedessem às justificações de posses, no interesse público, uma vez que a exploração das terras estava na posse das ordens religiosas e estes reis procuraram facilitar as distribuições de terras<sup>3</sup>.

Buscando provas de identidade, o Regimento de 10 de dezembro de 1613 referia-se às justificações de herdeiros, defuntos e ausentes<sup>4</sup>. Já o Alvará de 12 de janeiro de 1619 falava em justificações com finalidade fiscal, como, por exemplo, a isenção de impostos sobre açúcar, dos engenhos novos, no Brasil.

O processo de justificação existe no Direito brasileiro desde as Ordenações Afonsinas<sup>5</sup>, mas foi a partir da Consolidação de Ribas que se distinguiram conceitualmente as justificações das ações de assecuração de provas<sup>6</sup>, que se confundiam anteriormente, embora tenha merecido críticas de Pontes de Miranda<sup>7</sup>. Assegurava Ribas<sup>8</sup> que “os juízes municipais processavam e julgavam as simples justificações, produzidas para documento e sem caráter contencioso”.<sup>9</sup> Advertia, entretanto, que “quanto, porém, às que forem meios regulares de processo para provas de fatos ou relações jurídicas, se consideram como causas, e a competência para elas se regulará pelo seu valor”. Pontes de Miranda demonstrou a imprecisão da distinção de Antônio Joaquim Ribas, uma vez que as simples justificações também eram para prova, embora “sem se pensar em processo em que fossem juntas”; já as outras, destinavam-se a fazer prova em processo.

Realmente, ambas referem-se às provas. Porém as justificações não exigem o *periculum in mora*, dão-se em processo autônomo e têm por fim constituir prova para que seja utilizada em processo futuro. A distinção é clara no próprio Código de Processo Civil, ao afirmar que a justificação presta-se a “quem pretende justi-

ficar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular”, consoante dispõe o art. 861<sup>10</sup>.

No Código de 1939, segundo Ovídio Baptista<sup>11</sup>, as justificações eram disciplinadas em título próprio<sup>12</sup>, diferente do que regulava as ações cautelares, que então eram chamadas de *medidas preventivas*.

O instituto da justificação foi pouco modificado no posterior Código de 1973, que tornou a redação do artigo mais técnica e explicitou que “o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”.<sup>13</sup>

Portanto, a justificação está disciplinada entre os procedimentos cautelares específicos, regulada nos arts. 861 a 866 do atual Código de Processo Civil.

Já no Direito português, “é espécie de processo especial e só se presta a justificar a ausência ou a qualidade de herdeiro ou representante de uma pessoa falecida” (arts. 1.103, e seguintes, e 1.115 do CPC)<sup>14</sup>.

## 1.2. Conceito

Antes de iniciar o estudo do tema central da presente monografia, qual seja, a recorribilidade no processo de justificação, é importante estudar o conceito do instituto.

Antônio de Moraes e Silva define a justificação “como prova judicial de alguma coisa”.<sup>15</sup> Na mesma linha, Ernane Fidelis dos Santos ensina que “quando se quer apenas provar o fato ou a relação jurídica, como se pretendesse documentá-los, diz-se que deles se faz ‘justificação’”.<sup>16</sup>

Ainda a respeito do assunto, leciona José Cretella Neto que a justificação “destina-se somente a constituir prova, não fazendo coisa julgada sobre o fato provado”.<sup>17</sup>

Define-se a justificação como “procedimento pelo qual se visa a constituir prova (...). Através da justificação, o requerente, também chamado justificante, deseja constituir prova da existência de algum fato ou de alguma relação jurídica, sem caráter contencioso, que possa servir em procedimento judicial ou administrativo (...)”.<sup>18</sup>

No mesmo sentido, Paulo César Conrado assevera que a justificação tem como finalidade “demonstrar a existência de um certo fato ou relação jurídica, tanto para fins não contenciosos (mera documentação), como contenciosos (servir de prova noutra ação)”.<sup>19</sup>

Por fim, De Plácido e Silva pontifica que a justificação “entende-se a prova

judicial acerca de alguma coisa, isto é, a prova da existência de ato ou de relação jurídica, a que se prenda interesse da pessoa”.<sup>20</sup>

### 1.3. Natureza jurídica

A justificação tem por finalidade a constituição de prova para que seja utilizada em processo futuro. Realmente, a justificação tem como finalidade básica a constituição de um documento para servir de prova em processo futuro, que não se confunde com a assecuração de prova, pois que mera documentação.

Ovídio Baptista<sup>21</sup> alerta para o aspecto de que, ao dispor o art. 861 do Código de Processo Civil que a justificação destina-se a provar a “existência de relação jurídica”, não significa que a relação jurídica se equipara, no que diz respeito à eficácia, à relação jurídica “declarada”, em ação declaratória do art. 4º, I. Por meio do processo de justificação, “justifica-se a existência de relação jurídica”, mas o resultado não é uma declaração da existência ou inexistência da relação jurídica. A justificação fica a meio caminho entre a declaração da existência de uma relação jurídica e a assecuração de prova, não se tratando, portanto, de ação cautelar propriamente dita. “É um processo de ação, como os demais previstos pelo Código como procedimentos cautelares específicos”<sup>22</sup>, mas não é cautelar, nem pode ser considerada uma forma de tutela de urgência, uma vez que lhe falta a urgência como elemento essencial.

Pontes de Miranda afirma que a justificação é ação constitutiva de prova, e não ação declaratória, *in verbis*: “O mais que pode ocorrer é conceber-se como constitutiva de prova para ação declarativa, talvez para a ação declaratória do art. 4º. Nunca, desde logo, como ação declarativa da relação jurídica”.<sup>23</sup> Esclarece que constituir prova de relação jurídica é diferente de declarar tal relação jurídica. Sustenta que a “justificação, no Direito brasileiro, fez-se processo autônomo, constitutivo de prova” e que na justificação “não se pede a declaração, nem a condenação, nem execução, nem mandamental, pede-se a constituição de prova. Somente isso”.<sup>24</sup>

Da mesma forma, Humberto Theodoro Júnior afirma que a justificação “não é ação declaratória, nem a substitui, apenas representa procedimento de constituição de prova, já que não gera coisa julgada sobre o fato justificado”<sup>25</sup>, sendo meio para documentar prova testemunhal; mero procedimento de jurisdição voluntária.

No mesmo sentido, Sérgio Sahione Fadel<sup>26</sup> e Luiz Rodrigues Wambier<sup>27</sup>, explicam que a justificação não é medida cautelar *stricto sensu*, pois os princípios gerais do procedimento cautelar a ela não se aplicam. Esclarecem que, embora o Código de Processo Civil declare essencial a citação dos interessados *ex vi* do art. 862, não é medida cautelar de caráter contencioso.<sup>28</sup>

Para Victor Bomfim Marins<sup>29</sup>, a disciplina do Código de Processo Civil para a justificação merece críticas, pois o legislador deu à justificação “tratamento heterotópico, localizando impropriamente a matéria no livro destinado ao processo cautelar”. Sustenta que a justificação não apresenta caráter cautelar, pois que dispensa o elemento do *periculum in mora*, essencial a essa modalidade de provimento.

Por tudo, é possível concluir que a natureza jurídica da ação de justificação é constitutiva de prova, não sendo cautelar, uma vez que não apresenta caráter de urgência, nem de contenciosidade.

#### 1.4. Finalidade

Quanto ao escopo do instituto, Gardênia Carmelo Prado<sup>30</sup> questiona a utilidade da ação de justificação. Assevera que a justificação judicial é um procedimento que se tem mostrado inefetivo e desnecessário no mundo jurídico moderno, que é pautado pela rapidez e efetividade. Alega que a justificação tem contribuído para a utilização indevida da máquina judiciária, pois reproduz toda a estrutura de um processo: distribuição, registro do feito, autuação, cadastramento, citações, intimações para audiência, serviços de audiência, coleta de prova, provimento judicial, registro da decisão, baixas no registro e na distribuição, conta de custas, recibo nos autos, além de mobilizar a máquina judiciária, desde o magistrado, o distribuidor, o escrivão, oficial de justiça, até o porteiro do auditório, datilógrafo, contador e, muitas vezes, o Ministério Público. Além do mais, as provas colhidas nos autos da justificação, embora perfeitas, possivelmente deverão ser repetidas em audiência, no processo contencioso, ocorrendo uma repetição de atos já praticados judicialmente.

Não obstante há na doutrina<sup>31</sup> quem apresente como finalidade da ação de justificação a constituição de um documento, que servirá de prova em processo futuro. Ministra Pontes de Miranda<sup>32</sup> que o objetivo da justificação é constituir simples documentos ou assegurar a prova ou concorrer para sua formação.

De acordo com Ovídio Baptista<sup>33</sup>, “a justificação se destina a justificar a existência de ‘algum fato ou relação jurídica’, de modo que esse fato ou relação jurídica cuja existência fora justificada possa ‘servir de prova em processo regular’”. Assim, a prova passa a existir no momento em que é prolatada a sentença homologatória da justificação, diferentemente do que ocorre com as ações de asseguaração de provas.

Humberto Theodoro Júnior<sup>34</sup> ensina que a justificação tem o fim de documentar fatos, podendo servir a dois objetivos diversos: simplesmente de documento para o proponente, sem caráter contencioso, exaurindo em si mesma sua finalidade processual, e servir de prova em processo regular.<sup>35</sup> O objetivo específico da

ação de justificação é a coleta de prova testemunhal sobre os fatos alegados na petição inicial.

Com entendimento idêntico, Ari Ferreira de Queiroz afirma que a justificação tem sua finalidade expressamente descrita no art. 861 do Código de Processo Civil: “a) servir meramente de documento para o requerente, vez que não tem o caráter contencioso e não obriga a terceiros, nem a parte a quem se pretende provar; b) servir de prova em processo regular”.<sup>36</sup>

A justificação é um procedimento judicial que tem por finalidade a produção de prova, mediante a inquirição de testemunhas, embora seja propiciada ao requerente a juntada de documentos, a fim de que as testemunhas possam, sobre eles, se manifestar e ser inquiridas.

Afirma Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>37</sup> que a justificação “visa a satisfazer interesse manifestado de modo unilateral”, podendo ser utilizada para efeito de simples documentação, sem finalidade contenciosa. O objeto da justificação reside na produção de prova de existência de fato ou relação jurídica, ou seja, na documentação de fatos, mediante as declarações de testemunhas, sendo facultado ao requerente a juntada de documentos.

Ulderico Pires dos Santos, por sua vez, afirma que o objetivo da justificação é provar alguma coisa perante alguém. Destaca como finalidades da justificação:

- a) a comprovação futura de fatos que poderão ser proveitosos à defesa do direito do justificante em juízo ou fora dele, na jurisdição contenciosa ou voluntária, ou na esfera administrativa nua de poder judicante; b) para o juiz se convencer da necessidade de conceder *in limine* os pedidos de manutenção ou reintegração de posse, formulados pelos interessados; c) para o juiz decidir, em audiência preliminar, se o autor da ação de usucapião é ou não detentor da posse mansa e pacífica em que se fundou o pedido, pois, *a contrario sensu*, este será logo julgado extinto, uma vez que é ela que constitui o ponto nuclear dessa ação; d) para o juiz decidir qualquer das medidas provisionais estatuídas no art. 888, I a VIII, do Código de Processo Civil.<sup>38</sup>

Prestando-se à prova de um fato ou relação jurídica, a justificação pode ser utilizada para que o requerente prove que tem incapaz sob sua dependência econômica, com finalidade de obtenção de benefícios, para provar tempo de serviço para efeito previdenciário, para provar a coabitação de pessoas acima da idade legal para contrair matrimônio sem a imposição do regime de separação de bens, para a existência de concubinato, com finalidade de obtenção de direitos decorrentes de tal estado, bem como para assento de óbito, referido no art. 88 da Lei de Registros Públicos. A propósito, a jurisprudência demonstra tais finalidades da ação de justificação:

Tratando-se de justificação judicial por meio da qual se pretende com-

provar concubinato, consolidou-se o entendimento no sentido de, na forma preconizada nos arts. 109, § 3º, da CF, e 15 da Lei 5.010, de 1966, admitir como competente a Justiça Federal quando requerida a justificação onde existente, e o juízo comum, nos termos do citado art. 15 da Lei 5.010.<sup>39</sup>

Quando o objetivo da justificação for diretamente o benefício previdenciário ou estatutário, perante a Administração Federal, devendo ser citada a União ou autarquia federal, a competência é da Justiça Federal.<sup>40</sup>

A justificação judicial há de ser tida como prova hábil a demonstrar a dependência para fins previdenciários, a despeito de não ser modalidade prevista no art. 14 e §§ da Consolidação das Leis da Previdência Social, sendo freqüentemente a única a substituir a prova administrativa, por demais severa entre beneficiários da classe mais humilde dos trabalhadores ligados ao INPS.<sup>41</sup>

A justificação, para fazer prova no pedido de retificação de nome de estrangeiro, pode e deve ser postulada na forma dos arts. 861 e seguintes do Código de Processo Civil, perante o Judiciário. Contudo a justificação deve ser postulada perante o juiz competente, e, *in casu*, ele é o do domicílio do requerente.

Sendo o foro competente o do domicílio do requerente, e nele não havendo vara da Justiça Federal, a justificação é processada perante o juiz estadual da comarca.<sup>42</sup>

Em processo de justificação judicial para provar ausência do marido do lar conjugal e com o objetivo de instruir pedido de benefícios junto ao Funrural, desnecessária é a citação edital do marido.<sup>43</sup>

A finalidade da justificação é, pois, como expressa o art. 861 do Código de Processo Civil, *documentar*, sem caráter contencioso, muito embora, via de regra, não tenha valor documental<sup>44</sup>, e *servir de prova* em processo regular.

Como informam Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda<sup>45</sup>, “a medida contida no art. 861 está destinada exclusivamente a documentar prova testemunhal, sem alçar-se, porém, o que é importante, a categoria de prova documental”. Também para Carnelutti<sup>46</sup>, “o documento será fonte secundária de prova se representa uma declaração testemunhal, decorrente de dedução indireta do fato a provar, isto é, de dedução deste mediante a dedução direta do testemunho (fato documentado)”. Por tal razão, Carnelutti não admite a justificação nem como começo de prova escrita, o que só ocorrerá, de acordo com o inciso I do art. 402 do Código de Processo Civil, quando o documento emanar da parte contra quem se pretender utilizar o documento como prova.

Corroborando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal<sup>47</sup> já decidiu que:

O documento escrito (no caso dos autos) serve apenas para provar o fato da declaração testemunhal antecipada, e não o fato que essa declaração

visa a comprovar, fato esse cujo meio de prova continua a ser o depoimento das testemunhas e não o documento que são os autos da justificação.

### 1.5. Da constituição de prova

Dispõe o art. 863 do Código de Processo Civil que a justificação consiste na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados na inicial a que se pretende justificar, facultando ao requerente a juntada de documentos. Tal dispositivo limita o âmbito da prova na justificação, não admitindo que nela se proceda prova pericial, vistoria ou qualquer outro tipo de prova. A juntada de documentos é autorizada para que seja possível ouvir as testemunhas a respeito do seu conteúdo, esclarecendo os fatos que se pretende justificar. Para tanto, a apresentação de documentos deve ser feita junto com a petição inicial ou, no mais tardar, até a data da audiência, pois a juntada posterior se tornará inútil.

A prova que se pretende constituir com a ação de justificação é a prova pessoal – consistindo em depoimentos testemunhais –, preconstituída, pois é preparada preventivamente, diante da possibilidade de sua utilização em ação futura. De acordo com Carreira Alvim<sup>48</sup>, a prova pessoal é resultante da afirmação ou atestação de uma pessoa; ou toda afirmação pessoal consistente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados. Observa que “a prova não interessa só ao Direito Processual, mas, também, ao Direito material. Muitas vezes, são produzidas provas sem que haja qualquer litígio atual, ou mesmo, sem que se saiba se haverá litígio futuro”, o que é o caso da prova constituída por meio da ação de justificação.

Com efeito, normalmente o momento de produção da prova testemunhal é o da audiência. De regra, a prova é produzida perante o juiz da causa e no momento adequado para a sua produção. Porém pode a prova ser produzida perante juiz de outra jurisdição, ou fora do momento em que deveria ser produzida. Nesta hipótese, encontram-se as provas constituídas por meio da justificação, quando há a necessidade de produzir prova de certo fato para invocá-la em processo futuro. No entanto a prova produzida na ação de justificação não há de ser confundida com a prova *ad perpetuam rei memoriam* – a prova produzida por meio da ação cautelar de antecipação de provas. Diferencia Pontes de Miranda:

(...) a diferença está entre o prevenir e o produzir desde logo, aqui sem o elemento subjetivo da cautelaridade. As justificações que não cabem nas produções antecipadas da prova independem da pretensão à segurança da prova. A produção desde logo é em processo autônomo, quando se trata de justificações dos arts. 861– 866 (...).<sup>49</sup>

Como afirmam Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda “consiste a justificação em documentar ‘a existência de algum fato ou relação jurídica’ para utilização futura, ou não, a critério do requerente, ausente o elemento de cau-

telaridade da asseguarção de prova regulada no art. 846. Não se trata de segurança de prova colocada em risco por algum fato, mas de mera documentação”. Sustentam que na justificação “não se cogita de assegurar determinado depoimento, senão de documentar ‘a existência de algum fato ou relação jurídica’, mediante ouvida de testemunhas, para eventual utilização futura, sem alçar-se, porém, o que é importante, a categoria de prova documental”.<sup>50</sup>

Não é só. No entendimento de Ovídio Baptista<sup>51</sup>, a prova passa a existir no momento em que é prolatada a sentença homologatória da justificação, diferentemente do que ocorre com as ações de asseguarção de provas.

A prova obtida mediante a justificação não é valorada pelo juiz da justificação; tal valoração só será feita em processo posterior. O juízo de mérito da prova constituída na ação de justificação somente será feito no futuro processo regular, em que a parte juntará os autos da justificação e o juiz da causa apreciará livremente a prova, ponderando os indícios de verossimilhança e o convencimento que os depoimentos houverem de merecer, em face do conjunto probatório produzidos.

De acordo com Sérgio Sahione Fadel, a prova constituída na justificação será “apreciada, examinada e valorizada pelo juiz da ação, ou pela autoridade administrativa, perante quem for utilizada”.<sup>52</sup> Evoca Hugo Simas, concluindo que, “por se tratar de prova a ser apreciada mais tarde, em ação a propor, nem por isso deixa de constituir prova, que há de ser formada com o mesmo zelo e cuidado posto nas demais com que o juiz formará sua convicção, para não se lhe dar tratamento diverso”.<sup>53</sup>

Ensina Humberto Theodoro Júnior<sup>54</sup> que a justificação visa, essencialmente, à coleta da prova testemunhal, os documentos não apresentam função própria de prova no ato, mas servem de orientação à inquirição das testemunhas. Enfatiza que a juntada de documentos não favorece nem prejudica os interessados, uma vez que o juiz não se manifestará a respeito deles. Ocorrendo a juntada de documentos, o requerido terá vista em cartório, no prazo de vinte e quatro horas, conforme dispõe o art. 864 do Código de Processo Civil. O único intuito desta vista é que possa o interessado preparar-se para a inquirição das testemunhas, não para discutir a essência do documento, já que o juiz não se manifestará sobre os mesmos.

A prova constituída na justificação é uma prova como qualquer outra e deverá ser valorada no momento oportuno por quem de direito, seja administrativa ou judicialmente, atribuindo-lhe o mérito devido, sem vinculação a juízo anterior. É no processo principal que haverá o juízo, a valoração da prova colhida em processo de justificação.

## 1.6. Da efetividade da justificação

Ovídio Baptista<sup>55</sup> ensina que a prova constituída por meio da justificação poderá ser recusada pelo juiz do processo regular referido no art. 861 do Código de Processo Civil, se este contar com prova contrária suficientemente idônea para invalidar a força probatória da justificação. Esclarece que o juiz do processo cautelar poderá considerar inexistente o fato ou a relação jurídica justificados, caso entenda que a prova lá produzida seja insuficiente, mesmo na ausência de prova contrária que invalide a justificação. Alerta, no entanto, que tal atitude deve ser evitada, sob pena de inutilizar-se a função processual das justificações, e que a eficácia probatória da justificação somente poderá ser recusada diante de provas capazes de neutralizar a prova constituída por meio de justificação. Evoca a lição de Hugo Simas:<sup>56</sup>

Nem pelo fato de constituir a justificação avulsa documento a ser utilizado pela parte que a produziu, diminui a necessidade de ser feita com aqueles requisitos todos estabelecidos para dar à prova testemunhal o inteiro valor de prova judicial. É iníquo e é irritante que não se dê a esse *documento judicial* o mesmo valor que se atribui ao *documento notarial*. Os males, os vícios e os abusos que foram degradando e desprestigiando inteiramente a prova por meio de justificação encontraram paradeiro nas medidas que este título lhe dispensa (refere-se o jurista ao Título do CPC de 1939 que tratava das justificações), para torná-la documento sem eiva de suspeição, *embora, como toda prova, sujeita a ser destruída por outra em contrário*.

Victor Bomfim Marins<sup>57</sup> destaca que alguns julgados têm atribuído eficácia probatória plena à justificação, com grave equívoco. Alega que, por não se tratar de procedimento contencioso e por não estar submetido ao princípio do contraditório, não há que se cogitar em eficácia declaratória da sentença que homologa a justificação, nem de coisa julgada. Pontifica que a justificação pode ser utilizada como elemento de prova em processo litigioso, sem prejuízo de outros indícios de prova que possam ser produzidos pela parte, buscando o convencimento do julgador. Remata que fato justificado não significa fato provado ou fato juridicamente considerado verdadeiro.

Para Édson Prata a justificação “consiste numa prova ‘quantum satis’, numa prova bastante para o que se pretende futuramente, quando necessária para a propositura de defesa judicial. Ou, então, para a proposição de medida cautelar, não considerada pela doutrina nacional como uma lide propriamente dita”. Sustenta que a justificação é prova que não acarreta certeza, mas plausibilidade que constitui um grau mais forte do que a simples verossimilhança; por isso que justificar consiste em provar *quantum satis*. Esclarece que a justificação nada mais é do que processo autônomo de coleta de prova testemunhal, passível de utilização em processo futuro.<sup>58</sup>

Por tudo, verifica-se que a justificação não representa um processo de efetividade reconhecida. Verifica-se que sua finalidade é a constituição de prova que poderá ser utilizada em processo futuro, seja administrativo ou judicial.

A propósito, observa Gardênia Prado<sup>59</sup> que se a justificação instruir um processo administrativo<sup>60</sup>, a prova constituída por meio dela, com observância de todas as formalidades legais exigidas para a formação da prova testemunhal, poderá não ser considerada, ou ser considerada apenas quando conjugada com prova material. Argumenta que o particular vale-se da justificação para a constituição de prova porque não tem a prova documental exigida, ou não a *quantum satis* para o atendimento da sua pretensão frente ao órgão da Administração. Conseqüentemente, desprestigiada fica a chancela judicial dada à prova apresentada, mesmo que o Judiciário não tenha enfrentado o mérito da prova, mas que foi colhida dentro dos padrões legais, com as garantias previstas em lei e, portanto, formalmente válida.

Também se a justificação instruir processo judicial, a situação é igualmente estranha quanto à efetividade, pois a prova colhida formalmente na justificação deverá ser repetida em nova audiência, na qual a produção probatória terá o mesmo enfoque dado na coleta da prova na justificação. Eis a lição:

(...) embora a prova da justificação, de início, seja considerada como prova documental (com as ressalvas feitas por respeitáveis juristas) no processo contencioso no qual vier a ser usada, a matéria fática (que geralmente é a substância das provas desse tipo) poderá demandar prova complementar, oral, ainda porque a parte figurante no pólo oposto, no processo contencioso pode não ser a mesma pessoa (ou seja, o “interessado”) citada no procedimento de justificação, e também porque neste último procedimento a participação dos interessados porventura citados não inclui a ampliação dos pontos sobre os quais a prova deva recair, posto que na justificação não se admite qualquer tipo de resposta.<sup>61</sup>

Em suma, sendo utilizada em processo judicial, os atos formais de oitiva de testemunhas para coleta de provas serão repetidos.

Por fim, caso a ação de caráter contencioso seja distribuída ao mesmo juiz que presidiu a justificação, poderá ocorrer que já se tenha formado convencimento quando da colheita da prova testemunhal na justificação, a respeito da questão de fato agora colocada em exame. Mesmo assim, não poderá o juiz refutar a repetição da prova testemunhal, sob pena de ver seu ato declarado nulo por restrição aos princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente. Critica Gardênia Prado que o Judiciário trabalha, no caso da justificação, com uma situação não protegida pela coisa julgada, restando, pois, infetivo o uso “da máquina judiciária e do órgão jurisdicional, em favor de uma pretensão que poderia ser diretamente manejada em processo contencioso, com todas as garantias

processuais para as partes, e que findaria em uma decisão meritória, passível de ser amparada pela coisa julgada”.<sup>62</sup>

### 1.7. Da natureza jurídica da sentença da justificação

Determina o parágrafo único do art. 866 do Código de Processo Civil<sup>63</sup> que o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais. Assim, a sentença da justificação limita-se à pretensão de provar, sem que se possa utilizar essa eficácia em outra ação.<sup>64</sup>

Realmente, a sentença proferida na justificação tem natureza constitutiva integrativa da prova realizada, mas sem a força constitutiva integrativa da prova, nem mesmo declarativa. Para tanto, depende que a sentença do processo “regular” a estenda, como conteúdo de sua própria eficácia; também não possui efeito mandamental, não se destinando a determinar que alguém faça ou deixe de fazer algo. Na sentença da justificação o juiz nada decide; limita-se a observar as formalidades legais, extrínsecas, como a citação válida e regular, impedimento de testemunhas, capacidade do autor, entre outros, para a constituição da prova testemunhal.

Também Carvalho Santos afirma que a sentença da justificação é do tipo constitutiva. Evoca Hugo Simas, porém, distanciando-se de seu entendimento de que a justificação deve ser julgada procedente ou improcedente. Para Carvalho Santos tal julgamento “não é cabível atento a que a justificação é apreciada como documento pelo juiz da causa ou processo em que vier a ser apresentada”. Continua dizendo que “a sentença, como bem diz Jorge Americano: o julgamento é simples constatação pelo juiz, das formalidades substanciais da petição (...) e dos depoimentos...”. “O mérito da justificação não pode ser apreciado pelo seu julgador, mas somente pelo juiz que deva conhecer da causa onde ela for produzida”.<sup>65</sup>

Já Victor Bomfim Marins<sup>66</sup>, ao revés, afirma que a documentação da prova por meio da justificação não acarreta propriamente eficácia constitutiva. Sustenta que é inadequado o uso da expressão “sentença constitutiva”. Trata-se de uma impropriedade sob o ponto de vista jurídico, uma vez que na justificação a documentação da prova passa-se no mundo dos fatos e não constitui, não cria, não modifica, não extingue relações jurídicas. Assevera que a sentença proferida na justificação não tem eficácia declarativa constitutiva, não declara a existência ou inexistência de relação jurídica nem, tampouco, constitui. Conclui que a sentença da justificação, no que se refere ao pedido, terá eficácia predominantemente mandamental.

Pontifica Humberto Theodoro Júnior<sup>67</sup> que na própria ata de encerramento da audiência ou em separado, o juiz prolatará a sentença, sem entrar no mérito

da prova produzida, nem no litígio, se surgir. Observará apenas as formalidades legais da citação, inquirição de testemunhas e da competência *ratione materiae*, firmando ter corrido regularmente o feito, simplesmente homologando a justificação.

A sentença da justificação tem, para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda<sup>68</sup>, natureza homologatória, com ausência de qualquer conteúdo decisório, limitando-se à verificação da observância das formalidades legais, sem pronunciar-se sobre o mérito da prova, não havendo juízo de valor nem quanto à existência do fato. Assim, sustentam ser impróprio falar-se em apreciação de prova pelo juiz ou, ainda, em julgamento procedente ou improcedente, em que se consideraria a justificação incapaz para produzir os efeitos pretendidos pelo requerente. Concluem que a justificação tem um sentido puramente documentador, em que o juiz exerce ato ordinatório, que consiste em deferir e acompanhar a produção da prova testemunhal. A sentença é, pois, homologatória, encerrando o procedimento com a verificação do cumprimento das formalidades legais.

Também para Édson Prata<sup>69</sup>, a manifestação final do juiz, que não se pronuncia sobre o mérito da prova, é um pronunciamento simplesmente homologatório. Assim, a sentença teria caráter meramente satisfativo. Explica que a justificação não se aproxima da ação declaratória, pois não gera coisa julgada sobre o fato justificado. Cita Lopes da Costa, explicando que na justificação o juiz não decide coisa alguma; limita-se a aferir a observância das formalidades legais, não faz pronunciamento sobre o mérito da causa e que a justificação é simples meio de documentar prova testemunhal.

Em suma, à luz do art. 861 do Código de Processo Civil, é possível concluir que a *sentença* a que se refere o art. 866 é de natureza *declaratória*. Porém o juiz não declara haver sido provada a existência do fato ou da relação jurídica indicada na inicial, ou não. Apenas declara a regularidade da produção das provas, extinguindo o processo por sentença. Assim, pode-se concluir que a sentença da justificação é uma sentença homologatória das provas constituídas em audiência de inquirição de testemunhas, e declaratória da regularidade formal da produção da prova. Resta saber se na justificação há a recorribilidade da respectiva sentença, tema principal da presente monografia e objeto central do próximo capítulo.

## 2. Da recorribilidade

### 2.1. Da irrecorribilidade das decisões

Dispõe o art. 865 do Código de Processo Civil: “No processo de justificação não se admite defesa nem recurso”. Daí a tese de que não é recorrível a sentença

e que a ela não se aplicam os dispositivos que tratam dos requisitos da sentença e do recurso de apelação, quais sejam, arts. 458 e 513.

Pontes de Miranda<sup>70</sup> assevera que na justificação não há defesa, implicando a impossibilidade de contestação, reconvenção ou embargos, nem recorribilidade, apontando a justificação como exceção ao princípio da recorribilidade das decisões judiciais. Realmente, sustenta que nenhum recurso é cabível. Porém levanta a questão de que no caso de sentença omissa, obscura, contraditória, em que se poderia pensar em embargos de declaração, diante da vedação legal, afastada ficaria a possibilidade de utilização de tal recurso. Esclarece, ainda, que na sentença o juiz não se pronuncia sobre o mérito da prova produzida, limitando-se a verificar se foram observadas as regularidades formais para a produção da prova, e que, no caso de erro material, é possível requerer a correção por petição simples ou o juiz poderá fazê-la de ofício. Eis a lição:

Não há defesa (nem contestação, nem reconvenção, nem embargos), *nem recorribilidade. Nenhum recurso, de regra é interponível*, mas há uma questão que surge e merece exame: se o juiz, ao proferir a sentença, comete obscuridade, suscita dúvidas quanto aos enunciados, ou algum enunciado da sentença, ou cai em contradição, *estão afastados os embargos de declaração? Diante do texto legal, sim*. A sentença não se pronuncia sequer sobre o mérito da prova, pois que se limita a verificar se foram observadas as formalidades legais. O que pode acontecer é que tenha havido inexatidão, ou erro de cálculo, casos em que se pode pedir a correção, ou o próprio juiz, de ofício, corrigir.<sup>71</sup>

Além disso, pelo fato de o juiz não se pronunciar sobre o mérito da prova, “não se há de invocar força de coisa julgada material por parte da sentença nas justificações, porque lhes falta elemento declarativo suficiente” (...) “A sentença desfavorável também não declara; deixa de constituir”.<sup>72</sup> Assim, o pedido de justificação pode ser renovado. Há, também, de se lembrar que, embora não caiba recurso, qualquer que seja a decisão, permanece a responsabilidade do juiz, de acordo com o art. 133, parágrafo único, do Código de Processo Civil, como bem lembra Pontes de Miranda.<sup>73</sup>

Também Humberto Theodoro Júnior<sup>74</sup> afirma que, na justificação, a citação não é para defesa ou contestação, uma vez que a justificação é procedimento unilateral, não apresentando a possibilidade de defesa nem de recurso. Além disso, na justificação não ocorre julgamento de mérito, nem mesmo a apreciação do mérito das provas produzidas. Ao final da audiência, o juiz profere sentença, “que não entrará no mérito da prova produzida, nem do litígio acaso existente entre os interessados”.<sup>75</sup> Simplesmente, verificará se foram observadas as formalidades legais, sendo a sentença de mera homologação.

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e outros<sup>76</sup> afirmam que na sen-

tença da justificação, o juiz não faz senão observar o cumprimento das formalidades legais, não decidindo coisa alguma, não se manifestando, como diz a lei, sobre o mérito da prova. Também, Cristiane Maria Vieira afirma que o juiz julgará a justificação por sentença, não se pronunciando sobre o que foi produzido, “limitando-se a verificar somente se foram obedecidas todas as formalidades legais, *sentença esta da qual não caberá recurso*, por tratar-se de sentença homologatória das provas produzidas”.<sup>77</sup>

Ressalta Ulderico Pires dos Santos<sup>78</sup> que na justificação as partes são citadas, não para contestar, mas para acompanhar a colheita da prova testemunhal, ou, ainda, se for o caso, contraditar as testemunhas, argüindo-lhes incapacidade ou impedimento ou suspeição. A citação é, também, para permitir que os interessados possam formular perguntas que entendem cabíveis ou úteis para o esclarecimento dos fatos que o requerente pretende justificar. Sustenta, então, o não-cabimento de recurso de qualquer espécie, uma vez que na justificação não há de se cogitar de defesa e sua sentença apenas homologa a colheita da prova, tendo índole meramente constitutiva da prova produzida, limitando-se a chancelar a perfeição na colheita da prova. Pontifica que, caso a prova tenha sido produzida sem a observação das formalidades previstas em lei, o juiz lhe negará aprovação, deixando de homologá-la; situação em que caberá ao requerente ajuizar nova justificação.

Antônio Macedo de Campos<sup>79</sup>, por sua vez, distingue como traço característico da justificação o fato de que nela não é admitida defesa e da sentença não caberá qualquer recurso, porque a matéria não faz trânsito em julgado. Caso o juiz não homologue a justificação ao prolatar a sentença, o interessado poderá renovar o pedido.

Na mesma linha de raciocínio, Pedro Mudrey Basan<sup>80</sup> afirma que, por tratar-se de mera homologação de prova produzida, não se admite defesa nem recurso no processo de justificação. Realmente, a justificação, por seu caráter não contencioso, não ensejando defesa, nem contestação e inexistindo sucumbência, não permitiu ao legislador prever a possibilidade de cabimento de recurso.<sup>81</sup>

Ernane Fidélis dos Santos afirma, seguindo a mesma linha de raciocínio, que “*não há recurso contra a sentença que homologa a justificação*, ainda que se impugne sua validade formal (art. 865)”.<sup>82</sup>

Esclarece Sérgio Sahione Fadel que na justificação “o citado ou interessado não se defende, *nem pode recorrer, porque o recurso pressupõe sucumbimento e isto não houve*”.<sup>83</sup> Ensina que “se a prova é falha, se é falsa, equívoca ou imprescritível, será matéria de discussão por ocasião da utilização respectiva”.<sup>84</sup> Afirma que, caso o juiz deixe de homologar a justificação, o requerente poderá renovar o pedido, não cabendo, portanto, recurso nenhum.<sup>85</sup> De fato, recurso pressupõe

sucumbência; é pressuposto subjetivo dos recursos a sucumbência, ou seja, a situação de prejuízo provocada pela decisão; somente a sucumbência justifica o recurso.

Ainda segundo Sérgio Sahione Fadel<sup>86</sup>, caso o juiz, ao proferir a sentença, deixe de homologar a justificação por não-observância das formalidades legais, a parte poderá intentar novo pedido, não sendo recorrível tal sentença, à luz do art. 865 do Código de Processo Civil, uma vez que o juiz não se pronunciou sobre o mérito da prova e porque durante a instrução processual foi impossível, ainda, a apresentação de defesa. Este é o entendimento esposado no seguinte acórdão: “Da sentença na justificação não cabe recurso, porque o pedido é renovável”.<sup>87</sup>

Ora, se é renovável o pedido, a sentença da justificação não produz coisa julgada material, de acordo com o disposto no art. 467 do Código de Processo Civil, não julgando nenhuma lide. Daí o não-cabimento de recurso.

Salienta João Penido Burnier Júnior<sup>88</sup> que, em face da irrecorribilidade da sentença, se, embora homologada a justificação, subsistir alguma nulidade, ocorrerá hipótese de cabimento da ação anulatória prevista no art. 486<sup>89</sup> do Código de Processo Civil. Realmente, incide o art. 486 do Código de Processo Civil quando se tratar de sentença de homologação em ações em que não há contenciosidade. A propósito, vale a pena conferir a jurisprudência no mesmo sentido:

É adequada a ação anulatória de sentença, proferida em justificação, desde que resultou provada a ausência de citação de interessado e tramitação do feito à sua revelia, e a sentença ostenta conteúdo meramente homologatório, inatacável pela via rescisória, porquanto nada decidiu, nem poderia decidir, a respeito do direito material, somada a circunstância da ausência do MP, tornando a sentença nula em caráter absoluto, em face do princípio da ordem pública – parágrafo único do art. 862 do CPC.<sup>90</sup>

Pode-se concluir, então, que a justificação prevista no art. 861 do Código de Processo Civil é ação em que não há contencioso, tratando-se de jurisdição voluntária, em que há o interesse do requerente de tão-somente constituir prova da existência de algum fato ou relação jurídica. Por isso, uma vez que ao juiz não é submetido nenhum litígio, cabe-lhe apenas verificar se foram observadas as formalidades legais para a constituição da prova, fazendo, então, exceção à regra da recorribilidade, dispondo o art. 865 do Código de Processo Civil que *no processo de justificação não se admite defesa nem recurso*. Assim, o autor da justificação pode renovar seu pedido em nova justificação.

## 2.2. Da recorribilidade

Elza Spanó Teixeira afirma que a inadmissibilidade de recursos no processo de justificação é contrária à Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Todo processo cautelar é, por essência, contencioso, haja vista a disposição geral contida no art. 802 do CPC. A disposição especial contemplada no art. 865, segundo a qual “no processo de justificação não haverá defesa nem recurso” é, evidentemente, anomalia que descaracteriza aquela providência como processo cautelar e que não foi, à evidência, recepcionada pelo atual ordenamento constitucional.

Essa afirmativa decorre de que face às disposições consagradas no *due process of law*, onde sobrepaira como segura diretriz, a garantia na CR (art. 5º, LV) corporificada em assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, com o acréscimo de que tal decisão não pode continuar a ser aquela singelamente proferida, destituída de motivação correspondente, posto que a própria Constituição, em modificação de substancial vulto, determinou que, doravante, serão fundamentadas “todas as decisões, sob pena de nulidade” (CF, art. 93, IX).<sup>91</sup>

Em contraposição, Victor Bomfim Marins afirma que “por causa das características da justificação, que não permite defesa e recurso”, afastados ficam o princípio do contraditório e o duplo grau de jurisdição.<sup>92</sup>

Sob outro enfoque, Theotonio Negrão, ao interpretar o art. 866 conclui: “‘Sentença’, logo cabe apelação (art. 513); mais adiante, ‘decisão’, logo cabe agravo de instrumento? Finalmente, de acordo com o art. 865, estamos em face de uma ‘sentença’ ou ‘decisão’ que não admite recurso algum....”<sup>93</sup>

No entanto há juristas que admitem a interposição de recursos contra sentença de justificação, mas só em alguns casos específicos.

Embora, de regra, a sentença da justificação seja homologatória, limitando-se apenas a certificar se foram observadas as formalidades legais<sup>94</sup>, não cabendo recurso consoante o disposto no art. 865 do Código de Processo Civil, não significa dizer que, se houver questão incidente a ser resolvida pelo juiz, não seja cabível agravo de instrumento da decisão interlocutória que a apreciar. Tampouco se pode falar em não-cabimento de apelação contra sentença que ultrapasse os limites dos termos da lei ou, ainda, como quando a sentença indefere a inicial considerada inepta. Faz-se, então, necessário analisar algumas hipóteses de cabimento de recursos no processo de justificação, de acordo com a doutrina e a jurisprudência.

### 2.2.1. Da sentença de indeferimento

De acordo com Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda<sup>95</sup>, a intenção do legislador, ao dispor no art. 865 do Código de Processo Civil que no processo de justificação não se admite recurso, foi impor a irrecorribilidade na sentença meramente homologatória da prova colhida, ausente qualquer conteúdo decisório. Isto porque, no momento adequado, no processo principal, o requerido

poderá discutir o mérito da prova. Como não existe prejuízo à parte, não há interesse recursal, não podendo, pois, recorrer da sentença.

No entanto o indeferimento da petição inicial que põe fim ao processo, sem julgamento do mérito, pode dar ensejo à interposição de apelação, por ser sentença, de acordo com o Código de Processo Civil – art. 267, I –, sentença terminativa, uma das hipóteses de cabimento da apelação, consoante o art. 513 do Código de Processo Civil.

Ensinam Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda que o indeferimento da petição inicial da ação de justificação leva ao cabimento do recurso de apelação, “pois a questão apreciada pelo juiz, de ofício ou a pedido do interessado, torna-lhe jurisdicional o pronunciamento”<sup>96</sup>. Daí o conhecimento da apelação interposta contra a sentença de extinção do processo de justificação.<sup>97</sup>

Também Antônio Cláudio da Costa Machado afirma que “a regra do art. 865 do Código de Processo Civil, segundo o qual no processo de justificação não se admite defesa nem *recurso*, não se aplica à hipótese de indeferimento da inicial”<sup>98</sup>. Na verdade, o legislador pretendeu “evitar a discussão sobre o mérito da prova constituída para ser utilizado em outros processos, quando, então, se abre a ampla discussão (....)”<sup>99</sup>.

Já Víctor Bomfim Marins<sup>100</sup> explica que o comando do art. 865 deve ser interpretado sem muito rigor, até por causa do princípio do duplo grau de jurisdição, que garante ampla revisão dos julgados pelos tribunais. Observa, ainda, que o recurso deve ser possível quando houver claro prejuízo à parte, como ocorre nos casos em que decisões “cerceiam a liberdade do interessado em juízo, impedindo-o, por exemplo, de promover a justificação”, ou de ouvir determinada testemunha.

Alexandre de Paula tem por compreensível que a sentença meramente homologatória não comporte recurso. Entretanto pondera que o ato que repele liminarmente a justificação, ou que indefere a citação das partes ou a intimação de testemunhas, ou, ainda, para o caso de indeferimento das perguntas formuladas pelo interessado, é inadmissível que sejam atos irrecuráveis.<sup>101</sup> Refere-se a precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por unanimidade, admitiu recurso de apelação contra sentença que julgou extinto o processo por entender inadequado o processo para justificar a existência de união estável.<sup>102</sup> Com efeito, ao dispor o art. 865 que no processo de justificação não se admite defesa nem recurso, não pretendeu significar que “não possa ser suscitada no procedimento pelo requerido questão que obrigue o magistrado a proferir decisão, da qual caberá, então, o recurso adequado”.<sup>103</sup> Daí a conclusão de que “não se admitir recurso da decisão indeferitória da inicial da justificação seria negar-se à parte o acesso à via judicial”.<sup>104</sup>

Também há precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar apelação em justificação julgada extinta ao entendimento de que se tratava de produção antecipada de prova, *in verbis*:

Finalmente, a regra do art. 865 do CPC (“No processo de justificação não se admite defesa nem recurso”) *não se aplica à hipótese dos autos, de indeferimento da inicial*; o que o legislador pretendeu, claramente, é evitar a discussão sobre o mérito da prova constituída para ser utilizada em outros processos, quando, então, se abra a ampla discussão, e não impedir o acesso ao remédio preconizado na lei expressa.

A se admitir raciocínio contrário, estar-se-ia criando uma dificuldade intransponível à pessoa que pretendesse constituir prova para servir em processo regular, porque, sem ela, talvez se inviabilize o exercício da ação principal.<sup>105</sup>

Então, tem-se que o indeferimento da petição inicial da justificação enseja recurso de apelação, a ser interposto no prazo de quinze dias. Assim tem-se manifestado a jurisprudência:

Todavia admite-se apelação da sentença que indefere liminarmente a petição inicial de justificação.<sup>106</sup>

*Processual Civil. Justificação judicial. Recurso. Admissibilidade. Jurisprudência.*

I – *Contra sentença que indefere liminarmente a inicial de justificação cabe recurso de apelação.*

II – Na justificação judicial é vedado ao juiz a apreciação do mérito da prova. Deve o magistrado limitar-se à verificação das formalidades (art. 866, parágrafo único) e se tudo correr regularmente, prolatar sentença de mera homologação da justificação. Ao julgar improcedente a justificação o MM. juiz adentrou no mérito da prova produzida em audiência, sem apontar qualquer irregularidade formal no procedimento adotado. Apelação provida para reformar a sentença e homologar a prova testemunhal produzida em audiência.<sup>107</sup>

*Justificação judicial – Jurisdição voluntária – Concubinato – Art. 45 da Lei 6.515/77 – Possibilidade jurídica do pedido – Indeferimento da inicial – Recurso.*

Se o requerente – com idade superior a 60 anos – quer valer-se da justificação judicial para comprovar a existência de mais de 10 anos de vida em comum com a companheira, com quem pretende contrair núpcias, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que está amparado pelo art. 45 da Lei 6.515/77. A justificação é ato de jurisdição voluntária, não comportando, em rigor, sentença alguma. A que proferida vale apenas como homologação, sem que o juiz possa entrar em qualquer apreciação sobre o valor da prova produzida, não obstante o processamento daquela medida nem mesmo a eventual inutilidade da prova. *Cabe recurso de apelação, por constituir error in iudicando (...).*<sup>108</sup>

Medida cautelar. Justificação. Inquirição de testemunha visando a pré-constituir prova a ser utilizada em ação futura. Hipótese expressamente prevista no art. 861 do CPC. Procedimento sem caráter preparatório, que não visa a assegurar prova. Inicial adequadamente fundamentada, expostos o interesse e a finalidade e mencionando o dispositivo legal autorizador. Impossibilidade de indeferimento sob a alegação de dever o requerente comprovar a necessidade e o interesse processual por se tratar de produção antecipada de provas. *Inaplicabilidade do art. 865 do CPC à hipótese de indeferimento da inicial. Recurso conhecido e provido*, determinando-se o prosseguimento do processo. Inteligência dos arts. 846/851 e 861/866 do Código adjetivo.<sup>109</sup>

*A regra do art. 865 do CPC, segundo o qual no processo de justificação não se admite defesa nem recurso não se aplica à hipótese de indeferimento da inicial.* O que o legislador pretendeu, claramente, foi evitar a discussão sobre o mérito da prova, constituída para ser utilizada em outros processos, quando, então, se abre a ampla discussão, e não impedir o acesso ao remédio preconizado na lei expressa.<sup>110</sup>

Por tudo, é possível concluir que a sentença de indeferimento da petição inicial da justificação enseja recurso de apelação.

### 2.2.2. Das sentenças *extra* e *ultra petita*

Ensina Reis Friede<sup>111</sup> que o Código de Processo Civil de 1939 dispunha, no art. 738, que “produzida a prova, o juiz dará sentença, de que não caberá recurso (...)”. A lei sempre foi clara ao determinar que o juiz não poderá se pronunciar sobre o mérito da prova na justificação, devendo limitar-se a verificar se foram observadas as formalidades legais, significando que “a sentença de justificação não se envolve com o mérito da prova”.<sup>112</sup>

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda afirmam que não se admite recurso da sentença meramente homologatória. No entanto, se houver questão incidente a ser resolvida pelo juiz, tal decisão desafiará agravo de instrumento. Ressaltam, ainda, que não se pode “afirmar a inviabilidade genérica de apelação contra sentença que ultrapasse os termos da lei”, pois se o “juiz valora a prova, excede o limite imposto pela lei, e o seu pronunciamento passa a desafiar recurso de apelação”. Esclarecem que, caso o juiz aprecie a prova produzida, ou julgue procedente ou improcedente a justificação, decidindo se as testemunhas foram capazes de provar a existência do fato ou relação jurídica que se quis constituir, ou, considerando a prova testemunhal incapaz de produzir os efeitos pretendidos pelo requerente, tal provimento “excederia o sentido puramente documentador da justificação”, na qual se “reclama exclusivamente ato ordinatório do juiz, consistente em deferir prova e conseqüente acompanhamento de sua produção”. Em tais casos o juiz não se limitaria a verificar a observância das formalidades legais, o que daria ensejo ao recurso de apelação.<sup>113</sup>

Antônio Cláudio da Costa Machado, por sua vez, faz referência à jurisprudência que admite apelação no caso da sentença que excede os limites da lei: “se o juiz, excedendo o limite de simples homologação da prova, imposto pela lei, aprecia questão, obtém recurso de apelação da sentença”.<sup>114</sup> Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *in verbis*:

Via de regra, nos processos de justificação não se admite defesa nem recurso. (...) não poderia o juiz extinguir o processo, ante o argumento de que, para fins previdenciários, a lei exige início de prova documental, porque trata-se de questão alheia aos limites da ação de justificação, nada impedindo que o interessado venha a obter a necessária prova material em tempo diverso.<sup>115</sup>

Pode-se concluir que, conforme dispõe o art. 865 do Código de Processo Civil, não se admite recurso em sede de justificação. Mas tal dispositivo refere-se tão-somente à sentença que homologa a legalidade na produção da prova testemunhal, e que não encerra qualquer juízo de valor sobre a prova colhida, limitando-se a atestar o atendimento das formalidades legais necessárias ao ato. No entanto a decisão que valora a prova, excedendo os limites impostos pela lei, é apelável.

### 2.2.3. Recurso extraordinário

Por fim, sustenta Ari Ferreira de Queiroz que a justificação apresenta-se como um caso singular de processo em único grau de jurisdição, não admitindo recurso nem defesa, consoante o art. 865 do Código de Processo Civil, não comportando contestação, reconvenção ou exceção, nem recursos ordinários, como o agravo ou a apelação. Destaca que, segundo regra geral, quando não couber qualquer recurso ordinário, pode caber recurso extraordinário, desde que ocorra qualquer das hipóteses previstas no art. 102, III, da Constituição Federal. Assim, caso ocorra o indeferimento da contradita da testemunha, haverá ofensa ao princípio da ampla defesa, podendo o interessado interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.<sup>116</sup> Trata-se de opinião isolada, ainda que muito respeitável.

## Conclusão

Procurou-se com o presente trabalho tratar de alguns aspectos da questão da recorribilidade no processo de justificação, por ser matéria pouco discutida no seio universitário e pela relevância do tema, especialmente para os jurisdicionados da área do Direito Previdenciário, dada a escassa literatura a respeito.

Antes de tratar do ponto principal, fez-se um apanhado da evolução histórica do instituto, enfocando sua origem, natureza jurídica, finalidade e eficácia, com o fim precípua de compreender a dinâmica da justificação judicial – instituto tão pouco valorizado pelos doutrinadores e em contrapartida tão utilizado nas causas previdenciárias.

Pelo que foi estudado, pode-se concluir que o disposto no art. 865 do Código de Processo Civil é matéria de discussão e divergência tanto entre doutrinadores como na jurisprudência dos tribunais.

Na análise do procedimento de justificação, regulado no Código de Processo Civil, nos arts. 861 a 866, constata-se que, embora destinado a justificar a existência de fato ou relação jurídica, seja no intuito de produzir documento sem caráter contencioso, seja para produzir prova em processo regular (art. 861), o juiz não faz pronunciamento sobre o mérito da prova, limitando-se a observar o cumprimento das formalidades legais (art. 866, parágrafo único). Fica o conteúdo da prova, portanto, sujeito à discussão.

O que resulta do procedimento de justificação é a produção formal e unilateral de documento relativo à situação ou à relação jurídica, que, por não permitir, no seu bojo, qualquer discussão acerca do mérito ou do conteúdo declarado, é passível de questionamento e confrontação quando da apresentação do citado documento. Assim, embora de tal procedimento resulte uma prova, não há geração de prova plena que deverá ser aceita de maneira indiscutível pelo juiz do processo regular.

Embora o Código de Processo Civil disponha que “no processo de justificação não se admite defesa nem recurso”, tanto a doutrina como a jurisprudência têm mitigado o rigor que impõe a irrecorribilidade, admitindo recursos em situações específicas, como nos casos de indeferimento da petição inicial, nos casos em que a sentença ultrapassa os limites da lei, ou seja, não apenas homologa a produção da prova como também adentra no mérito da questão, e, ainda nos casos em que questões incidentes, que dependem de decisões interlocutórias, admitem a interposição de agravo de instrumento.

Por tudo, a despeito do disposto no art. 865 do Código de Processo Civil, o certo é que cabe recurso na justificação judicial, ainda que excepcionalmente.

---

Notas:

<sup>1</sup> Disponível em [www.direito.com.br/noticias.asp](http://www.direito.com.br/noticias.asp). Acesso em 18 mar. 2004.

<sup>2</sup> Os reinados de D. Afonso III, D. Dinis e D. Afonso IV, em Portugal, ocorreram nos períodos de 1248 a 1279, de 1279 a 1325 e de 1325 a 1357, respectivamente.

<sup>3</sup> Reis, rainhas e presidentes de Portugal. Disponível em [www.arqnet.pt/portal/portugal/temashistoria/afonso4.html](http://www.arqnet.pt/portal/portugal/temashistoria/afonso4.html). Acesso em 18 mar. 2004.

<sup>4</sup> Alvará de 14 de outubro de 1766, § 5º.

<sup>5</sup> Livro III, Título 61, § 8º: “*E se por parte do reo for feito semelhante requerimento, ainda que as testemunhas nam sejam velhas, nem enfermas, nem esperem ser absentes, seram perguntadas em todo caso, sendo a parte citada, pera ver como juram, em sua pessoa, ou em sua casa, e as inquirições sarradas, assy como dito he no requerimento feito por parte do autor; porque elle reo nom he certo quando lhe*

*será feita a demanda, nem está em seu poder de lhe ser feita tarde, ou cedo, e se lhe assy nam fossem perguntadas as testemunhas em todo tempo por elle requerido, poderiam falecer ao tempo da demanda feita, e assy ligeiramente pereceria seu Direito”. Apud Pontes de Miranda, op. cit. p. 223, que esclarece, ainda, que a justificação sem haver o *periculum in mora* já se fazia presente nas Ordenações Afonsinas, como direito assente e codificado.*

<sup>6</sup> Chamada de prova *ad perpetuam rei memoriam*, produzida por antecipação como, quando uma testemunha está gravemente enferma sem que se saiba se viverá até o momento oportuno para a produção da prova testemunhal, ou, ainda, se forem as provas de natureza transitória e que desapareçam os vestígios caso não sejam imediatamente verificados, como bem exemplifica Carreira Alvim (ALVIM, J. E. Carreira. Elementos da teoria geral do processo, 7<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 244).

<sup>7</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII: arts. 796-889. 2<sup>a</sup> ed. rev. e aum. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

<sup>8</sup> *apud* Pontes de Miranda, 2003, p. 216.

<sup>9</sup> Consolidação, art. 10, alínea 1<sup>a</sup>.

<sup>10</sup> “Artigo 861. Quem pretende justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

<sup>11</sup> Silva, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, volume 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 342.

<sup>12</sup> “Art. 735. A parte que pretender justificar, para servir de prova em processo regular, a existência de ato ou relação jurídica, deduzirá em petição circunstanciada, a sua intenção, requerendo que, provado quanto baste, com a citação dos interessados, se julgue a justificação por sentença”.

<sup>13</sup> Art. 866, parágrafo único: “O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”.

<sup>14</sup> *Apud* Fadel, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Art. 1<sup>o</sup> a 1.220. Atualizados por J. E. Carreira Alvim. 7<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 1.048.

<sup>15</sup> Dicionário da Língua Portuguesa, II, 137, *apud* Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII: arts. 796/889. 2<sup>a</sup> ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 215.

<sup>16</sup> Santos, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. volume 3. Procedimento especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 8<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 457.

<sup>17</sup> Cretella Neto, José. *Dicionário de Processo Civil*. 2<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 276.

<sup>18</sup> Enciclopédia Saraiva de Direito – Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 375/377.

<sup>19</sup> Conrado, Paulo César. *Processo cautelar e procedimentos especiais*. São Paulo: Fiúza Editores, 1998, p. 31.

<sup>20</sup> Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves. 19<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 471/472.

<sup>21</sup> *op. cit.*, 2000, p. 342.

<sup>22</sup> *op. cit.*, 2000, p. 343.

<sup>23</sup> *op. cit.*, 2003, p. 216/217.

<sup>24</sup> *apud* Oliveira, C. A. Alvaro e Lacerda, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. 5ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 311, nota de rodapé 564.

<sup>25</sup> Theodoro Júnior, Humberto. *Processo cautelar*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, p. 323.

<sup>26</sup> Fadel, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Arts. 444 a 645. Tomo IV. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974, p. 290.

<sup>27</sup> Wambier, Luiz Rodrigues; Correia de Almeida, Flávio Renato; Talamini, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. volume 3. Processo cautelar e procedimentos especiais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

<sup>28</sup> Gardênia Carmelo Prado afirma que: “Quanto à natureza jurídica do instituto, doutrina pátria é uníssona ao afirmar que, embora topograficamente inserida no processo cautelar, a justificação trata-se de um procedimento especial de jurisdição graciosa (...) De uma simples leitura dos dispositivos que regem a matéria, percebemos que o processo de justificação não comporta qualquer tipo de contraditório, antes ou depois do provimento judicial que o finaliza – que possui caráter meramente homologatório”. PRADO, Gardênia Carmelo. Justificação judicial – por que mantê-la? *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*; doutrina, legislação, noticiário. Ano VII. N. 13. Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Sergipe, 1997, p. 101.

<sup>29</sup> Bofim Marins, Victor A. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889. (Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 323.

<sup>30</sup> *op. cit.*, 1997, p. 99/100.

<sup>31</sup> Entre os doutrinadores que defendem a finalidade da justificação destacam-se Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e Humberto Theodoro Júnior, entre outros.

<sup>32</sup> *op. cit.*, 2003, p. 215.

<sup>33</sup> *op. cit.*, 2000, p. 342.

<sup>34</sup> *op. cit.*, *Processo cautelar*, 1999, p. 323.

<sup>35</sup> Aliás, é este o conteúdo do art. 861 do CPC: “Quem pretende justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá em petição circunstanciada, a sua intenção” (grifei).

<sup>36</sup> Queiroz, Ari Ferreira de. *Direito Processual Civil: processo de execução e do processo cautelar*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. até junho de 1997. Goiânia: Editora Jurídica, 1997, p. 315.

<sup>37</sup> Teixeira Filho, Manoel Antônio. *Cadernos de Processo Civil: processo cautelar, medidas cautelares específicas*, 31: volume III. São Paulo: LTr, 2000, p. 8.

<sup>38</sup> Santos, Ulderico Pires do. *Medidas cautelares*. Doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Paumape, 1990, p. 296.

<sup>39</sup> Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. CC 4.383-8/RJ. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Data do julgamento: 14/12/90. RSTJ 33/369.

<sup>40</sup> Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. CC 660/DF. Relator Ministro Athos Carneiro. RSTJ 33/336.

<sup>41</sup> TAMG. 2ª Câmara. Apelação 14.386. Relator Juiz Aníbal Pacheco. Data do julgamento 29/06/

79. RT 538/217. *Apud* Miranda, Darcy Arruda; Miranda Júnior, Darcy Arruda; Kulgelmas, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais*, arts. 646 a 887. Brasiliense coleções, p. 3.994.

<sup>42</sup> TJSP. 2ª Câmara Cível. Apelação 254.386. Relator Desembargador Teixeira de Andrade. Data de julgamento: 11/11/76. JB 19/339. *Apud* Miranda, Darcy Arruda; Miranda Júnior, Darcy Arruda; Kulgelmas, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais*, arts. 646 a 887. Brasiliense coleções, p. 3.996.

<sup>43</sup> TJSP. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 269.578. Relator Desembargador Roberto Rodrigues. Data de julgamento: 09/11/78. RT 530/108. *Apud* Miranda, Darcy Arruda; Miranda Júnior, Darcy Arruda; Kulgelmas, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais*, arts. 646 a 887. Brasiliense coleções, p. 3.997.

<sup>44</sup> Acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, já decidiu que “*justificação não tem o caráter de documento público a que se refere a Constituição Federal, como também não tem esse caráter a apreciação e aceitação dela por alguma autoridade pública*” (RT, 271/225).

<sup>45</sup> Oliveira, Carlos Alberto Alvaro e Lacerda, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil; Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII, tomo II, arts. 813 a 889. 2ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 267.

<sup>46</sup> *Apud* Oliveira, Carlos Alberto Alvaro e Lacerda, Galeno, 1991, p. 267.

<sup>47</sup> Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 84.080/SP. Relator Ministro Moreira Alves. Data do julgamento: 06/04/76. RTJ, 79/307.

<sup>48</sup> Alvim, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo. 7ª ed. rev., ampl. e atual.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 227.

<sup>49</sup> *op. cit.*, 2003, p. 216.

<sup>50</sup> *op. cit.*, 2001, p. 310.

<sup>51</sup> *op. cit.*, 2000, p. 342.

<sup>52</sup> *op. cit.*, 1974, p. 289.

<sup>53</sup> *op. cit.*, 1974, p. 289.

<sup>54</sup> *op. cit.*, *Processo cautelar*, 1999, p. 324.

<sup>55</sup> *op. cit.*, 2000, p. 343.

<sup>56</sup> *apud* Ovídio Batista, *op. cit.*, 2000, p. 346.

<sup>57</sup> *op. cit.*, 2000, p. 322.

<sup>58</sup> Prata, Édson. Da justificação. *Revista dos Tribunais*, ano 79. 1990, v. 662, p. 18.

<sup>59</sup> *op. cit.*, 1997, p. 102/103.

<sup>60</sup> Gardênia Prado alerta que, na prática, o processo administrativo é muito mais vulnerável aos atos administrativos, mudando ao sabor da conveniência e necessidades da administração sem, muitas vezes, atender aos interesses públicos.

<sup>61</sup> *op. cit.*, 1997, p. 103.

<sup>62</sup> *op. cit.*, 1997, p. 103.

<sup>63</sup> Art. 866, parágrafo único, CPC: “*O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais*”.

- <sup>64</sup> Pontes de Miranda, op. cit., 2003, p. 217, *in verbis*: “A eficácia da ‘sentença’ na justificação é limitada à pretensão a provar, ou a assegurar a prova, sem a utilização dessa eficácia em enunciado de mérito de outra ação.”
- <sup>65</sup> Carvalho Santos, J. M. e outros. *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Vol. XXXI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, p. 12/13.
- <sup>66</sup> op. cit., 2000, p. 332/333.
- <sup>67</sup> op. cit., *Processo cautelar*, 1999, p. 326.
- <sup>68</sup> op. cit., 2001, p. 322.
- <sup>69</sup> op. cit., 1990, p. 20.
- <sup>70</sup> op. cit., 2003, p. 226.
- <sup>71</sup> op. cit., 2003, p. 226, grifei.
- <sup>72</sup> op. cit., 2003, p. 231.
- <sup>73</sup> op. cit., 2003, p. 231.
- <sup>74</sup> op. cit., *Processo*, 1999, p. 325.
- <sup>75</sup> op. cit., *Processo*, 1999, p. 326.
- <sup>76</sup> op. cit., 2002, p. 106.
- <sup>77</sup> Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 1ª ed. Desafio Cultural Editora, p. 171, sem o grifo no original.
- <sup>78</sup> op. cit., 1990, p. 298/299.
- <sup>79</sup> Campos, Antônio Macedo. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1997, p. 74.
- <sup>80</sup> Basan, Pedro Mudrey. *Medidas cautelares: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. 3ª ed. rev., atual. ampl. Bauru/ SP: Edipro, 1993, p. 58/60.
- <sup>81</sup> O autor, porém, alerta para a possibilidade de interposição de correção parcial ou mesmo de mandado de segurança contra ato da autoridade judicial, em vez de renovar o pedido.
- <sup>82</sup> Santos, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume 3. Procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 8ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 457/460, sem o grifo no original.
- <sup>83</sup> Fadel, Sérgio Sahione. Código de *Processo Civil comentado*. Artigos 1º a 1.220. Atualizado por J. E. Carreira Alvim. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 1.052, sem o grifo no original.
- <sup>84</sup> op. cit., 2004, p. 1.052.
- <sup>85</sup> op. cit., 2004, p. 1.052.
- <sup>86</sup> op. cit., 2004, p. 1.052.
- <sup>87</sup> Tribunal Federal de Recursos. 3ª Turma. Relator Ministro José Neri da Silveira. AC 28.709. Data do julgamento: 17/03/71. Publicado no *DJ* de 06/12/71:
- <sup>88</sup> Burnier Júnior, João Penido. *Do processo cautelar*. São Paulo: Interlex, 2002, p. 366.
- <sup>89</sup> *In verbis*: “Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

- <sup>90</sup> TJPR, 2ª Câmara Cível, Apelação 6.688, Rel. Des. Negi Calixto, julgado em 22/02/88.
- <sup>91</sup> Teixeira, Elza Spanó. *Código de Processo Civil*. Comentários. Jurisprudência. São Paulo: Editora LTr, p. 451.
- <sup>92</sup> op. cit., 2000, p. 331.
- <sup>93</sup> *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas de Theotonio Negrão, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 35ª ed., atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 840.
- <sup>94</sup> Conforme dispõe o art. 866 do Código de Processo Civil.
- <sup>95</sup> op. cit., 1991, p. 275.
- <sup>96</sup> op. cit., 1991, p. 275.
- <sup>97</sup> Alvaro de Oliveira, C. A. e Lacerda, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Lei 5.689, de 11 de janeiro de 1973). Vol. VIII. (Arts. 813 a 889). Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: 2001, p. 323.
- <sup>98</sup> Machado, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil anotado jurisprudencialmente*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1.019, sem o grifo no original.
- <sup>99</sup> op. cit., 1996, p. 1.019.
- <sup>100</sup> op. cit., p. 331.
- <sup>101</sup> Paula, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Volume 3 – arts. 566 a 889. Do processo de execução e do processo cautelar. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 3.373/3.380.
- <sup>102</sup> “Justificação. Indeferimento da inicial. O art. 865 do CPC, que dispõe que no processo de justificação não se admite defesa nem recurso, não se aplica à hipótese de indeferimento da inicial. Tal provimento judicial é apelável. União estável: justificação de sua existência. Possibilidade. Apelação conhecida e provida”. JRGs. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 592035182. Data do julgamento: 16/09/92. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, 157, p. 291, sem o grifo no original.
- <sup>103</sup> TJRGs. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Alceu Binato de Moraes. Apelação Cível 592035182. Data do julgamento: 16/09/92. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, 157, p. 291.
- <sup>104</sup> op. cit., *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, 157, p. 292.
- <sup>105</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara Cível. Relator Desembargador Laerte Nordi. Apelação 139.811-2. Data do julgamento: 02/03/89. *Revista dos Tribunais*, ano 78, abril de 1989, v. 642, p. 128/130.
- <sup>106</sup> Tribunal Federal de Recursos. 3ª Turma. Relator Ministro Nilson Naves. AC 91.910/SP. Data do julgamento: 09/06/87. *DJ* 05/11/87 *apud* Negrão, Theotonio. op.cit., p. 617.
- <sup>107</sup> TJDFt. 3ª Turma Cível. Relator Desembargador José de Campos Amaral. Apelação Cível 91.448. Data do julgamento: 18/11/96. *DJ* 26/02/97, sem o grifo no original.
- <sup>108</sup> TJMG. 1ª Câmara. Relator Desembargador Freitas Barbosa. AC 79.443-1. Data do julgamento: 25/04/89, sem grifos no original.
- <sup>109</sup> RT, 642:128 *apud* Machado, Antônio Cláudio da Costa. op. cit., p. 1.019, sem grifos no original.

<sup>110</sup> TJSP. 11ª Câmara. Relator Desembargador Laerte Nórdi. Apelação 139.881-2. Data do julgamento: 02/03/89. RT642/129 apud Friede, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 5.869*, de 11/01/73. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, sem grifos no original.

<sup>111</sup> Friede, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 5.869*, de 11/01/73. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 2.971.

<sup>112</sup> op. cit., 1998, p. 2.971.

<sup>113</sup> Alvaro de Oliveira, C.A. e Galeno Lacerda. *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*. Vol. VIII (Arts. 813 a 889). Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª ed. revista e atualizada, 2001, p. 322/325.

<sup>114</sup> op. cit., 1996, p. 1.019.

<sup>115</sup> Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 1ª Turma Suplementar. Relator convocado Juiz José Henrique Guaracy Rebelo. *Apelação Cível 94.01.34207-5/MG*. Data do julgamento: 30/10/01.

<sup>116</sup> Queiroz, Ari Ferreira de. *Direito Processual Civil: processo de execução e do processo cautelar*. 3ª ed. rev. e ampl. até junho de 1997. Goiânia: Editora Jurídica, 1997, p. 318. Quissum itius cii ses hil terorum sullegi tissoltus, percepo untris; norum actumus idendement. Quam pra terunum

#### Referências Bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BASAN, Pedro Mudrey. *Medidas cautelares: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. 3ª ed. rev., atual., ampl. Bauru/ SP: Edipro, 1993.

BOMFIM MARINS, Victor A. A. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889*. (Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Do processo cautelar*. São Paulo: Interlex, 2002.

BORTOLAI, Edson Cosac. *Manual de prática forense civil*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas de Theotonio Negrão, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 35ª ed., atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMPOS, Antônio Macedo. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1997.

CARVALHO SANTOS, J. M. e outros. *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Vol. XXXI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

CONRADO, Paulo César. *Processo cautelar e procedimentos especiais*. São Paulo: Fúza Editores, 1998.

CRETELLA NETO, José. *Dicionário de processo civil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

*Enciclopédia Saraiva de Direito* – Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado. Arts. 444 a 645. Tomo IV*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.

- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil comentado*. Artigos 1º a 1.220. Atualizado por J. E. Carreira Alvim. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- FRIEDE, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11/01/73*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GUIMARÃES, Acelino Pedro. *Da jurisdição e das ações acautelatórias específicas*. São Paulo: LEUD – Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1997.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo cautelar*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento. Volume I. 38ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil anotado jurisprudencialmente*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Darcy Arruda; MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda; KUGELMAS, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais, arts. 646 a 887*. Brasiliense coleções.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII: arts. 796-889*. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2.003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro e LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil; Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, volume VIII, tomo II, arts. 813 a 889. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. 5ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- PARIZATO, João Roberto. *Do processo cautelar*. Artigo por artigo. Doutrina, Jurisprudência, Prática Forense. Ouro Fino/ MG: Edipa editora e distribuidora de livros, 1999.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. Volume 3 – arts. 566 a 889. Do processo de execução e do processo cautelar. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- PRADO, Gardênia Carmelo. Justificação judicial – por que mantê-la? *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*; doutrina, legislação, noticiário. Ano VII. N. 13. Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Sergipe, 1997.
- PRATA, Édson. Da justificação. *Revista dos Tribunais*, ano 79. 1990, v. 662.
- QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito Processual Civil: processo de execução e do processo cautelar*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. até junho de 1997. Goiânia: Editora Jurídica, 1997.
- Reis, rainhas e presidentes de Portugal. Disponível em [www.arqnet.pt/portal/portugal/temashistoria/afonso4.html](http://www.arqnet.pt/portal/portugal/temashistoria/afonso4.html). Acesso em 18 mar.2004.
- Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 157, abril/1993, ano XXVIII.
- Revista dos Tribunais*. Ano 78, abril de 1989, v. 642. Publicação oficial do Tribunal de Justiça, Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo; dos Tribunais de Justiça do Paraná, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Goiás e dos Tribunais de Alçada de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Alçada Civil do Rio de Janeiro.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. volume 3. Procedimento especiais codificados e da

legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 8ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Ulderico Pires do. *Medidas cautelares*. Doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Paumape, 1990.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*: processo cautelar (tutela de urgência), volume 3. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TEIXEIRA, Elza Spanó. *Código de Processo Civil*. Comentários. Jurisprudência. São Paulo: Editora LTr.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos de Processo Civil*: processo cautelar, medidas cautelares específicas, 31: volume III. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 1ª ed. Desafio Cultural Editora.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. volume 3. Processo cautelar e procedimentos especiais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

# Tópicos Jurídicos

## Existe Crime Tributário?

Élcio Arruda\*

A indagação encimada decorre da quotidiana atuação na seara criminal. Neste terreno, os mecanismos paulatinamente engendrados com vistas à *descriminalização tributária* parecem colocar em xeque a própria legitimidade da tipificação penal.

Num primeiro lance, forçoso meditar sobre o adimplemento do débito, a vista ou parceladamente, dotado de força extintiva de punibilidade.

Impõe-se uma digressão.

O primitivo diploma legal a cuidar do crime de sonegação fiscal, Lei 4.729, de 14/07/65, no art. 2º, dotava o pagamento do tributo de eficácia extintiva de punibilidade, contanto que efetuado antes de se deflagrar a *ação fiscal*<sup>1</sup>. O Decreto-Lei 1.060, de 21/10/69, no art. 5º, alargou o espectro de incidência da descriminalização, na medida em que o adimplemento passou a ser tolerado até a decisão administrativa de primeira instância e a punibilidade fenecia se o sujeito ativo

\* Mestre em Direito, professor de Direito Penal e Processual Penal, juiz do Juizado Especial Federal.

possuísse, junto à Fazenda, crédito fiscal superior ao montante não-recolhido<sup>2</sup>. A elasticidade foi, inclusive, encampada pelo Pretório Excelso, ao editar a Súmula 560<sup>3</sup>.

Mais recentemente, a Lei 8.137, de 27/12/90, no art. 14, a par de redefinir os crimes tributários, conservou a benesse, fixando o recebimento da denúncia criminal como *dies ad quem* do pagamento extintivo<sup>4</sup>. A Lei 8.383, de 30/12/91, no art. 98, entretanto, revogou, expressamente, todas as regras conferindo ao pagamento do tributo a eficácia de fulminar a punibilidade<sup>5</sup>. Posteriormente, a Lei 9.249, de 26/12/95, no art. 34, reinstalou o benefício<sup>6</sup> e, há pouco, a Lei 10.684, de 30/05/03, no art. 9º, § 2º<sup>7</sup>, ampliou-o substancialmente, ao suprimir o marco temporal então existente (*até o recebimento da denúncia*), de modo a fazer tábula rasa do benefício da espontaneidade.

Como se vê, a evolução legislativa, neste campo, deixa à mostra a tendência de se *afrouxar* – senão suprimir – os tipos tributários, ao pretender desnaturá-los com a quitação da exação, quer à vista, quer parceladamente, tão ao gosto dos sectários do *laxismo penal*<sup>8</sup>. Evidencia-se, com isto, o propósito de se comunicar escopo meramente arrecadador à incriminação. A bem da verdade, quando o caso aporta em juízo, tem-se, na prática, genuína “ação penal de cobrança”, bem o sublinhou o Desembargador Federal Carreira Alvim<sup>9</sup>.

E assim não pode se suceder, a nosso aviso.

Primeiro, por ser tarefa estranha ao Direito Penal, como sabido e ressabido, servir de veículo de coação à satisfação de obrigações tributárias. O *pragmatismo* é inservível a desnaturar a verdadeira função do Direito Penal: lutar contra o crime, ao lado dos denominados antídotos sociais<sup>10</sup>.

Segundo, por se afigurar, de rigor, inconstitucional todo e qualquer regramento atribuindo ao adimplemento do tributo eficácia extintiva de punibilidade, independentemente de estatuir, ou não, marco temporal<sup>11</sup>. Critério de *descrimen* de cunho exclusivamente econômico soa impróprio no campo repressivo, por maltratar o princípio da isonomia. Se se albergá-lo, reprimenda haverá apenas no tocante aos infratores menos bem aquinhoados, desprovidos de recursos. Quem puder pagar não responderá criminalmente, enquanto quem não puder fazê-lo ver-se-á incurso penalmente.

De tal sorte, rigorosamente, o pagamento do tributo, quando ocorrente, há de se subsumir à liturgia do Código Penal: se antes da denúncia, importa em causa de mitigação genérica de pena (art. 16); se depois, há de ser tomado em conta sob a rubrica de atenuante genérica (art. 65, III, *b*).

O desate, pois, é a afirmação de legitimidade dos tipos tributários, o decreto de inconstitucionalidade das normas contemplando a extinção de punibilidade

por força do pagamento (parceladamente ou a vista) e a aplicação, em casos tais, da diretriz do Código Penal. Igualmente, a suspensão do processo e da pretensão punitiva, porque atrelada à quitação parcelada (ineficaz), validade alguma teria.

Contudo, a recusa a beneplácito legalmente instituído em favor do réu, por certo, suscita enfática insurreição, tanto mais por envolver o seu *status libertatis*. Daí, talvez, poder se encontrar um ponto de equilíbrio, à luz do princípio da proporcionalidade<sup>13</sup>. E a justa medida, a nosso sentir, é permitir a fruição da benesse, mas limitar-lhe os efeitos ao crime tributário. Vale dizer, o crime-meio<sup>13</sup> *teoricamente* perpetrado para consecução da sonegação subsiste hígido e, como tal, não comporta solução de descontinuidade persecutória. É que, soterrado (pagamento a vista) ou suspenso (pagamento parcelar) o crime-fim (tributário), arreda-se a relação consuntiva então forjada, de sorte ao crime-meio (falso) aflorar passível de punição de forma autônoma<sup>14</sup>. Extingue-se o conflito aparente de normas então instaurado<sup>15</sup>.

Portanto, independentemente de parcelamento ou pagamento a vista, o processo criminal deve ter curso no concernente ao crime de falso subjacente ao de natureza tributária.

Da solução alvitrada, nada obstante, arredam-se alguns dos integrantes da Suprema Corte. Para eles, a extinção de punibilidade quanto à sonegação, por força do pagamento do tributo, importa em estancamento da persecução também em relação ao *falso*, ainda que articulado de forma autônoma na denúncia<sup>16</sup>. Enfim, na dicção evocada, a Lei 10.684/03 permite a extinção de punibilidade se a quitação ocorrer a qualquer tempo e não se tolera o prosseguimento do processo pelo crime de falsidade documental, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal<sup>17</sup>.

Neste cenário, à indagação formulada ao exórdio, parece estar respondendo a mais alta Corte de Justiça do País.

---

#### Notas

<sup>1</sup> “Art 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”.

<sup>2</sup> Decreto-Lei 1.060/69: “Art 5º Aplicam-se ao crime de sonegação fiscal, definido no art. 1º da Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, as normas que regulam a extinção da punibilidade dos crimes de apropriação indébita previstos no art. 11 da Lei 4.357, de 16 de julho de 1964 e no art. 2º do Decreto-Lei 326, de 8 de maio de 1967”. Lei 4.357, de 16/07/65: “Art 11. (...) § 1º O fato deixa de ser punível, se o contribuinte ou fonte retentora, recolher os débitos previstos neste artigo antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal. § 2º Extingue-se a punibilidade de crime de que trata este artigo, pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedade de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhidos, executados os créditos restituíveis nos termos da Lei 4.155, de 28 de novembro de 1962”.

<sup>3</sup> “A extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando

ou descaminho por força do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei 157/67”.

<sup>4</sup> “Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

<sup>5</sup> “Art. 98. Revogam-se o art. 44 da Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962, os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei 4.357, de 16 de julho de 1964, o art. 2º da Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, o art. 5º do Decreto-Lei 1.060, de 21 de outubro de 1969, os arts. 13 e 14 da Lei 7.713, de 1988, os incisos III e IV e os §§ 1º e 2º do art. 7º e o art. 10 da Lei 8.023, de 1990, o inciso III e parágrafo único do art. 11 da Lei 8.134, de 27 de dezembro de 1990, e o art. 14 da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990”.

<sup>6</sup> “Art. 34. 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 contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

<sup>7</sup> “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. 168A e 337A 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.”

<sup>8</sup> DIP, Ricardo; Moraes Júnior, Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo – reflexões politicamente incorretas*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 6/14.

<sup>9</sup> TRF-2ª Região – Apelação Criminal 01760/RJ – DJ 06/07/01, p. 48/50.

<sup>10</sup> Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5/6.

<sup>11</sup> Seja como for, a ausência de marco temporal empresta gravidade ainda maior à situação. Sobre ignorar a espontaneidade, traz conseqüências impróprias à persecução penal. O réu, por exemplo, poderá aguardar até a decisão definitiva do processo criminal, para, só então, tendo como certa a condenação, proceder ao adimplemento. Haveria, pois, o despêndio inócuo de energia processual, quando menos.

<sup>12</sup> O princípio versado busca estabelecer, in concreto, um equilíbrio entre os interesses em jogo. Exige, para tanto, uma técnica de ponderação de valores. É-lhe subjacente, portanto, a teoria de valores. O seu escopo é a concretização da Lei Maior sem descerrar flanco a incoerências. A esfera penal comporta sua aplicação sob forma negativa. Vale dizer, não se procura criar uma decisão razoável, mas, sim, obviar a claramente desarrazoada (Cf. Degener, *apud* Gonzalez-Cuellar Serrano N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 228/230).

<sup>13</sup> No particular, é bem de ver que o falso (material ou ideal), cujo objeto jurídico é a fé-pública, constitui crime-meio à ultimação dos crimes tributários tipificados na Lei 8.137/90. A bem da verdade, os tipos tributários traduzem um crime de falso com endereço certo: a sonegação (Alvarenga, Dílio Procópio de. Sonegação fiscal. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda de Minas Gerais*, v. 1, p. 29, fev./abr. 1991).

<sup>14</sup> “Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou ordinária fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa”, pontifica Damásio de Jesus (*Direito Penal*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114, v. 1).

<sup>15</sup> *A diretriz conta com o respaldo do Pretório Excelso: “Penal. Prescrição. Crime-fim e crime-meio. A extinção da punibilidade do crime falimentar não se comunica automaticamente ao crime de falsidade*

*ideológica de documento público. Aplicação do art. 108, parágrafo único, do Código Penal*” (STF – HC 59.664-9/RJ – Rel. p/ acórdão Min. Décio Miranda – 2ª Turma – DJ 08/10/82).

<sup>16</sup> “Consunção e Crime de Falso – Iniciado o julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor de denunciado pela suposta prática do crime de uso de documento falso (CP, arts. 304 c/c 297), pela circunstância de haver apresentado à Delegacia da Receita Federal recibo relativo à declaração retificadora do Imposto de Renda, cujo carimbo fora posteriormente periciado e declarado diferente dos padrões utilizados, à época, por tal órgão. No caso concreto, trata-se de inquérito instaurado para apurar o suposto enriquecimento ilícito do paciente no exercício do cargo de juiz, culminando em auto de infração pela não-declaração de rendimentos tributáveis, que fora impugnado mediante apresentação de declaração retificadora. Pretende-se, na espécie, o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente, sob a alegação de: a) falta de justa causa, por carência de base empírica da denúncia; b) ausência de interesse jurídico para instauração da ação penal pela suposta prática do crime autônomo de uso de documento falso, porquanto a conduta descrita caracterizaria o crime de sonegação fiscal e c) ocorrência de extinção da punibilidade quanto ao crime contra a ordem tributária, já que efetuado o pagamento do tributo. O Min. Gilmar Mendes, relator, afastando a primeira alegação e considerando a absorção do crime de falso pelo crime tributário, proferiu voto no sentido de deferir o *writ*, por ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal pela prática do crime autônomo de falsidade, tal como descrito no art. 304 c/c o art. 297 do CP e, em face do pagamento do tributo, declarou extinta a punibilidade quanto ao crime tributário previsto no art. 2º, I, da Lei 8.137/90, no que foi acompanhado pela Ministra Ellen Gracie. O Min. Gilmar Mendes, ressaltou, em seu voto, que, embora o suposto falso tenha sido praticado depois de lavrado o auto de infração, o princípio da consunção deve ser aplicado sempre que houver um tipo penal mais abrangente, o qual absorve um outro delito e que, na hipótese, o falso constitui etapa para o mencionado crime de sonegação. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Carlos Velloso” (HC 83115/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 23/03/04 – Informativo 341).

“Lei 10.684/03 e Extinção da Punibilidade – A Turma, acolhendo proposta formulada pelo Min. Cezar Peluso – no sentido de que a quitação do débito antes da sentença que condenara o paciente pela prática do crime de sonegação fiscal consubstancia questão preliminar que prejudica a análise dos fundamentos do pedido –, concedeu *habeas corpus* de ofício para declarar extinta a punibilidade, nos termos do disposto no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03, já que tal lei possui retroatividade, por ser mais benéfica que a existente ao tempo da impetração (Lei 9.249/95) – a qual previa a extinção de punibilidade quando o pagamento fosse realizado até o recebimento da denúncia. (Lei 10.684/03, 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. 168A e 337A 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. .... § 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.”) (HC 81929/RJ, rel.orig. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, 16/12/03 – Informativo 334).

<sup>17</sup> A diretriz do Supremo Tribunal Federal vem sendo albergada por outros sodalícios, e.g.: TRF-1ª Região – HC 2003.01.00.041098-0/MG, Rel. Desembargador Hilton Queiroz; HC 2004.01.00.015571-8, Rel. I'talo Fiarovanti Sabo Mendes.

## A Prática de “Atividade Jurídica” nos Concursos

Hugo Nigro Mazzilli\*

\* Procurador de Justiça aposentado, advogado, professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, consultor jurídico e autor de diversos livros, inclusive de *Ministério Público*, cuja 3ª edição revista e atualizada de acordo com a Reforma do Judiciário será lançada em janeiro de 2005.

Ao cuidar dos concursos de ingresso na magistratura e no Ministério Público, a Reforma do Judiciário passa a exigir “do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica” (arts. 93, I, e 129, § 3º, com a redação da Emenda Constitucional – EC 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004).

Quiseram os parlamentares instituir um lapso mínimo, antes que o novo juiz ou o novo promotor assumira seus difíceis encargos, que supõem maturidade e experiência.

A nova exigência deverá causar grande repercussão nos concursos públicos, pois muitos candidatos, hoje, saem das faculdades de Direito em busca de ingresso direto na magistratura ou no Ministério Público. Se mal aplicada a regra, poderemos ver afastados muitos bons candidatos, uma vez que, depois de três anos, “no mínimo”, de atividade jurídica, o possível candidato poderá ter deixado os estudos preparatórios há algum tempo, poderá ter feito progressos na advocacia, esta poderá parecer-lhe mais promissora, e ele poderá abandonar a idéia de concurso, relegando-a não raro para profissionais malsucedidos na advocacia...

Essa nova exigência, entretanto, tem ensejado bastantes controvérsias. Esses três anos, no mínimo, de atividade jurídica, só podem ser contados a partir do momento no qual o candidato tiver obtido o bacharelado? Por outro lado, em que consiste exatamente essa experiência jurídica? A lei não define o que é *exercício de atividade jurídica* (diversamente do que ocorre com o *exercício da advocacia*, já definido no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – e na legislação regulamentar).

Começemos por procurar responder à questão sobre se podem ser computados, como experiência jurídica, períodos de tempo anteriores à conclusão do curso jurídico, como o estágio profissional.

Quando a emenda passa a exigir “do bacharel em Direito” os três anos de atividade jurídica, não está dizendo que ele há de ter *três anos de atividade jurídica enquanto bacharel em Direito*, e sim que ele precisa ser um bacharel em Direito com três anos de experiência jurídica.

Assim, poderia essa experiência jurídica começar a contar a partir dos bancos acadêmicos? O curso acadêmico em si não pode contar como exercício de atividade jurídica para os fins dessa exigência; se assim fosse, a norma constitucional seria inútil e ociosa, pois qualquer bacharel em Direito, pela obtenção do título, já teria quatro ou cinco anos de curso jurídico. O que interessa discutir é se alguma experiência jurídica anterior à obtenção do bacharelado poderia ser computada em seu favor. Durante o curso jurídico, muitas vezes, o acadêmico já se inscreve profissionalmente na OAB e faz o estágio profissional, em razão do qual pratica lícitamente atos limitados de advocacia, nos termos do Estatuto da OAB.

A nosso ver, isso será exercício de atividade jurídica de caráter profissional. Da mesma forma, entendemos que o estagiário do Ministério Público ou o estagiário da magistratura poderá contar esse tempo de experiência profissional jurídica, que não se confunde com a mera formação cultural acadêmica dos bancos escolares.

Está claro que a nova norma não dispensará a devida regulamentação que enfrentará o âmago da questão: com efeito, o que significa, exatamente, exercício de “atividade jurídica”?

Além dos casos óbvios dos advogados militantes, dos promotores e juízes em exercício, que, sem dúvida, exercem “atividade jurídica”, ainda há outras hipóteses, menos óbvias, porém. O estagiário profissional, assim reconhecido pela OAB, exerce atividade jurídica? Segundo cremos, e já o antecipamos, a resposta deve ser positiva. E o estagiário acadêmico ou do Ministério Público? Por que não também? E o delegado de Polícia? Estamos certo de que sim. E o escrivão de Polícia? E o escrevente judiciário ou o oficial de Promotoria do Ministério Público, por que não? E, mesmo para o advogado militante, quantas peças profissionais por ano consideram-se efetiva prática de atividade jurídica? Só uma boa e sensata regulamentação poderá responder a tudo isso...

Todas essas são questões que supõem regulamentação em âmbito federal, para evitar discrepâncias regionais as quais fariam com que uma exigência nacional fosse interpretada de maneira diferente em cada Estado-Membro, quebrando-se inadmissivelmente a unidade do Direito federal.

Nesse ínterim, parece-nos interessante noticiar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ já tinha enfrentado esse tipo de problema, mantendo interpretação mais eqüitativa sobre o alcance da expressão parelha “prática forense”, e, a nosso ver, sua posição vinha sendo bem adequada. O STJ vinha considerando legítima a exigência de “prática forense” para o ingresso nas carreiras jurídicas, mas o seu conceito deveria ser interpretado de forma ampla, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, magistratura ou em outro qualquer privativo de bacharel em Direito, mas também as assessorias jurídicas; as atividades desenvolvidas nos Tribunais, nos Juízos de primeira instância, como as dos funcionários, e até as atividades de estágio nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica<sup>1</sup>. Até mesmo no conceito de exercício de atividade jurídica, tinha-se entendido estar compreendido o trabalho de quem fazia pesquisas jurídicas em bibliotecas, revistas e computador etc<sup>2</sup>.

Outrossim, o requisito deve ser exigido quando da posse e não quando da inscrição no concurso<sup>3</sup>. Segundo o entendimento pretoriano dominante, a prática forense, traduzida no efetivo exercício da advocacia por alguns anos, ou a prática

de cargo para o qual se exija diploma de bacharel em Direito era exigência legítima para ingresso na magistratura, cuja comprovação deve ser aferida no ato da posse e não por ocasião das inscrições<sup>4</sup>.

Em suma, será indispensável o advento de lei que regulamente essa importante questão trazida pela Reforma do Judiciário, da mesma forma que outros pontos dessa Reforma também deverão ser regulamentados para alcançar a eficácia desejada pelo legislador (art. 7º da EC 45/04).

Sem regulamentação, cremos que o requisito de prévio exercício de atividade jurídica não é auto-aplicável, de maneira que, se vier a ser exigido em editais de concurso, sem anterior regulamentação, poderá ser questionado por meio de mandado de segurança.

---

#### Notas

<sup>1</sup> RMS 450.936/RS; RE<sub>sp</sub> 399.345/RS; AREDMS 6.620/DF; MS 6.867/DF; MS 6.624/DF; MS 6.559/DF; MS 6.815/DF; MS 6.579/DF; RE<sub>sp</sub> 241.659/CE; MS 6.200/DF; MS 6.216/DF.

<sup>2</sup> MS 4.628/DF; MS 5.148/DF.

<sup>3</sup> ROMS 15.221/RR.

<sup>4</sup> Nesse sentido, a Súmula 266 do STJ; ROMS 15.221/RR; RMS 14.434/MG.

---

# Acórdãos Inteiros Teores

## Corte Especial

---

### Mandado de Segurança

**2002.01.00.027423-3/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo  
Impetrante: Caixa Econômica Federal – CEF  
Advogados: Dr. Alexandre Duarte de Lacerda e outros  
Impetrado: Des. Federal do TRF-1ª Região  
Interessado: Carlos Augusto Borges  
Publicação: DJ 2 de 04/03/05

---

### Ementa

---

*Processual Civil. Mandado de segurança: impugnação de decisão emanada de relator. Súmula 121 do TFR.*

I. Não cabe mandado de segurança contra decisão proferida por relator, consoante Súmula 121 do extinto TFR, cujo preceito só é afastado em casos de decisão flagrantemente ilegal, em que ocorra violação de direito líquido e certo do impetrante, o que inócurre na espécie.

II. Mandado de segurança não conhecido.

### **Acórdão**

Decide a Corte Especial, por maioria, julgar o impetrante carecedor de ação.

Corte Especial do TRF-1ª Região – 19/08/04.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, Relator.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo:* — Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal, insurgindo-se contra decisão proferida pelo eminente Des. Federal Souza Prudente, nos autos do Ag 2002.01.00.025510-0/DF, por meio da qual foi determinada a imediata suspensão dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, expedido pela Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Discute-se no processo principal que deu origem ao referido agravo de instrumento a aplicação da Lei Complementar 108, de 29/05/01, que impõe regras para as relações dos órgãos públicos com suas entidades de previdência complementar e que revogou a Lei 8.020/90, e da Lei Complementar 109, de 29/05/01, que fixou normas gerais sobre o funcionamento das Entidades Fechadas de Previdência Privada – EFPP, revogando a Lei 6.435/77 e a Lei 6.462/77.

O ofício, cujos efeitos foram suspensos por decisão do eminente Des. Federal, considerando atendidas as exigências contidas no Ofício 140/SPC/GAB/COA, aprovou a alteração do Plano de Beneficiários – REB e a inclusão das Regras de Migração da Fundação dos Economiários Federais – Funcef.

Assim está redigida a decisão atacada, *in verbis*:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo douto Juízo da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos de mandado de segurança impetrado por Carlos Augusto Borges, ora, agravante, contra ato do sr. secre-

tário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social, figurando como litisconsortes passivos a Funcef – Fundação dos Economiários Federais e a Caixa Econômica Federal, indeferiu o pedido de antecipação da tutela mandamental, formulado nos autos, no sentido de que fosse determinado: a) suspensão imediata dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/CO, expedido pela autoridade impetrada, aprovando a “alteração do Plano de Benefícios – REF e inclusão das Regras de Migração” da Funcef; e b) suspensão do processo de migração dos atuais participantes e assistidos vinculados ao REG/Replan para o REB.

## II

A espécie dos autos restou, assim, resumida, pela decisão agravada:

“Carlos Eduardo Borges, qualificado na inicial, impetrou mandado de segurança contra ato do secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social, em litisconsórcio com a Caixa Econômica Federal e com a Funcef – Fundação dos Economiários Federais, objetivando a suspensão imediata dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, que, considerando atendidas as exigências do Ofício 140/SPC/GAB/COA, aprovou a alteração do Plano de Benefícios – REB e inclusão das Regras de Migração da Funcef.

Alega, em favor da referida pretensão, que a autoridade impetrada autorizou, através do Ofício 140/SPC/GAB/COA, a alteração do REB e inclusão das Regras de Migração dos atuais participantes e assistidos do REG/Replan para o REB, em caráter excepcional e precário; que, posteriormente, sem que se comprovasse o cumprimento das exigências contidas no referido ofício, o impetrado aprovou, por intermédio do Ofício 321/SPC/GAB/COA, a alteração e o processo de migração em caráter definitivo; que do ato hostilizado vem decorrendo a transferência das reservas matemáticas sem previsão legal ou estatutária e o pagamento imediato de incentivo à migração para o novo plano (REB) sem transação judicial e ainda sem que estejam presentes as demais condições necessárias para tal. Cogita, também, da violação às garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido e da cláusula da razoabilidade.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 41/181.

(...)

Com vistas à referida pretensão, conclui o impetrante sua fundamentação nos seguintes moldes: *o direito líquido e certo* se evidencia ante a natureza contratual, o ataque ao ato jurídico perfeito, a impossibilidade de transferência de reserva matemática do atual plano de benefícios e o direito daqueles que se vincularam ao REG/Replan e não pretendem migrar, de ver o seu plano mantido contratado.

Não vislumbro, entretanto, razões suficientes para a suspensão dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, na medida em que tal prestação prejudicaria o exercício, por todos os demais economiários interessados na migração para o novo plano, de exercerem seu direito de opção, sem que existam, nos autos, prova de que a transferência ou resgate das reservas matemáticas indi-

vidualizadas para o REB inviabilizará o custeio dos benefícios assegurados em favor dos participantes e assistidos vinculados ao REG/Replan.

Ademais, não restou demonstrado que a autoridade impetrada tenha aprovado o REB, em prejuízo das exigências relacionadas no Ofício 140/SPC/GAB/COA.

Diante do exposto, indefiro o pedido de liminar” (fls. 224/226).

### III

Em que pesem os bem lançados fundamentos da decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos dos arts. 527, III, e 558 do CPC, a justificar a adoção da tutela cautelar pretendida pelo agravante, no caso sob apreciação.

Com efeito, a vinculação legal da migração das reservas de um plano para o outro à cessação do vínculo empregatício, nos termos do art. 14, III, e respectivo § 1º, da Lei Complementar 109/01, configura, por si só, um obstáculo intransponível para que essa migração aconteça sem a ocorrência dessa condição, a ponto de, não sendo observado o óbice legal, reduzir-se, matematicamente, a zero, as reservas do aludido fundo migrado.

Notícia, ainda, o autor agravante que a migração questionada nos autos principais já tivera início, efetivamente, na medida em que incentivos pela adesão ao novo plano já estão sendo custeados pela Funcef, o que caracteriza a urgência da medida requerida.

### IV

Com estas considerações, *defiro, liminarmente*, o pedido de efeito suspensivo, formulado na inicial, para determinar:

a) a suspensão imediata dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/CO, expedido pelo autoridade impetrada, aprovando a “alteração do Plano de Benefícios – REF e inclusão das Regras de Migração” da Funcef; e

b) a suspensão do processo de migração dos atuais participantes e assistidos vinculados ao REG/Replan para o REB. (fls. 224/226).

Não concedi a liminar, a teor de minha decisão de fls. 385/387, solicitando informações à autoridade impetrada.

O ilustre Des. Federal Souza Prudente, em informações prestadas por meio do Ofício 14/GAB, de 12 de março de 2003, esclarece que sua decisão se deu na condição de integrante da Turma Especial de Férias de julho de 2002, tendo o feito sido, posteriormente, encaminhado para a Relatora natural, Des. Federal Assusete Magalhães. Em anexo ao mencionado ofício vieram os documentos de fls. 392/398.

Instado a se pronunciar, o MPF, com apoio na Súmula 121 do extinto TFR, manifesta-se a fls. 401/408, opinando, preliminarmente, pelo não-conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da segurança.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo:* — Conforme se ouviu do relatório, pretende a Caixa Econômica Federal desconstituir decisão proferida pelo eminente Des. Federal Souza Prudente por meio da qual foi determinada a imediata suspensão dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, expedido pela Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social.

O plano de benefícios da CEF, em extinção, Replan, é um plano de *benefícios definidos* – seu valor é calculado coletivamente e suas reservas não são individualizadas, já que a CEF contribui para o plano e não para cada participante, individualmente. O atual plano – REB, é individualista, ou seja de *contribuição definida*. Enquanto o primeiro é mutulista e solidário e segundo é individualizado.

O cerne da questão de mérito em discussão no feito principal é saber se a aplicação das diretrizes determinadas pelo mencionado ofício – migração dos ativos de um plano de *benefícios definidos* para um plano de *contribuição definida* – implica grave lesão ao patrimônio do plano e, via de consequência, a seus beneficiários.

A decisão ora atacada vislumbrou presentes os pressupostos do art. 527, III, do CPC, a justificar a adoção da tutela cautelar pretendida pelo agravante.

Impende verificar, assim, se tal decisão é suscetível de correção pela via estreita do *writ*.

Sobre o tema, assim se manifestava a representante do Ministério Público neste Tribunal, Ilustre Dr<sup>a</sup> Denise Vinci Túlio:

(....)

8. A jurisprudência pátria já está consolidada no entendimento de que não haverá lugar para mandado de segurança, que tenha como objeto decisão, de natureza jurisdicional, emanada de relator ou presidente de turma. Assim dispõe a Súmula 121 do extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR. Este entendimento é confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme demonstra o teor da decisão abaixo:

---

\* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Tourinho Neto, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, Fagundes de Deus (convocado), Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Carlos Fernando Mathias, Olindo Menezes, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral e Cândido Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães, Jirair Aram Meguerian e Selene Maria de Almeida (convocada).

*“Mandado de segurança. Ato jurisdicional de ministro relator. Descabimento do writ. Súmula TFR-121. Precedentes do STF e STJ. Substituição do recurso próprio por mandado de segurança. Impossibilidade. Súmula STF-267.*

I. Incabível mandado de segurança contra ato jurisdicional de ministro relator ou presidente de turma deste Tribunal.

II. Aplicação de entendimento sumulado do ex-TFR.

III. Inadmissível a impetração da segurança como substitutivo do recurso adequado.

IV. Mandado de segurança do qual não se conhece.”

9. A jurisprudência desse Tribunal também segue a mesma linha de pensamento, de modo que só se admitirá mandado de segurança contra decisão judicial *teratológica e/ou flagrantemente ilegal*, ou, ainda, tomada com *abuso de poder*, que viole direito líquido e certo do impetrante. Senão, vejamos:

*“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso. Inadmissibilidade. Súmula 267, do egrégio Supremo Tribunal Federal. Lei 9.139/95.*

I. Não se apresenta juridicamente admissível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, quando existir recurso próprio destinado a impugnar o ato apontado como coator. Aplicação da Súmula 267 do egrégio Supremo Tribunal de Justiça.

II. A Lei 9.139/95, ao possibilitar a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento, torna incabível a impetração de mandado de segurança objetivando afastar ato judicial contra o qual caiba recurso com efeito suspensivo.

III. *Somente se apresenta juridicamente possível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, nos casos teratológicos, de flagrante ilegalidade, ou abuso de poder, em que ocorra violação de direito líquido e certo do impetrante.*

IV. Não-cabimento do mandado de segurança.

V. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito.”(g.n.)

*“Processo Civil. Mandado de segurança contra decisão de relator que concedeu efeito suspensivo a agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Súmula 121 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes desta Corte Regional Federal.*

I. Nos termos da Súmula 121 do extinto Tribunal Federal de Recursos, não cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional emanado de relator ou presidente da turma.

II. Somente se apresenta juridicamente possível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, nos casos teratológicos, de flagrante ilegalidade, ou abuso de poder, em que ocorra violação de direito líquido e

certo do impetrante, o que não se vislumbra no presente processo.

III. Precedentes do egrégio Supremo Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal.

IV. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito.”

“Processual Cível. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Ato de natureza jurisdicional, emanado de relator.

I. Em mandado de segurança, havendo necessidade de produção de provas, deixa de haver direito líquido e certo, entendido como aquele em que os fatos da causa de pedir estão provados documentalmente, de forma preconstituída. *‘Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional, emanado de relator ou presidente de turma’ (Súmula 121 – TFR).*

II. Carência de ação. Extinção do processo sem julgamento do mérito.”  
(g.n)

10. Neste contexto, vê-se que o presente *mandamus* somente seria cabível se se configurasse a teratologia, a ilegalidade ou a abusividade da decisão proferida pelo Des. Federal Souza Prudente, o que não se vislumbra no presente caso, especialmente pelo caráter controverso da questão de direito envolvida. Tais hipóteses, evidentemente, não ocorreram, pois sequer foram argüidas pela impetrante.

11. Além disso, a jurisprudência tem entendido que “se a impetrante deixa de trazer aos autos prova documental e pré-constituída do ato ilegal ou do abuso de poder, não há que se falar em direito líquido e certo a ser amparado por meio de mandado de segurança”.

12. Dessa forma, chega-se à conclusão de que o mandado de segurança ora em questão não merece prosperar, pois não preenche os requisitos básicos exigidos para o seu conhecimento.

13. Quanto aos pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança contra decisão não teratológica ou manifestamente ilegal, assim prescreve a jurisprudência desse Tribunal:

“Processo Civil. Mandado de segurança. Ato judicial. Terceiro prejudicado. Pressuposto. Inexistência de recurso próprio.

I. *São pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial não teratológico ou manifestamente ilegal: a) decisão recorível sem efeito suspensivo; b) interposição do recurso cabível; c) ilegalidade do ato, ferindo direito líquido e certo.*

II. A quem não foi parte na relação processual é facultado interpor recurso desde que a decisão lhe cause prejuízo (CPC, art. 499). Logo, o terceiro só pode impetrar mandado de segurança contra ato judicial se interpuser, tempestivamente, o recurso cabível, ainda que não tenha sido intimado da decisão”.

14. Assim, preliminarmente, ausente a viabilidade do presente *mandamus*.

(....)

Ora, consoante os precedentes citados no douto parecer, somente se apresenta juridicamente possível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial de manifesta ilegalidade e que revele possibilidade de dano irreversível, em flagrante violação a direito líquido e certo.

No caso presente, sem dúvida, a questão é altamente controvertida, não me parecendo, à primeira vista, que o ato impugnado esteja eivado de ilegalidade ou de abuso de poder. Não vejo como questão complexa de migração entre planos, com transferência de reservas de um para outro, com conseqüências não menos controvertidas quanto a interesses múltiplos, possa ser elucidada em sede de instrução tão sumária quanto a do mandado de segurança.

Diga-se de passagem que a decisão traz adequadamente os elementos de convicção de Sua Excelência, fundamentos plausíveis, a qual não merece reparo ou desfazimento nesta estreita via mandamental.

Assim, tenho que é de ser acatado o parecer do Ministério Público, porquanto a Súmula 121 do extinto Tribunal Federal de Recursos vem sendo acolhida por este Tribunal, conforme bem salientado pela ilustre procuradora.

Ante o exposto, não conheço do presente mandado de segurança.

É como voto.

### **Pedido de Vista**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:* — Senhor Presidente, conforme votei no mandado de segurança nesta assentada, ressaltei que admito o mandado de segurança não apenas contra decisão teratológica, mas quando a decisão puder causar um prejuízo irreversível, que seja razoável prevenir. Por isso, em princípio, não vi a ilegalidade manifesta da decisão, mas não pude perceber qual o fundamento da impetrante, Caixa Econômica Federal, no sentido de que essa decisão impetrada lhe causaria eventual grave prejuízo irreversível.

Peço vista dos autos, para examinar sobre esse aspecto do prejuízo irreversível que não está devidamente demonstrado.

### **Voto-Vista**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:* — O eminente Relator, Des. Federal Carlos Olavo, assim relatou o presente feito a fls. 410/412:

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal, insurgindo-se contra decisão proferida pelo eminente Des. Federal

Souza Prudente, nos autos do Agravo de Instrumento 2002.01.00.025510-0/DF, por meio da qual foi determinada a imediata suspensão dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, expedido pela Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Discute-se no processo principal que deu origem ao referido agravo de instrumento a aplicação da Lei Complementar 108, de 29/05/01, que impõe regras para as relações dos órgãos públicos com suas entidades de previdência complementar e que revogou a Lei 8.020/90, e da Lei Complementar 109, de 29/05/01, que fixou normas gerais sobre o funcionamento das Entidades Fechadas de Previdência Privada – EFPP, revogando a Lei 6.435/77 e a Lei 6.462/77.

O ofício, cujos efeitos foram suspensos por decisão do eminente Des. Federal, considerando atendidas as exigências contidas no Ofício 140/SPC/GAB/COA, aprovou a alteração do Plano de Beneficiários – REB e a inclusão das Regras de Migração da Fundação dos Economiários Federais – Funcef.

Assim está redigida a decisão atacada, *in verbis*:

“Cuida-se de agravo de instrumento interposto, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo douto Juízo da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos de mandado de segurança impetrado por Carlos Augusto Borges, ora, agravante, contra ato do sr. secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social, figurando como litisconsortes passivos a Funcef – Fundação dos Economiários Federais e a Caixa Econômica Federal, indeferiu o pedido de antecipação da tutela mandamental, formulado nos autos, no sentido de que fosse determinado: a) suspensão imediata dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, expedido pela autoridade impetrada, aprovando a ‘alteração do Plano de Benefícios – REF e inclusão das Regras de Migração’ da Funcef; e b) suspensão do processo de migração dos atuais participantes e assistidos vinculados ao REG/Replan para o REB.”

## II

A espécie dos autos restou, assim, resumida, pela decisão agravada:

“Carlos Eduardo Borges, qualificado na inicial, impetrou mandado de segurança contra ato do secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social, em litisconsórcio com a Caixa Econômica Federal e com a Funcef – Fundação dos Economiários Federais, objetivando a suspensão imediata dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, que, considerando atendidas as exigências do Ofício 140/SPC/GAB/COA, aprovou a alteração do Plano de Benefícios – REB e inclusão das Regras de Migração da Funcef.

Alega, em favor da referida pretensão, que a autoridade impetrada autorizou, através do Ofício 140/SPC/GAB/COA, a alteração do Plano de Benefícios REB e inclusão das Regras de Migração dos atuais participantes e assistidos do REG/Replan para o REB, em caráter excepcional e precário; que, posteriormente, sem que se comprovasse o cumprimento das exigências

contidas no referido ofício, o impetrado aprovou, por intermédio do Ofício 321/SPC/GAB/COA, a alteração e o processo de migração em caráter definitivo; que do ato hostilizado vem decorrendo a transferência das reservas matemáticas sem previsão legal ou estatutária e o pagamento imediato de incentivo à migração para o novo plano (REB) sem transação judicial e ainda sem que estejam presentes as demais condições necessárias para tal. Cogita, também, da violação às garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido e da cláusula da razoabilidade.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 41/181.

(....)

Com vistas à referida pretensão, conclui o impetrante sua fundamentação nos seguintes moldes: *o direito líquido e certo* se evidencia ante a natureza contratual, o ataque ao ato jurídico perfeito, a impossibilidade de transferência de reserva matemática do atual plano de benefícios e o direito daqueles que se vincularam ao REG/Replan e não pretendem migrar, de ver o seu plano mantido contratado.

Não vislumbro, entretanto, razões suficientes para suspensão dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, na medida em que tal prestação prejudicaria o exercício, por todos os demais economiários interessados na migração para o novo plano, de exercerem seu direito de opção, sem que existam, nos autos, prova de que a transferência ou resgate das reservas matemáticas individualizadas para o REB inviabilizará o custeio dos benefícios assegurados em favor dos participantes e assistidos vinculados ao REG/Replan.

Ademais, não restou demonstrado que a autoridade impetrada tenha aprovado o REB, em prejuízo das exigências relacionadas no Ofício 140/SPC/GAB/COA.

III

Diante do exposto, indefiro o pedido de liminar” (fls. 224/226).

Em que pesem os bem lançados fundamentos da decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos dos arts. 527, III, e 558 do CPC, a justificar a adoção da tutela cautelar pretendida pelo agravante, no caso sob apreciação.

Com efeito, a vinculação legal da migração das reservas de um plano para o outro à cessação do vínculo empregatício, nos termos do art. 14, III, e respectivo § 1º, da Lei Complementar 109/01, configura, por si só, um obstáculo intransponível para que essa migração aconteça sem a ocorrência dessa condição, a ponto de, não sendo observado o óbice legal, reduzir-se, matematicamente, a zero, as reservas do aludido Fundo migrado.

Notícia, ainda, o autor agravante que a migração questionada nos autos principais já tivera início, efetivamente, na medida em que incentivos pela adesão ao novo plano já estão sendo custeados pela Funcef, o que caracteriza a urgência da medida requerida.

IV

Com estas considerações, *defiro, liminarmente*, o pedido de efeito suspensivo, formulado na inicial, para determinar:

a) a suspensão imediata dos efeitos do Ofício 321/SPC/GAB/COA, expedido pelo autoridade impetrada, aprovando a “alteração do Plano de Benefícios – REF e inclusão das Regras de Migração” da Funcef; e

b) a suspensão do processo de migração dos atuais participantes e assistidos vinculados ao REG/Replan para o REB. (fls. 224/226).

A fls. 413-416, votou S. Exa. pelo não-conhecimento do presente mandado de segurança, com base na jurisprudência que inadmite essa medida processual contra ato de Relator, e, também, por não vislumbrar manifesta ilegalidade que revele a possibilidade de dano irreversível, e flagrante violação a direito líquido e certo, assim arrematando o seu voto:

No caso presente, sem dúvida, a questão é altamente controvertida, não me parecendo, à primeira vista, que o ato impugnado esteja eivado de ilegalidade ou de abuso de poder. Não vejo como questão complexa de migração entre planos, com transferência de reservas de um para outro, com conseqüências não menos controvertidas quanto a interesses múltiplos, possa ser elucidada em sede de instrução tão sumária quanto a do mandado de segurança.

Diga-se de passagem que a decisão traz adequadamente os elementos de convicção de Sua Excelência, fundamentos plausíveis, a qual não merece reparo ou desfazimento nesta estreita via mandamental.

Assim, tenho que é de ser acatado o parecer do Ministério Público, porquanto a Súmula 121 do extinto Tribunal Federal de Recursos vem sendo acolhida por este Tribunal, conforme bem salientado pela ilustre procuradora.

Ante o exposto, não conheço do presente mandado de segurança.

Seu voto foi acompanhado pelo ilustre Des. Federal Amilcar Machado, após o que pedi vista dos autos, justificando, assim, o pedido consoante nota taquigráfica de fls. 417:

Senhor Presidente, conforme votei no mandado de segurança nesta assentada, ressaltei que admito o mandado de segurança não apenas contra decisão teratológica, mas quando a decisão puder causar um prejuízo irreversível, que seja razoável prevenir. Por isso, em princípio, não vi a ilegalidade manifesta da decisão, mas não pude perceber qual o fundamento da impetrante, Caixa Econômica Federal, no sentido de que essa decisão impetrada lhe causaria eventual grave prejuízo irreversível. Peço vista dos autos, para examinar esse aspecto do prejuízo irreversível que não está devidamente demonstrado.

Examinados os autos, verifica-se que a CEF justifica assim o *periculum in mora* que levava à necessidade de concessão da liminar:

O prejuízo, e conseqüente lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do art. 5º da CF/88), é evidente em face de inúmeras adesões já firmadas

e transacionadas, inclusive judicialmente, somadas à paralisação de novas migrações, frustrando o direito da impetrante de instituir mediante o REB uma política de recursos humanos mais moderna, justa e que corrija os planos anteriores REG/Replan, beneficiando a grande maioria de seus empregados, sem causar qualquer prejuízo àqueles que desejarem continuar em seus planos de origem.

O perigo de demora se evidencia, ante o alto custo da paralisação do processo de migração, o prejuízo a inúmeras adesões já formalizadas, inclusive com antecipação de valores e transação judicial em diversos processos.

Por outro lado inexistente qualquer possibilidade de inviabilidade dos planos REG/Replan em face do processo de migração, consoante o parecer em anexo da *Tower Perrin Forster & Crosby Ltda* de 22/07/02, que apresenta um *superavit* técnico da Funcef, mesmo em decorrência da migração de todos os participantes do REG/Replan para o REB.

Assim restam demonstrados os pressupostos para a concessão da *liminar* (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), para a preservação do direito líquido e certo da impetrante, determinando-se:

a) Seja revogada a concessão do efeito suspensivo ao Ofício 321/SPC/GAB/COA, que aprovou a alteração do plano de benefícios – REB e inclusão das regras de migração da Funcef.

b) Seja liberado, em consequência, o processo de migração dos atuais participantes e assistidos, vinculados ao REG/Replan, para o REB. (fls. 40/41)

Ora, ainda quando não esteja demonstrado, nos autos, o alegado “alto custo da paralisação do processo de migração”, é certo que essa paralisação implica prejuízo irreversível para a implantação de plano de benefício instituído com apoio em lei, a qual ficará postergada, quiçá, por anos a fio, enquanto não se encerrar o processo, por decisão transitada em julgado, da sentença final, inclusive porque admito a atribuição de efeito suspensivo ao apelo interposto de sentença denegatória de segurança, quando a impetrante estiver beneficiada por liminar nele concedida.

Ademais, verifica-se que a migração para novo plano é ato voluntário dos servidores da impetrante, pessoas de razoável nível de conhecimento e autonomia, não sendo, assim, de boa prudência sustar a possibilidade de centenas ou milhares desses servidores efetivarem suas opções pelo novo plano, pelo fato de um só servidor (o litisconsorte passivo Carlos Augusto Borges) ter por inconveniente essa opção, tanto mais quando o prejuízo econômico alegadamente causado ao patrimônio do antigo plano é matéria cuja prova demanda instrução técnica incompatível com a ação de segurança que impetrou, e na qual foi deferida, pela decisão aqui impetrada, a liminar suspensiva dos efeitos do ato de aprovação do “Plano de Benefícios REB”, e da migração, para ele, dos participantes do plano

REG/Replan.

Isso posto, tenho por satisfeitos os requisitos autorizatórios da impetração do mandado de segurança contra ato judicial proferido por relator, neste Tribunal, razão pela qual peço vênias ao eminente Relator para deferir a inicial e determinar o seu processamento regular, nos ulteriores termos da lei, com o exame do pedido de liminar pelo Relator.

É como voto.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Senhor Presidente, acompanho o Juiz Antônio Ezequiel, *data venia* do Relator e dos demais juízes que o seguiram.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias:* — Senhor Presidente, peço vênias à divergência e acompanho o Relator, porque preserva a Súmula 121. Não vejo nenhum caso de excepcionalidade. A Súmula 121 só deve ser arranhada, a meu sentir, sem nenhuma crítica, em situação excepcional, mas exceção mesmo, superlativa mesmo.

Com essas considerações, mais uma vez pedindo vênias à divergência, acompanho o eminente Relator.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Senhor Presidente, também peço licença à divergência para acompanhar o eminente Relator, porque não vejo nenhuma nota de excepcionalidade que justifique se afaste o princípio enunciado na Súmula 121 da jurisprudência dominante no extinto Tribunal Federal de Recursos, em especial no tocante ao risco da demora, porque não haverá perecimento de direito até o julgamento do agravo pelo órgão próprio, que é a Turma do Tribunal.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Senhor Presidente, apesar da sólida fundamentação do voto do eminente Des. Federal Antônio Ezequiel,

---

entendo que no caso não está configurado perigo de dano irreparável, portanto, acompanho o eminente Relator.

## Primeira Seção

---

### Embargos Infringentes na Apelação Cível

**2003.01.00.002132-8/MG**

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves  
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Paulo Virgílio de Borba Portela  
Embargado: Raimundo Josafat Damasceno  
Advogado: Dr. Inocêncio Duarte de Oliveira Rocha  
Publicação: DJ 2 de 21/03/05

---

### Ementa

*Processual Civil e Previdenciário. Tempo de serviço em atividade rural. Julgamento antecipado da lide. Cerceio de defesa.*

I. Orientação jurisprudencial assente na Primeira Seção desta Corte, sobre projetar o início razoável de prova material efeitos em relação a período de tempo anterior ou posterior ao nele retratado, desde que complementado por segura prova testemunhal a propósito.

II. Ressalva de entendimento pessoal em contrário do Relator.

III. Comprovando o autor, dentro de tal perspectiva, o exercício de serviços rurais durante o período de tempo reclamado pela legislação previdenciária, e cumprindo sessenta anos, faz jus à vindicada aposentadoria por idade, tal como reconhecida pelo acórdão embargado.

IV. Embargos infringentes rejeitados.

### Acórdão

Decide a Primeira Seção, por maioria, vencido o Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, que acolhia os embargos, rejeitá-los, nos termos do voto do Relator.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 22/02/05.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves*: — O Instituto Nacional do Seguro Social opõe embargos infringentes a venerando acórdão da Primeira Turma desta egrégia Corte Regional que, por votação majoritária, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor, ora embargado, restando seus fundamentos sintetizados na seguinte ementa:

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Arts. 142 da Lei 8.213/91 e 183 do Decreto 3.048/99. Tempo de serviço rural. Início razoável de prova material corroborada pela prova testemunhal. Juros. Honorários advocatícios.

1. Comprovado o exercício de atividade rural, em período igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício, conforme tabela progressiva do art. 142 da Lei 8.213/91, e a idade mínima exigida (60 ou 55 anos, se homem ou mulher, respectivamente), devida a aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, nos termos do art. 183 do Decreto 3.048/99.

2. Restou atendido o disposto no art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, uma vez que presente início razoável de prova material, corroborada pela prova testemunhal.

3. Juros devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida. Precedentes do STJ (REsp 314181/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 05/11/01, p. 133, unânime; AgREsp 289543/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 19/11/01, p. 307, unânime)

4. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (AC 2000.01.99.126090-7/MG; AC 2000.01.00.015821-5/MG, 1ª T, Rel. Juiz Antônio Sávio de Oliveira Chaves).

5. Apelação provida (fls. 72).

Pedindo prevalência do douto voto vencido, de lavra do ilustre Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, pondera a autarquia previdenciária, em síntese, inexistir início razoável de prova material na hipótese em causa, invocando, outrossim, os verbetes enunciados nas Súmulas 27 e 149 da jurisprudência dominante, respectivamente, nesta Corte Regional e no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Admitidos os embargos a fls. 82, foram eles impugnados a fls. 89/97.

É o relatório.

---

**Voto\***

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Opostos os embargos infringentes contra venerando acórdão que, por votação majoritária, deu provimento ao recurso de apelação interposto, reformando, em seu mérito, o julgado de primeiro grau, encontram eles fundamento no quanto disposto no art. 530 do Código de Processo Civil, com a redação atribuída pela Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, não se há cogitar de inadmissibilidade dos mesmos, que cumpriram o prazo reservado por lei à sua oposição.

Embora tenha entendimento pessoal em sentido contrário, venho aderindo, com a ressalva do mesmo, à orientação jurisprudencial majoritária no âmbito desta Corte Regional, segundo a qual o início razoável de prova material pode projetar eficácia quanto a período anterior ou posterior ao nele retratado, desde que complementado por prova testemunhal segura a propósito.

A meu juízo, a carteira de filiação do autor, agora embargado, ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de São Sebastião do Maranhão, Estado de Minas Gerais, noticiando sindicalização aos 4 de março de 1998, substancia início razoável de prova material quanto à sua condição de trabalhador rural, complementado pelos seguintes depoimentos colhidos na audiência de instrução e julgamento realizada aos 18 de maio de 2000:

(...) conhece o requerente há mais ou menos uns quarenta anos, podendo afirmar, por ciência própria, que ele desde então trabalha na roça exercendo a profissão de lavrador; ultimamente vem trabalhando na propriedade de Antônio Alves Sobrinho; o autor vem trabalhando de lavrador de forma contínua, isto é, nunca exerceu outra atividade, pelo menos que fosse de seu conhecimento; são vizinhos na zona rural (...) está trabalhando em terras de Antônio há mais ou menos uns doze anos no máximo quinze anos, sendo que no período anterior a atividade de lavrador ele exerceu na propriedade rural dos pais dele; não sabe se ele é proprietário rural; ele trabalha como terceiro com Antônio (fls. 39 – depoimento de José Alves de Oliveira);

(...) conhece o requerente há mais ou menos uns quarenta anos, podendo afirmar, por ciência própria, inclusive por ser vizinho dele na zona rural, que ele desde então vem trabalhando como lavrador, de cuja profissão tira sustento, sendo certo que antigamente ele trabalhava nas terras do próprio pai, sendo que de uns dez anos para cá vem trabalhando nas terras de Antônio, assim concluindo que ele nunca teve outra profissão, pelo menos não era de

---

\* N.E. : Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Neuza Maria Alves da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Francisco Neves da Cunha (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Megueriam. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e José Amilcar Machado.

suas lembranças, trabalha nas terras de Antônio Alves Sobrinho na base da meia (fls. 40 – depoimento de Antônio Figueiredo Neto).

Dentro dessa perspectiva, o início razoável de prova documental, complementado pela testemunhal produzida e pela declaração do empregador, reproduzida por fotocópia a fls. 10, assim testemunho reduzido a escrito de prestação, pelo autor, de serviços rurais a ele desde o ano de 1988, forma um todo harmônico que ampara a alegação de exercício de atividade rural no período de tempo reclamado pela legislação previdenciária, deixando ver o direito à vindicada aposentadoria por idade, certo como o requisito etário, sessenta anos, foi cumprido aos 15 de agosto de 1997.

É certo, e bem observou o douto voto vencido, que a certidão de casamento do autor, celebrado aos 30 de novembro de 1967, indicava como sendo seu ofício profissional o de comerciante na data do ato (fls. 23), mas tal circunstância não lhe enfraquece o direito, a meu ver, pois na peça inaugural, firmada em fevereiro de 1999, afirma início do trabalho rural aproximadamente dezesseis anos antes, o que foi confirmado pela prova testemunhal produzida, tempo suficiente para atender aos reclamos do quanto disposto no art. 142 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.

Pedindo licença ao douto voto vencido, rejeito os embargos.

É como voto.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves:* — Senhor Presidente, como esclareceu Vossa Excelência, firmei entendimento no sentido de que a qualificação profissional do autor como comerciante, constante da certidão de casamento, não restou descaracterizada pela simples apresentação de carteira de filiação a sindicato de trabalhadores rurais.

Com essas modestas considerações, peço vênias a Vossa Excelência e ao eminente Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira para acolher os embargos infringentes.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Juiz Francisco Neves da Cunha:* — Senhor Presidente, o raciocínio de Vossa Excelência é correto e sua posição também é progressista. Portanto, acompanho-o.

---

## Voto Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva:* — Senhor Presidente, acompanho-o, porque, segundo depreendi, muito tempo se passou depois que foi fixada a condição dele como comerciante, o qual, na própria inicial, avisa que passou a exercer a função de lavrador 16 anos depois.

## Segunda Seção

---

### Ação Rescisória

**2004.01.00.015063-3/PA**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Autora: União Federal  
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
Réus: Nora Rodrigues da Cunha Candreva e outros  
Advogados: Dr. Gildo Correa Ferraz e outros  
Publicação: DJ 2 de 07/03/05

---

### Ementa

*Processo Civil. Ação rescisória. Reforma do acórdão rescindendo. Litigância de má-fé.*

I. Inexistência de violação a texto legal. A ação rescisória não tem por objetivo reformar decisão transitada em julgado, reintroduzindo na nova ação a mesma questão já decidida.

II. Utilização do processo, devidamente demonstrada e comprovada, para conseguir objetivo ilegal, a procrastinação do processo para não pagar o que deve. Aplicação de multa (CPC, art. 17, III, c/c o art. 18).

### Acórdão

Decide a Segunda Seção, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, condenando a União Federal no pagamento de multa por litigância de má-fé.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 23/02/05.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto*: — 1. A União Federal, com fundamento no art. 485, V, do CPC, propõe ação rescisória contra Nora Rodrigues da Cunha Candreva e Pietro Candreva, brasileiros, casados entre si, residentes na Rua Carpina, número 30, Cidade Jardim, São Paulo, objetivando a desconstituição do acórdão da 3ª Turma, da lavra do Juiz Cândido Ribeiro, nos Embargos Infringentes na Remessa *Ex Officio* 2000.01.00.025195-5/DF.

Alega que o acórdão violou os arts. 1º, 2º e 8º, parágrafo único, do Decreto-Lei 2.328, de 1987; o art. 3º do CPC, uma vez que quem deveria figurar no pólo passivo da ação de indenização era o Incra e não a ora autora. Sustenta que, também, houve violação ao art. 17, I, da Lei Complementar 73, de 1993, uma vez que o Incra, na ocasião, já tinha sua representação judicial e extrajudicial; violação ao art. 245, parágrafo único, do CPC, em face de não ter se dado a substituição, no pólo passivo, da União pelo Incra.

Diz, também, que houve violação aos arts. 5º, XXIV, e 184, da Constituição Federal, aos arts. 14, 23 e 27 do Decreto-Lei 3.365, de 1941, e ao art. 427 do CPC, pois não se obedeceu ao critério da justa indenização, ao se permitir “o locupletamento ilícito, o que repugna o Direito”.

2. A rescisória foi proposta em 22/04/04 . O trânsito em julgado do acórdão ocorreu em 09/05/03 (cf. v. 1º; fls. 26).

3. Da sentença que julgou, em parte, o pedido indenizatório, não houve recurso (cf. certidão de fls. 801, v. 4º). Subiram os autos a este Tribunal, por força de remessa.

4. Nesta instância, no julgamento da remessa, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República José Roberto Santoro, opinou pela manutenção da sentença (v. 4º, fls.80/806).

5. A 3ª Turma deste Tribunal, em 10/08/99, tendo como Relator o Juiz Cândido Ribeiro, vencido, em parte, o Juiz Olindo Menezes, negou provimento à remessa. O Juiz Olindo dava provimento parcial à remessa para “fixar o valor da terra nua em conformidade com o laudo pericial – Cz\$7.196,00 – e não em Cz\$11.536,79, como o fez a sentença” (cf. voto-vista de fls. 817/818). O Juiz Osmar Tognolo acompanhou o Relator. O acórdão ficou assim ementado (v. 4º, fls. 827):

I. Se o próprio Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra reconheceu que houve apossamento administrativo, baseado em erro

técnico, sobre lotes de propriedade comprovada dos autores, é de ser reconhecida a desapropriação indireta, sendo-lhes devida indenização.

II. Nesse caso, não se há de aplicar o art. 184 da Constituição Federal, o que rende ensejo a pagamento, pela União Federal, em dinheiro, via precatório, nos exatos termos do art. 100 do Texto Magno, já que o desapossamento sofrido pelos expropriados não respeitou o procedimento especial de rito sumário previsto no § 3º do aludido art. 184.

III. Na ação de desapropriação indireta, são devidos juros compensatórios à base de 12% ao ano, a partir do apossamento (Súmula 618/STF) e juros de mora da ordem de 6% ao ano a partir do trânsito em julgado da sentença. A correção monetária, com a aplicação dos expurgos inflacionários (42,72% para janeiro/89), é devida desde a data do laudo até o efetivo pagamento, e os honorários, sobre o valor total da condenação atualizada (5%), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC).

IV. É descabida a pretensão de pagamento à guisa de lucros cessantes, que se traduzem nos juros moratórios e compensatórios. Na hipótese vertente, igualmente descabido o pedido de ressarcimento pelas despesas que tiveram os autores com derrubada de mato, porquanto o fato não resta cabalmente demonstrado nos autos. Também improcede a pretensão de que sejam os expropriados indenizados por benfeitorias, não reconhecidas pelo perito oficial.

V. Correta a fixação do valor do hectare pelo julgador monocrático, que se pautou no valor pago pelo Estado na aquisição de lotes no loteamento em que se situam os imóveis objeto da controvérsia, conforme portaria ministerial do ministro da Reforma e do Desenvolvimento Agrário.

VI. Remessa improvida.

6. Inconformada, a União Federal e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra opuseram embargos infringentes (4º v., fls. 824/835 e 836/843). Foram os embargos distribuídos ao Juiz Hilton Queiroz. A 2ª Seção, em 20/09/00, por maioria, venceu o Juiz Olindo Menezes, que manteve seu voto proferido na Turma, negou provimento aos embargos infringentes (v. 4º, fls. 909). Acompanhou o Relator os Juízes I'talo Mendes, Carlos Olavo, Antônio Ezequiel, Eustáquio Silveira, Mário César e Cândido Ribeiro. O acórdão ficou com a seguinte ementa:

I. Ao afastar o laudo, quanto ao valor da indenização, agiu o juiz em consonância com o art. 436 do CPC, justificadamente, valendo-se de subsídio legítimo e não fraudulento, com o que preservou o ditame constitucional do justo preço.

II. Embargos improvidos.

7. A União Federal e o Incra, interpuseram recurso especial e recurso extraordinário (4º v., fls. 844/867, e 868/881; fls. 936/949 e 951/957), que não foram por mim admitidos, quando no exercício da Presidência (vº v., fls. 995/996, 997,

998, 999 e 1000).

Não se conformando com a decisão que não admitiu o recurso especial, o Incra agravou para o egrégio Superior Tribunal de Justiça (5º v., fls. 1.043/1.055), que negou, por unanimidade, provimento ao recurso (v. 5º, fls. 1.0765/1.076)

8. Inconformada com o indeferimento (v. 4º, fls. 994) do “pedido de nulidade do processo por ausência de intimação da União para se manifestar acerca do único documento que persuadiu o MM. juiz de primeiro grau a afastar o valor da indenização pela desapropriação indireta estabelecido no laudo” (v. 4º, fls. 969/991), a União agravou regimentalmente (5º v. fls. 1.002/1.010). A Corte Especial, por unanimidade, em 6 de dezembro de 2001, negou provimento ao agravo regimental, aplicando, por sugestão do Juiz Olindo Menezes (5º v., fls. 1.019) a “multa de 1% sobre o valor da causa atualizado em face da comprovada litigância de má-fé da União” (5º v., fls. 1.020). O acórdão ficou com a seguinte ementa, corrigida a fls. 1.033 (5º v., fls. 1.021 e 1033):

Não se conhece de nulidade relativa tardiamente argüida, quando o processo já se encontra em fase de apreciação dos recursos especial e extraordinário, sob pena de usurpação de competência.

II. Alegar nulidade perante o presidente do Tribunal, quando o processo já se encontra em fase de apreciação de recursos especial e extraordinário, é atitude altamente reprovável. Aplicada multa de 1% sobre o valor da causa corrigido, ante a demonstrada e comprovada litigância de má-fé.

III. Agravo regimental improvido.

Dessa decisão, opôs a União Federal embargos de declaração (5º v., fls. 1.025/1.029), que foram, unanimemente, rejeitados (5º v., fls. 1.033).

9. Depois de tantos recursos, deu-se início à execução. Ocasão em que a União Federal ingressou com a presente rescisória.

Foram os réus citados, contestando a ação (v. 6º, fls. 1.274/1.293), manifestando-se sobre ela a autora, União Federal (6º v., fls. 1.316/1.3220).

Não houve especificação de provas (6º v., fls. 1.328 e 1.329). Em seguida, apresentaram as partes razões finais (6º v. fls. 1.333/1.334 e 1.343).

10. O Ministério Público Federal, pela Procuradora Regional da República Elizeta Maria de Paiva Ramos, opinou pela improcedência da ação (6º v., fls. 1.397/1.393).

11. É o relatório.

**Voto\***

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1. Os ora réus propuseram ação de indenização (desapropriação indireta) contra a União Federal, em 21 de novembro de 1985 (1º v., fls. 207/224) pelos Lotes 84, 118 e 119 do Loteamento Itaipavas, localizado próximo da BR-158, em Xinguara, Pará, terem sido invadidos, o que resultou em prejuízo. O feito foi sentenciado, em setembro de 1997, pelo Juiz Federal da Vara Única de Marabá, Pará, Leão Aparecido Alves (v. 4º, fls. 790/798), que julgou procedente, em parte, o pedido, condenando a ré, a União Federal, a pagar aos autores a quantia de Cz\$153.171.678,80, determinando que o principal fosse corrigido monetariamente desde 28/07/88 até o efetivo pagamento, aplicando-se o IPC e, após a Lei 8.177/91, o INPC, com a incidência dos expurgos inflacionários (sendo janeiro/89 em 42,72%) e acrescido de juros compensatórios no percentual de 12% a.a, a partir do apossamento administrativo do imóvel (julho de 1981) e juros moratórios no percentual de 6% a.a, a partir do trânsito em julgado da sentença, devendo ambos os juros incidir até o efetivo pagamento. Determinou, também, que o pagamento da indenização deverá ser feito em dinheiro, mediante precatório. Fixou os honorários de advogado em 5% sobre o valor da indenização.

A União requereu o chamamento ao feito do Incra, o que não foi deferido. Não houve apelação, e sim, tão-somente, remessa. A 3ª Turma deste Tribunal, por maioria, negou provimento à remessa. União e Incra opuseram embargos infringentes. Perderam. A União, então, interpôs recursos extraordinário e especial. Não foram admitidos. O Incra interpôs agravo de instrumento, que não foi conhecido. Agravou regimentalmente, o provimento foi negado.

Os réus, então, promoveram a execução, apresentando o valor de R\$6.733.457,46, atualizado até 1º/07/02. Os cálculos foram homologados e “foi determinada a expedição de precatório requisitório da importância de R\$319.793,80, correspondente aos honorários advocatícios e multa de 1% sobre o valor da causa, bem como a notificação do presidente do Incra para escrituração dos títulos complementares no valor de” R\$6.733.457,46. Atualmente, o precatório encontra-se em trâmite neste Tribunal, sob o número 2004.01.00.027003-8.

Observe-se que, no processo de execução movido pelos autores, réus nesta ação, o Ministério Público Federal, pelo Procurador da República José Nilso de Lório, “louvando-se em nota técnica elaborada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Patrimônio Público e Social”, “manifesta-se favorável à homologação

---

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

dos cálculos, apresentados pelo exequente, no valor de R\$6.733.457,46, posição em 1º/07/02, com a conseqüente expedição dos precatórios requeridos a fls. 333” – fls. 1.079 destes autos (5º v. , fls. 1.089).

Diz a ilustre Procuradora Regional da República Elizeta Maria de Paiva Ramos, com grande acerto (6º v., fls. 1.349/1.352):

Pode-se dizer, de plano, que a presente ação fundada no art. 485, V, do CPC, não merece prosperar, eis que todos os preceitos legais apontados na inicial foram devidamente respeitados no acórdão rescindendo. Resta patente que o sistema processual prevê uma série de recursos para decisões que tenham, de uma forma ou de outra, colidido com o texto legal. A violação a literal disposição de lei, dentro desse contexto, pressupõe a existência de vício de tal gravidade – *error in procedendo* ou *error in iudicando* – ensejando exceção à regra da imutabilidade da coisa julgada. A violação há de ser de tal monta que justifique plenamente a sua desconstituição. Dentro, ainda, desse contexto de sua imutabilidade, as possibilidades de rescisão de uma decisão têm que ser necessariamente estreitas, ou seja, para o cabimento da ação rescisória, o juízo de admissibilidade há que ser restrito.

Para tornar cristalina a ausência, no caso sob comento, do pressuposto de violação literal de dispositivo de lei, vale trazer à baila o ensinamento do Professor Bruno Noura de Moraes Rego, que, citando o mestre Orozimbo Nonato, preleciona o seguinte:

“Há violação de lei quando se nega validade a uma lei, evidentemente válida; quando se dá validade a uma lei que não vale; quando se nega vigência a uma lei que ainda vige; ou quando se admite a vigência de uma lei que ainda não vige; ou quando se aplica uma norma que não caiba na espécie”. (*In Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 200, p. 68).

Na verdade, o que pretende a autora é a reforma do acórdão rescindendo via ação rescisória.

A uma, porque pretende seja anulada decisão rescindenda sob o argumento de que não foi aplicado o disposto no Decreto-Lei 2.328/87.

Frise-se que a ação de rito ordinário de desapropriação indireta foi ajuizada em 21/12/85, portanto, anteriormente à edição do aludido decreto-lei.

É consabido que a nossa legislação processual civil adota o princípio *tempus regit actum*, conforme a dicção do art. 1.211 do CPC, o qual impõe o respeito aos atos praticados sob o pálio da lei revogada, bem como aos efeitos desses atos, impossibilitando a retroação da lei nova.

Também, é assente o entendimento nos tribunais pátrios no sentido de que um decreto-lei não tem o condão de alterar o disposto no CPC, em respeito ao princípio da hierarquia das leis.

Ademais, consoante o ponderado na contestação pelos réus, *verbis*:

“(...) ora, o decreto em comento, pela sua própria nomenclatura dis-

tintiva, dizendo que “Extingue o Grupo Executivo das Terras do Araguaia/Tocantins – Getat, e dá outras providências é apenas e tão-somente uma legislação de procedimentos administrativos internos, como opção de gestões da administração descentralizada da União Federal, alcançando, tão-somente, regras de procedimentos de sua própria organização funcional, ou seja, é um instituto jurídico de alcance *inter alios*, de restrita norma relativa a sua conveniência ou oportunidade, a cujo respeito só é devido pelos seus subordinados diretos, que poderão, ou não, alterar ou modificar seus procedimentos, segundo sua própria natureza funcional.

Desta forma, o art. 1º do Decreto-Lei 2.328/87, que somente declara extinto um órgão, no caso o Getat, subordinando suas normas administrativas ao Incra, que o sucedeu (art. 2º), bem assim a determinação à Procuradoria da República para fornecer ao Incra os elementos necessários à intervenção da autarquia nos feitos de que trata este artigo (art. 8º, parágrafo único), ou seja, nas relações processuais já instauradas, em que a União seja parte assistente ou oponente que por alguma forma envolva o Getat, *continuará a Procuradoria a atuar, até que ocorra a intervenção do Incra (caput do art. 8º).*

(....)

Labora em ledro engano o nobre patrono da autora, uma vez que não se trata de alteração ou modificação do pólo passivo da demanda, porque a responsabilidade pela ação teve início e continuou até seu final contra a União Federal, que se mantém e continua mantendo a sua condição ré, e responsável pelo pagamento da indenização, reconhecida judicialmente em favor dos antigos proprietários das terras invadidas (....)”

A duas, em razão de pretender o reexame do conjunto fático-probatório objetivando corrigir eventual erro de legalidade, o que é impróprio à via rescisória, dada a sua natureza excepcional.

Note-se por oportuno que, ao almejar o acolhimento de laudo pericial e o desprezo do disposto na Portaria 1.403, de 28/07/88, do ministro de Estado da Reforma e do Desenvolvimento Agrário para fixar o valor da terra nua por hectare, a autora imiscui-se na atividade do julgador, mais precisamente no tocante ao livre convencimento do mesmo.

Diante de tudo o que foi dito, demonstrado e comprovado que a União Federal usa do processo para conseguir objetivo ilegal. É, pois, litigante de má-fé, ao propor esta ação rescisória. Por isso, condeno a pagar uma multa que arbitro em 1% (um por cento) sobre o valor da causa (CPC, art. 17, III, c/c art. 18 do CPC), que reverterá em favor dos réus.

2. Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação rescisória, condenando a União Federal em honorários advocatícios, que fixo em R\$ 5.000,00.

3. É o voto.

---

## Terceira Seção

---

### Ação Rescisória

**2004.01.00.058520-0/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira  
Autor: Caixa Econômica Federal – CEF  
Advogados: Dr. Júlio Cano de Andrade e outros  
Réus: Carlos Eduardo Cunha Nogueira e outros  
Advogado: Dr. Ivo Evangelista de Ávila  
Publicação: DJ 2 de 02/03/05

---

### Ementa

*Processual Civil. Ação destinada a rescindir julgado relativo a correção monetária e/ou juros de FGTS. Ausência da hipótese de violação a literal disposição de lei. Princípio da tipicidade da ação rescisória. Petição inicial inepta.*

I. Justifica-se um juízo liminar de admissibilidade com o intuito de evitar que a coisa julgada, que se quer, em princípio, imutável, seja perturbada pela tramitação de ação rescisória sem adequação razoável, ou pelo menos indiciária, da causa de pedir a uma das hipóteses legais taxativas.

II. Inexiste, no caso, *violação a literal disposição de lei* por parte do julgado rescindendo porque o conceito de direito adquirido tem contornos imprecisos e a respectiva regra de proteção (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) não esgota os impedimentos à retroatividade da lei.

III. O indeferimento da inicial, nas ações rescisórias do FGTS, evita a sobrecarga da Justiça e o dispêndio de meios em franca desproporção com o proveito que se busca obter. Na espécie, o valor da causa (R\$ 1.000,00), dividido pelo número de réus (dez), é de R\$ 100,00 (cem reais).

IV. Agravo regimental da Caixa Econômica Federal improvido.

### Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 15/02/05.

---

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira* — Trata-se de ação rescisória proposta pela Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil, alegando que o julgado rescindendo violou literal disposição de lei (art. 5º, XXXVI, da CF) ao deferir correção monetária dos saldos de FGTS sem os expurgos dos Planos Bresser (junho/87), Collor I (maio/90) e Collor II (fev/91). Traz à consideração que a tese do direito adquirido foi rejeitada pelo egrégio STF, no julgamento do RE 226.855/RS.

A petição inicial foi indeferida, com fundamento no art. 490, I, c/c o art. 295, I, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil, e no princípio constitucional da razoabilidade.

Houve agravo regimental, sustentando a CEF que o objeto da ação diz respeito à matéria constitucional, não se aplicando, por isso, a Súmula 343 do STF.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira*: — A Caixa Econômica Federal, baseada no entendimento do STF no RE 226.855/RS, no qual prevaleceu entendimento de que “não há direito adquirido a regime jurídico”, ingressa com ação rescisória de acórdão em que se afirmou que o índice de correção monetária de saldos em contas do FGTS não poderia ser alterado no decorrer do período de apuração. Sustenta que houve *violação a literal disposição de lei* (art. 485, V, do CPC).

Não vejo como possa ter havido *violação literal* à regra do art. 5º, XXXVI, da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em primeiro lugar porque, translúcido na aparência, o *direito adquirido* é um conceito de “conteúdo fugidio, cambiante e equívoco, insuscetível de se exprimir numa fórmula objetiva, clara e sintética” (Sampaio Dória). Não dá ensejo, pois, a um sentido *literal*, inequívoco. Em segundo, porque a regra de proteção do direito adquirido, conforme penso, não esgota os impedimentos à retroatividade da lei.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Maria de Almeida, Fagundes de Deus, Daniel Paes Ribeiro e os Exmos. Srs. Juízes Francisco Neves da Cunha e Leão Aparecido Alves (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

No julgamento dos milhares de recursos com a finalidade de reduzir a correção das *perdas do FGTS* aos índices que, reconhecidos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobreviveram à decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 226.855/RS), tenho ressaltado que não divirjo do entendimento pretoriano por questão de praticidade. Significaria apenas protelar o pagamento da parcela deferida. Insisto em que a dicotomia *expectativa de direito e direito adquirido* não satisfaz plenamente no âmbito do Direito Administrativo-Constitucional. Consta-se que há posições intermediárias (*direitos imperfeitos, interesses*), entre uma e outra modalidade, que merecem ser consideradas. Tais posições, se não configuram direito adquirido, na acepção mais restrita deste instituto, podem estar, no entanto, protegidas pelos princípios da confiança, da moralidade e da boa-fé. O princípio da *confiança legítima* impõe sejam respeitadas as *esperanças fundadas*. Trata-se de princípio mais amplo que o da proteção dos direitos adquiridos, pois protege expectativas legítimas e situações em vias de constituição sob o pálio de promessas firmes do Estado (Medauar, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 246).

É o caso dos critérios de correção monetária, cuja mudança no meio do período de apuração, conquanto, rigorosamente, não viole direito adquirido, pode estar infringindo o princípio da confiança nas promessas firmes do Estado. Se, mais, a redução de índice vem não para ajustar a correção ao real comportamento da economia, mas para mascarar a realidade, torna-se *desvio de poder de legislar*. Entendo, assim, que o direito dos trabalhadores aos demais índices de correção do FGTS sustenta-se, para além da garantia do direito adquirido, em outros princípios constitucionais, bastantes por si sós. Há, *data venia*, reducionismo no exame da pretensão à luz, unicamente, da garantia instituída no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Apropriadas são as considerações que a respeito faz o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, em voto divergente no REsp 265.556/AL:

Em campo econômico, a inflação é uma realidade que a lei não pode desconhecer e, no momento em que a lei transforma essa realidade, ela está manipulando a realidade econômica e, mais ainda, quando o faz por via do Poder Executivo, em que, em princípio, tem que haver a maior confiabilidade do cidadão, a lei está, a meu ver, viciada naquele sério princípio da confiabilidade e da moralidade da coisa pública, a moralidade na sua expansão para o mundo jurídico.

Não é outro o pensamento do Ministro Sepúlveda Pertence, em voto justamente no julgamento do RE 226.855/RS (RTJ 174:916/1.006), a propósito do enunciado jurisprudencial de que *não há direito adquirido a regime jurídico*:

Nesse campo, ao que entendo, o alcance da máxima é o de *ilidir* – ao contrário do que sucederia se se cuidasse de relação negocial – a eventual

pretensão do servidor a manter-se sob o regime legal vigente ao tempo de sua admissão, acaso mais favorável que o da lei nova que o tenha revogado.

Transposto para o problema em Mesa – o índice legal de correção do saldo individual no FGTS – do princípio de não haver direito adquirido a regime jurídico revogado só resulta, no meu modesto entender, não ter base pretender o trabalhador a preservação do índice vigente ao tempo da abertura de sua conta vinculada.

Vale dizer: nem o caráter institucional da relação com o FGTS, nem a conseqüente improcedência da pretensão de manter-se incólume à alteração do seu estatuto legal implicam não deva a incidência do regime novo respeitar eventuais direitos do trabalhador, adquiridos sob a lei anterior.

Para sustentar o contrário, seria preciso – como pretendem as razões da Caixa – reviver a desgastada tese da inoponibilidade do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito às leis de ordem pública – fruto da importação precipitada de lições doutrinárias fundadas em ordenamentos em que a sua salvaguarda não tem estatura constitucional – a qual, por isso, parece definitivamente sepultada na jurisprudência do Tribunal, pelo menos, desde as sole-nes exéquias que lhe dedicou o primoroso acórdão da ADI 493, de 25/06/92, da lavra do Ministro Moreira Alves (*RTJ* 143/724).

Além de atender a esses fundamentos teóricos, o indeferimento da inicial, nas ações rescisórias do FGTS, evita a sobrecarga da Justiça e o dispêndio de meios em franca desproporção com o proveito que se busca obter. Tomo como exemplo, aleatoriamente, uma das ações interpostas pela Caixa no TRF-1ª Região (Brasília/DF) e verifico que são chamados dez réus cujos endereços, respectivamente, são: Vitória/ES, Arvorezinha/RS, Rio de Janeiro/RJ, Votuporanga/SP, Votuporanga, Porto Ferreira/SP, São José dos Campos/SP, São José dos Campos, Campos do Jordão/SP e Vila Velha/ES. Acresça-se a essa situação o fato de que alguns, ao serem procurados, terão mudado de endereço, local incerto, citação por edital, nomeação de curador...

As ações movidas pelos trabalhadores, quase sempre em litisconsórcio, tiveram uma única ré, a Caixa Econômica Federal, de fácil citação, o que não acontece, ao inverso, com as ações rescisórias, cada uma contra dezenas de trabalhadores, com endereços diferentes, quando os têm certos, em diversas unidades da Federação, às vezes no interior e até na zona rural.

Noticia-se que, na reposição dos dois índices de correção dos expurgos do FGTS reconhecidos pela jurisprudência – janeiro/89, 42,72% (diferença de 16,06%) e abril/90, 44,80% – noventa e dois por cento dos trabalhadores têm direito a quantia não superior a R\$ 1.000,00 (um mil reais). Sabe-se, mais, que a soma dos outros três índices normalmente pedidos – junho/87, 6,81%, maio/90, 2,36%, e fevereiro/91, 13,90% – é inferior à daqueles dois (argumento utilizado para reivindicar proporcionalidade no pagamento de honorários de advogado), o

que autoriza concluir, a grosso modo, que o proveito econômico visado pela Caixa Econômica Federal, em 92% dos casos, é inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais). Isto vem sendo, aliás, confirmado pela própria CEF, que nas rescisórias do FGTS, normalmente, atribui valor à causa não superior a R\$ 1.000,00. Em situação semelhante – execuções fiscais – sucessivas leis têm dispensado o ajuizamento ou autorizado o arquivamento de ações para cobrança de valores que não compensam o custo do processo. Na Lei 10.522/02, art. 20, esse valor é de até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Tal atitude, autorizada pelo legislador à Administração, encontra fundamento no princípio da *eficiência*, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição.

O valor da causa (R\$ 1.000,00), dividido pelo número de réus (dez), é de R\$ 100,00 (cem reais).

Nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves:* — Senhor Presidente, peço vênias aos eminentes Des. Federais e ao colega Francisco Neves da Cunha para dar provimento ao agravo com base em precedentes monocráticos e colegiados do Supremo Tribunal Federal.

## **Quarta Seção**

---

### **Mandado de Segurança**

**2004.01.00.009001-4/PA**

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

Impetrante: Reginaldo de Castro Maia

Advogado: Dr. Reginaldo de Castro Maia

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

Publicação: DJ 2 de 11/03/05

---

### **Ementa**

*Constitucional. Contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos ou pensionistas (caput do art. 4º da EC 41/03): constitucionalidade. Valor referencial para não-incidência diferenciado (incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/03):*

---

*inconstitucionalidade. STF (ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF). Segurança concedida, em parte.*

I. É constitucional a cobrança da contribuição previdenciária sobre os proventos ou pensões auferidos pelos servidores públicos inativos e pensionistas instituída pelo *caput* do art. 4º da EC 41, de 19/12/03, pois: (a) não há direito adquirido frente à exigência tributária, que incide sobre fatos posteriores à sua instituição; (b) não há imunidade tributária absoluta quanto aos rendimentos dos servidores públicos; (c) o princípio da irredutibilidade da remuneração não é óbice à imposição tributária; (d) a contribuição previdenciária, já por não ser imposto, não consubstancia *bis in idem* em face do Imposto de Renda, à luz de sua finalidade e da destinação específica de sua receita, tampouco “bitributação”, haja vista autorização constitucional expressa (art. 195, I, da CF/88); (e) não há confisco ou discriminação, uma vez que ela incide sobre uma categoria de pessoas e, ademais, há motivo (causa) para sua instituição, caracterizado pelo colapso no sistema previdenciário (art. 40, CF/88), que, por não ser de natureza jurídico-contratual, não permite seja a contribuição vista como prestação sinalagmática, devendo ele, então, por objetivar garantir subsistência, independência e dignidade ao servidor idoso, ser custeada por todos, ao sabor do “princípio estrutural da sociedade”; e (f) não há ofensa ao princípio da isonomia, já que, além da regra que separa, em tese, os servidores em três grupos distintos (conforme a data do benefício), a simples condição de aposentado ou pensionista do servidor não lhe retira a responsabilidade pela “eqüidade no custeio” (art. 194, IV, da CF/88).

II. Noutro sentido, é inconstitucional, por ofensa à isonomia tributária, a diferenciação do valor referencial para não-incidência da contribuição (incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/03), devendo ser ele idêntico para todos os servidores públicos, equivalendo ao limite previsto no art. 5º da aludida emenda constitucional, com suas periódicas atualizações.

III. Segurança concedida, em parte.

IV. Autos recebidos em gabinete, em 25/02/05, para lavratura do acórdão, liberados pelo Relator, em 28/02/05, para publicação.

### **Acórdão**

Decide a Quarta Seção conceder a segurança, em parte, por unanimidade.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 16/02/04.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Por inicial ajuizada aos 29/01/04 na Seção Judiciária do Pará, o impetrante, servidor público federal aposentado, pede, com liminar, segurança preventiva contra ato atribuído ao Juiz Federal Diretor do Foro/PA, objetivando suspender a exigibilidade da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas, instituída pelo art. 4º da EC 41, de 19/12/03.

Sustenta que (a) a contribuição não atende ao princípio da especificidade e que, diferentemente dos impostos, as contribuições sociais são “causais e finalísticas”, sem receita vinculada, não bastasse a pessoalidade, pois ativos contribuem para inativos; (b) não há, no art. 195 da CF/88, hipótese que configure os proventos ou pensões do servidor público com fonte de custeio; ademais, o pacto da solidariedade já foi cumprido pelo aposentado/pensionista, que já contribuiu para o regime; (c) a exação em tela configura confisco, pois, por direito adquirido e em face do ato jurídico perfeito, não há obrigatoriedade de contribuição pelos inativos ou pensionistas; e (d) a exigência viola o princípio da irredutibilidade salarial.

Por decisão (fls. 20) datada de 04/02/04, o MM. Juiz Sílvio Coimbra Mourthé, da 5ª Vara/PA, declinou da competência em prol desta Corte.

Distribuídos nesta Corte em 12/03/04, os autos foram recebidos em gabinete em 16/03/04. Na mesma data indeferi a liminar (fls. 22), contra a qual não houve recurso (fls. 27).

Com informações (fls. 26).

A PRR (fls. 29/35) opina pela denegação da segurança, em parecer assim ementado:

*Constitucional. Servidor inativo. Contribuição previdenciária. (...).*

I. Não constitui violação ao princípio da irredutibilidade de vencimento impor tributação sobre proventos de servidor inativo, porquanto o que a Constituição resguarda são os vencimentos e proventos em sua expressão nominal. Precedentes do STF.

II. Inexiste infringência a direito adquirido do impetrante, eis que o único direito conquistado ao longo do tempo despendido no serviço público é a aposentadoria. Não existe “direito” conferido a qualquer cidadão, de não sofrer taxaço ou não recolher tributos.

III. A seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade e destina-se a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (arts. 194 e 195). O pagamento da contribuição social pelos inativos funda-se no princípio da solidariedade e da redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF/88), não implicando, outrossim, ofensa ao princípio da proporcionalidade, que também permeia a Carta Magna brasileira.

Autos recebidos em gabinete, com parecer, em 29/07/04.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Estes, os antecedentes do STF quanto ao tema, que demonstram que essa Corte professava entendimento de que, quanto ao período contributivo anterior à EC 20/98, era constitucional a contribuição previdenciária a cargo de inativos e pensionistas, mas, durante sua vigência não, por imunidade então conferida no próprio corpo constitucional:

*Contribuição previdenciária: incidência sobre proventos da inatividade de servidores públicos estaduais (Lei estadual 7.672/82, do Rio Grande do Sul): constitucionalidade da cobrança no período que antecede a EC 20/98: precedente (ADIMC 1.441, Pleno, 28/06/96, Rel. Min. Otávio Gallotti, DJ 18/10/96) (STF, 1ª T, AgRegRE 367.094-8/RS, Rel. Min. Sepúlveda Perence, un., DJ 27/06/03, p. 34, trânsito em julgado em 28/10/03)*

*Contribuição previdenciária: incidência sobre proventos da inatividade e pensões de servidores públicos (Lei Estadual 12.398/98, do Paraná): densa plausibilidade da arguição da sua inconstitucionalidade, sob a EC 20/98, já afirmada pelo Tribunal (ADIMC 2.010, 29/09/99).*

1. Reservado para outra oportunidade o exame mais detido de outros argumentos, é inequívoca, ao menos, a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da norma local questionada, derivada da combinação, na redação da EC 20/98, do novo art. 40, §12, com o art. 195, II, da Constituição Federal, e reforçada pela análise do processo legislativo da recente reforma previdenciária, no qual reiteradamente derrotada, na Câmara dos Deputados, a proposta de sujeição de aposentados e pensionistas do setor público à contribuição previdenciária.

2. O art. 195, §4º, parece não legitimar a instituição de contribuições sociais sobre fontes que a Constituição mesma tornara imunes à incidência delas: de qualquer sorte, se o autorizasse, no mínimo, sua criação só se poderia fazer por lei complementar.

(....)

(STF, Pleno, liminar na ADI 2.189-3/PR, Rel. Min. Sepúlveda Perence, un., DJ 09/06/00, ement. 1.994-1)

Por agora, a aventada contribuição previdenciária assim restou instituída pela recente EC 41, de 19/12/03:

---

N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias e os Exmos. Srs. Juízes Neuza Maria Alves da Silva e Iran Velasco Nascimento (convocados).

Art. 4º. Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I. cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II. sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Instado em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o pleno do STF fincou o seguinte entendimento (ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF, j. 18/08/04, *DOU* 1ª Seção, 27/08/04, p. 1, Rel. p/ acórdão Min. César Peluso), julgando procedentes, em parte, as ações:

por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao *caput* do art. 4º da EC 41, vencidos a Min. Ellen Gracie, o Min. Carlos Britto, o Min. Marco Aurélio e o Min. Celso de Mello e, por unanimidade, julgou inconstitucionais as expressões “50%” e “60%”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/03, pelo que se aplica, então, o §18 do art. 40 do texto permanente da CF/88.

Eis o histórico do julgado, conforme trechos extraídos do *link* “notícias” do site do STF:

Iniciando o julgamento, a relatora originária (Min. Ellen Gracie) afirmou ser “errônea a afirmativa de que os servidores públicos federais nunca contribuíram, ou pouco contribuíram, para o sistema previdenciário próprio. Na verdade, eles concorreram para a formação de seus fundos de aposentadoria (...) desde (...) longínqua data”. Sob sua ótica, a contribuição malferiria os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito e redundaria em inadequada imposição tributária, pois visaria ao saneamento das finanças da Previdência Social. Ademais, o servidor contribui para perceber, ao ingressar na inatividade, aposentadoria, ou seja, um acerto de contas. A EC em tela, então, além de romper os parâmetros da relação jurídica previdenciária, ensejando autêntica doação de percentual de seus proventos em prol da solidariedade social, implica bitributação e ofensa à isonomia tributária e ao equilíbrio atuarial, garantias individuais que se encontram a salvo da atividade reformadora (art. 60, §4º, IV, CF/88).

Divergindo, o Min. Joaquim Barbosa votou pela improcedência das ações, questionando a amplitude dada ao termo “cláusula pétrea”: “Vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, irrazoável, com a propensão oportunista e utilitarista, a fazer a abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional”. No caso, a proteção da teoria “terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade”. Para ele, não se pode admitir que, em um Estado democrático e social, alguém possa ter o direito de não pagar tributos. Evocou, ainda, a prevalência do princípio da solidariedade em detrimento do direito adquirido de não pagar a contribuição previdenciária: “A solidariedade deve primar sobre o egoísmo”. Ademais, além de o art. 5º, XXXVI, da CF/88 não limitar o constituinte derivado, a EC 41/02 não suprimiu direito, apenas corrigiu distorções, tudo no intuito de viabilizar o bem-estar das vindouras gerações de servidores estatais.

Acompanhando a relatora originária, o Min. Carlos Ayres Britto disse que o problema de desequilíbrio financeiro da Previdência não se pode imputar ao servidor, mas ao gerente (Poder Público). Afirmou ele, ainda, que os proventos se constituem em direito subjetivo do servidor público desde que preenchidos os requisitos constitucionais, impassíveis de alteração legal ou constitucional.

O julgamento, suspenso em 26/05/04, por pedido de vista, foi encerrado aos 18/08/04, concluindo o STF pela constitucionalidade (7 votos contra 4) da cobrança, mas eliminando, todavia, a diferenciação do teto para não-incidência.

O Min. César Peluso, com ressalvas quanto à instituição de alíquotas diferenciadas para a contribuição de servidores dos Estados, Municípios e Distrito Federal (50%) e de servidores da União (60%), que feriria o princípio da igualdade, sendo tal discriminação, portanto, inconstitucional, votou pela constitucionalidade da exação: “O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos de aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição, deve ser custeado por toda sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se de princípio estrutural da solidariedade”, afirmou o ministro, lembrando que “no rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo não consta o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos”, no que foi acompanhado pelos Min. Eros Grau, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

Contra a contribuição, o Min. Marco Aurélio acompanhou a relatora, sustentando que a EC 41/03 agrediu o §4º do art. 60 da CF/88, porque “cobra-se a seriedade dos representantes do povo” e “a esta altura, considerados servidores que estão aposentados há 15 anos ou mais, introduzir quanto a eles, a título de contribuição, um ônus, diminuindo-se os proventos, é algo que conflita frontal-

mente com a Constituição Federal e implica até mesmo o maltrato à dignidade da pessoa humana”.

Também com a relatora o Min. Celso de Mello, abordando o princípio da proibição do retrocesso, que impede que sejam desconstituídas conquistas já alcançadas pelo cidadão.

Conforme transcrição do *Informativo do STF 357*, esta, a síntese do julgado:

(....) Ressaltou-se, inicialmente, que as contribuições são tributos, sujeitas a regime jurídico próprio, cuja propriedade decorre da destinação constitucional das receitas e da submissão às finalidades específicas estabelecidas pelo art. 149 da CF, do qual se extrai que as mesmas podem ser instituídas pela União e pelos Estados e Municípios como instrumento de atuação na área social. Daí, por força do disposto no art. 195 da CF, com a redação da época da edição da EC 41/03, a atuação estatal nas áreas da saúde, previdência e assistência social, cujos direitos são o conteúdo objetivo da seguridade social, dever ser custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, por meio dos recursos provenientes dos orçamentos dos entes federados e das contribuições sociais previstas nos incisos I a III do referido artigo. *Em relação ao caput do art. 4º da EC 41/03, as ofensas alegadas pelos requerentes foram afastadas por estas razões:* a) por serem as contribuições espécie de tributo, não há como opor-lhes a garantia constitucional ao direito adquirido: a.1) a norma que institui ou majora tributos incide sobre fatos posteriores à sua entrada em vigor; a.2) não consta do rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos. Assim, sendo a percepção de proventos de aposentadorias e pensões fato gerador da contribuição previdenciária (EC 41/03, art. 4º, parágrafo único), não obstante a condição de aposentadoria, ou inatividade, representar situação jurídico-subjetiva sedimentada que, regulando-se por normas jurídicas vigentes à data de sua consolidação, é intangível por lei superveniente no núcleo substantivo desse estado pessoal, não se poderia conferir ao servidor inativo nem ao pensionista verdadeira imunidade tributária absoluta, sem previsão constitucional, quanto aos fatos geradores ocorridos após a edição da EC 41/03, observados os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade (CF, art. 150, III, *a*, e art. 195, §6º); b) o princípio constitucional de irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos porque não implica imunidade tributária; c) a utilização da percepção de proventos como fato gerador da contribuição previdenciária não configura *bis in idem* de Imposto sobre a Renda: as contribuições previdenciárias não constituem imposto. Para discerni-las, além do fato gerador e da base de cálculo, há de se levar em consideração os fatores distintivos constitucionais da finalidade da instituição e da destinação das receitas (CF, arts. 149 e 195). Também não consubstancia bitributação o fato de as contribuições apresentarem a mesma base de cálculo do Imposto sobre a Renda em relação aos inativos, haja vista a existência de autorização constitucional expressa (CF, art. 195, II); d) a contribuição instituída não se faz sem

causa, razão por que não se há de falar em confisco ou discriminação sob o fundamento de que “não atende aos princípios da generalidade e da universalidade (art.155, § 2º, I), já que recai só sobre uma categoria de pessoas”: d.1) a EC 41/03 transmudou a natureza do regime previdencial que, de solidário e distributivo, passou a ser meramente contributivo e, depois, solidário e contributivo, por meio da previsão explícita de tributação dos inativos, “observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”, em face da necessidade de se resolver o colapso havido no sistema, em decorrência, dentre outros fatores, da queda da natalidade, do acesso aos quadros funcionais públicos, do aumento da expectativa de vida do brasileiro e, por conseguinte, do período de percepção do benefício; d.2) o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da CF nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de Direito Privado. O valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social; d.3) o regime previdenciário público visa garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso por meio do pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice e, nos termos do art. 195 da CF, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderia denominar princípio estrutural da solidariedade; d.4) o regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, sem prejuízo da observância dos princípios do parágrafo único do art. 194 da CF: universalidade, uniformidade, seletividade e distributividade, irredutibilidade, equidade no custeio e diversidade da base de financiamento. Assim, os elementos sistêmicos figurados no “tempo de contribuição”, no “equilíbrio financeiro e atuarial” e na “regra de contrapartida” devem ser interpretados em conjunto com os princípios supracitados; e) a cobrança, em si, da contribuição dos inativos não ofende o princípio da isonomia: e.1) o advento da EC 41/03 estabeleceu, em tese, a existência de três grupos de sujeitos passivos distintos: os aposentados até a data da publicação da emenda (que se aposentaram com vencimentos integrais); os que se aposentaram após a data de sua edição, mas que ingressaram no serviço público antes dela (que, numa fase de transição, poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as regras do art. 6º da EC 41/03); os que ingressaram e se aposentaram após a publicação da emenda (que poderão, no caso do §14 do art. 40 da CF, sujeitar-se ao limite atribuído ao Regime Geral da Previdência – CF, art. 201 – e equivalente a dez salários mínimos); e.2) o fato de já estarem aposentados à data da publicação da emenda não pode retirar a responsabilidade social pelo custeio, já que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa; e.3) o caráter contributivo e solidário da previdência social impede essa distorção, que implicaria ofensa ao princípio da “equidade na forma de participação de custeio” (CF, art. 194, IV). De outro lado, *em relação ao parágrafo único do art. 4º da norma impugnada*, entendeu-se configurada a violação ao princípio da igualdade por estes fundamentos: a) o fato de alguns serem inativos ou pensionistas dos Estados, do DF ou dos Municípios não legitima o tratamento diferenciado dispensado aos servidores inativos e pensionistas da União, que se encontram em idêntica situação

jurídica; b) o fato de ter-se aposentado o servidor antes ou depois da publicação da emenda não justifica tratamento desigual quanto à sujeição do tributo. Salientou-se que o parágrafo único do art. 4º da EC 41/03, ao criar exceção à imunidade prevista no §18 do art. 40 da CF, com a redação dada pela própria emenda, faz exceção, da mesma forma, à imunidade do inciso II do art. 195 da CF, aplicável, por extensão, aos servidores inativos e pensionistas, por força da interpretação teleológica e do disposto no §12 do art. 40 da CF (“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.... §12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.... §18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”; “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:.... II. do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201;”). Diante disso, e considerando o caráter unitário do fim público dos regimes geral de previdência e dos servidores públicos e o princípio da isonomia, concluiu-se que o limite a que alude o inciso II do art. 195 da CF – R\$2.400,00 (EC 41/03, art. 5º) – haveria de ser aplicado a ambos os regimes, sem nenhuma distinção. Julgou-se, por maioria, improcedente o pedido em relação ao *caput* do art. 4º da EC 41/03. Vencidos, no ponto, os Ministros Ellen Gracie, Relatora, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello que consideravam que a norma impugnada ofendia dispositivos constitucionais que estariam a salvo da atividade reformadora (CF, art. 60, §4º, IV). Declarou-se, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” constantes, respectivamente, dos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/03, pelo que se aplica à hipótese do art. 4º da EC 41/03, o §18 do art. 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional. (grifei)

Do ponto de vista prático, para todos os inativos e pensionistas, de qualquer esfera política e independentemente da data de concessão do seu benefício, a contribuição previdenciária incidirá somente sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no art. 5º da EC 41/03 (R\$ 2.400, atualizado pelos mesmos índices do RGPS: atualmente, R\$ 2.508,00).

Em síntese, portanto:

I. É constitucional a cobrança da contribuição previdenciária sobre os proventos ou pensões auferidos pelos servidores públicos inativos e pensionistas instituída pelo *caput* do art. 4º da EC 41, de 19/12/03, pois: (a) não há direito adquirido frente a exigência tributária que incide sobre fatos posteriores à sua instituição; (b) não há imunidade tributária absoluta quanto aos rendimentos dos servidores públicos; (c) o princípio da irredutibilidade da remuneração não é óbice à imposição tributária; (d) a contribuição previdenciária, já por não ser imposto, não consubstancia *bis in idem* em face do Imposto de Renda, à luz de sua finalidade e da destinação específica de sua receita, tampouco “bitributação”, haja vista autorização constitucional expressa (art. 195, I, da CF/88); (e) não há confisco ou discriminação, uma vez que ela incide sobre uma categoria de pessoas e, ademais, há motivo (causa) para sua instituição, caracterizado pelo colapso no sistema previdenciário (art. 40, CF/88), que, por não ser de natureza jurídico-contratual, não permite seja a contribuição vista como prestação sinalagmática, devendo ele, então, por objetivar garantir subsistência, independência e dignidade ao servidor idoso, ser custeada por todos, ao sabor do “princípio estrutural da sociedade”; e (f) não há ofensa ao princípio da isonomia, já que, além da regra que separa, em tese, os servidores em três grupos distintos (conforme a data do benefício), a simples condição de aposentado ou pensionista do servidor não lhe retira a responsabilidade pela “equidade no custeio” (art. 194, IV, da CF/88);

II. Noutro sentido, é inconstitucional, por ofensa à isonomia tributária, a diferenciação do valor referencial para não-incidência da contribuição (incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/03), devendo ser ele idêntico para todos os servidores públicos, equivalendo ao limite previsto no art. 5º da aludida emenda constitucional, com suas periódicas atualizações.

Por fim, a Lei 9.868, de 10/11/99, assim preceitua (grifei):

Art 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é *irrecorrível*, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

(....)

Art 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União* a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, *têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*).

Pelo exposto, concedo, em parte, a segurança, para que a contribuição incida apenas sobre a parcela dos proventos que exceder o teto atualizado (art. 5º da EC 41/03).

Custas pagas. Honorários incabíveis (Súmula 105/STJ e 512/STF).

É como voto.

### Voto-Vista

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Já não se fazendo presentes os motivos pelos quais pedi vista, como já adiantei em situações similares anteriores, acompanho o voto do eminente Relator.*

## Primeira Turma

---

### Apelação Cível

**2003.38.00.064854-1/MG**

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

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Adriano Antônio de Sousa

Apelante: Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA (em liquidação)

Advogados: Dr. José Augusto Lopes Neto e outros

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelados: Vicente de Paula Ferreira e outro

Advogados: Dr. Flávio Brochado Adjuto e outro

Remetente: Juízo Federal da 28ª Vara/MG

Publicação: DJ 2 de 07/03/05

---

### Ementa

*Administrativo e Processual Civil. Ex-ferroviário da RFFSA. Reajuste de 47,68%. Isonomia com outros ferroviários beneficiários de decisão judicial. Coisa julgada. Limites. Improcedência do pedido. Preliminares de incompetência da Justiça Federal, ilegitimidade passiva ad causam e prescrição do fundo do direito rejeitadas.*

I. É competente a Justiça Federal para o processo e julgamento de feito em que se pleiteia a concessão do reajuste de 47,68% a ex-ferroviários ou a seus pensionistas, com recursos financeiros provenientes da União. Precedentes. Pre-

---

liminar rejeitada.

II. Considerando que a pretensão dos autores visa à revisão de aposentadoria e pensão de ex-ferroviários, tanto a União quanto a RFFSA e o INSS devem integrar o pólo passivo da lide, na forma do Decreto-Lei 956/69 e Lei 8.186/91. Preliminar rejeitada.

III. Em se tratando de prestação de trato sucessivo, prescrevem as parcelas antecedentes ao quinquênio anterior à propositura da ação (Súmula 85 do STJ). Preliminar rejeitada.

IV. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (art. 472/CPC).

V. Os efeitos de uma decisão judicial alcançam somente as partes envolvidas no processo, não cabendo àqueles que não participaram da relação jurídica processual pretender a extensão dos benefícios nela deferidos, sob o fundamento de isonomia.

VI. Ademais, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar o valor dos proventos de aposentadorias e pensões estatutárias ou previdenciárias, sob o fundamento de isonomia.

VII. Apelações e remessa oficial a que se dá provimento, para, reformando a respeitável sentença, julgar improcedente o pedido.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, rejeitar as preliminares e dar provimento às apelações e à remessa oficial.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 16/02/05.

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

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: —* Vicente de Paula Ferreira e Wilson Xavier da Cruz, qualificados nos autos, ajuizaram a presente ação contra a Rede Ferroviária Federal S/A, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e a União Federal, objetivando, inclusive em sede de antecipação de tutela, a revisão de seus proventos de aposentadoria ou pensão, com a concessão do reajuste de 47,68%, a partir de junho de 1997, em igualdade de tratamento com os ferroviários já beneficiados com tal percentual.

O pedido de gratuidade de justiça foi deferido (fls. 27).

Após a instrução do processo, foi proferida a respeitável sentença de fls. 69/77, julgando procedente o pedido, para reconhecer aos autores o direito ao reajuste de 47,68% sobre seus vencimentos de complementação, em igualdade ao concedido aos seus paradigmas em virtude dos acordos trabalhistas realizados, respeitando-se a paridade dos salários destes autores com os valores pagos aos servidores que se encontram em atividade em cargos e/ou funções análogas; condenando a RFFSA, a União e o INSS ao pagamento das diferenças acrescidas de correção monetária de acordo com os seguintes critérios: IPC-r (Lei 8.880/94), até junho/95; INPC/IBGE (MP 1.398/96), entre julho/95 a abril/96; IGP-DI (MP 1.415/96 e MP 1.663-10/98 e Lei 9.711/98), a partir de maio/96; e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, e até 10/01/03, a contar de 11/01/03, o montante deverá ser acrescido da taxa de juros em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, nos termos do art. 406 do novo Código Civil (Lei 10.406/02), observada a prescrição quinquenal. Condenou os réus, ainda, ao pagamento da verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

Há remessa oficial.

O INSS interpõe recurso de apelação, argüindo, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito; sua ilegitimidade passiva *ad causam* e a carência de ação por falta de interesse de agir, haja vista que os instituidores das pensões dos autores foram admitidos pela RFFSA na condição de celetistas, após a edição da Lei 4.345/64. No mérito, sustenta que a pretensão dos autores encontra óbice no disposto no art. 472 do CPC, pois a coisa julgada só pode produzir efeitos entre aqueles que participaram do processo. Alega que a verba honorária é incabível, haja vista que inexistente qualquer ilegalidade no procedimento adotado pelo INSS e, em caso de manutenção da sentença, requer a redução da verba honorária para 5% (cinco por cento) sobre as parcelas vencidas. Requer, ainda, a redução dos juros de mora para 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, e a aplicação da correção monetária nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei 6.899/81 (fls. 78/84).

A RFFSA também interpõe recurso de apelação, argüindo, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam* e a prescrição do fundo do direito. No mérito, sustenta a impossibilidade de concessão do reajuste aos autores, pois não fizeram parte dos processos propostos perante a Justiça trabalhista, na forma do art. 472 do CPC (fls. 86/91).

A União também apela, argüindo, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal; sua ilegitimidade passiva *ad causam* e a prescrição do fundo do direito, na forma do art. 1º do Decreto 20.910/32. No mérito, sustenta que a procedência do pedido esbarra na regra do art. 472 do CPC. Requer a redução

---

dos juros de mora para que fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação (fls. 94/106).

Os autores, em contra-razões, pugnam pela manutenção da sentença (fls. 1.108/27).

É o relatório.

### **Voto\***

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves:* — Trata-se de remessa oficial e de recursos de apelação, interpostos pela União, pela RFFSA e pelo INSS, insurgindo-se contra a sentença de fls. 69/77, que julgou procedente o pedido, para reconhecer aos autores o direito ao reajuste de 47,68% sobre seus vencimentos de complementação, em igualdade ao concedido aos seus paradigmas em virtude dos acordos trabalhistas realizados, respeitando-se a paridade dos salários destes autores com os valores pagos aos servidores que se encontram em atividade em cargos e/ou funções análogas; condenando a RFFSA, a União e o INSS ao pagamento das diferenças acrescidas de correção monetária de acordo com os seguintes critérios: IPC-r (Lei 8.880/94), até junho/95; INPC/IBGE (MP 1.398/96), entre julho/95 a abril/96; IGP-DI (MP 1.415/96 e MP 1.663-10/98 e Lei 9.711/98), a partir de maio/96; e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, e até 10/01/03, a contar de 11/01/03, o montante deverá ser acrescido da taxa de juros em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, nos termos do art. 406 do novo Código Civil (Lei 10.406/02), observada a prescrição quinquenal. Condenou os réus, ainda, ao pagamento da verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

### **Preliminares:**

1) A União e o INSS argüiram a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o processo e julgamento deste feito.

Em se tratando de pedido de concessão do reajuste de 47,68% a ex-ferroviários ou pensionistas de ferroviários, com os recursos financeiros provenientes da União, a competência é da Justiça Federal.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados desta Corte:

*Processual Civil. Competência. Ex-ferroviário. Rede Ferroviária Federal S/A. Reajuste de 47,68%, a partir de junho/97. Interesse jurídico da*

---

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

*União. CF/88, 109, I. Competência da Justiça Federal.*

I – Em ação relativa a benefícios previdenciários de ex-servidores da RFFSA, complementados por recursos da União, a competência é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88.

II – Agravo de instrumento provido. (TRF-1ª Região, 1ª Turma, AG 2002.01.00.041039-3/MG, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, unânime, DJ 23/06/03).

(....)

*Constitucional e Processual Civil. Competência. Ação proposta por ferroviários aposentados e pensionistas de falecidos ferroviários.*

I – Pretendendo os autores da demanda recomposição de benefícios previdenciários de que são titulares, com direito à complementação devida pela União Federal, caracteriza-se litígio de natureza previdenciária, não dissídio entre empregador e empregados, nem muito menos controvérsia decorrente da relação de trabalho.

II – Embora o fundamento do pedido resida no direito, de que os autores se julgam titulares, à extensão de índice obtido em função de acordo celebrado por outros ex-ferroviários em execução de lides trabalhistas, sustentado sob argumento de se impor igual tratamento dispensado aos transatores, tal fundamento revela apenas a causa de pedir da demanda na qual proferido o ato jurisdicional impugnado, sem poder de alterar a feição nitidamente previdenciária da lide, substanciada no pedido nela formulado, de reajuste do valor de proventos pagos pela Previdência Social, com complementação por parte da União.

III – Agravo a que se dá provimento. (TRF-1ª Região, 2ª Turma, AG 2002.01.00.040452-0/MG, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, DJ 25/03/03).

Rejeito a preliminar.

2) Não assiste razão aos réus quanto à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Com efeito, considerando que o pedido desta ação visa à revisão de aposentadoria e pensão de ex-ferroviários, tanto a União quanto o INSS e a RFFSA devem integrar o pólo passivo da lide, na forma do Decreto-Lei 956/69 e da Lei 8.186/91, consoante se infere do precedente a seguir transcrito, *verbis*:

*Previdenciário. Administrativo. Processual Civil. Ferroviário. Complementação de proventos. Legitimidade passiva ad causam da RFFSA, da União e do INSS. Decreto-Lei 956/69. Lei 8.186/91.*

I – A RFFSA é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de complementação de aposentadoria de ferroviário, porquanto compete-lhe fornecer ao INSS, responsável pelos procedimentos de manutenção e pagamento, os comandos de cálculo desta vantagem previdenciária.

II – À União cabe o ônus financeiro do encargo à conta do Tesouro Nacional, de acordo com o disposto no art. 1º do Decreto-Lei 956/69 e arts. 5º e 6º da Lei 8.186/91.

(....)

(TRF-1ª Região, 2ª Turma, AC 2001.01.00.016634-0/MG, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, unânime, DJ 22/08/03).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido, conforme se vê a seguir:

*Recurso especial. Administrativo. Ferroviário. Complementação de proventos. DL 956/69. Legitimidade da União.*

Nos termos da Lei 8.186/91, a União é responsável pela verba que será destinada à referida complementação, cuja responsabilidade pelo pagamento é do INSS.

Recurso desprovido. (STJ, 5ª Turma, REsp 353.084/RN, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, unânime, DJ 25/02/02).

Rejeito, portanto, a preliminar.

3) A argüição de ilegitimidade ativa dos autores, haja vista que os instituidores das respectivas pensões eram celetistas, não funcionários públicos da União, confunde-se com o mérito da demanda, razão pela qual será com ele analisada.

4) Melhor sorte não assiste à União e à RFFSA no que tange à prescrição do fundo do direito, pois o pedido dos autores se cinge ao reajustamento dos valores das aposentadorias/pensões de que são titulares, relação jurídica de trato sucessivo, devendo ser considerada, apenas, a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ, como determinado na respeitável sentença. Assim, considerando que a ação foi proposta aos 28/11/03, em caso de procedência do pedido, estarão prescritas todas as parcelas vencidas anteriormente a 28/11/98.

Rejeito, pois, a preliminar.

### **Mérito:**

No tocante ao mérito, verifico que os autores, ao fundamento de tratamento isonômico, pretendem reajustar o valor de seus benefícios em 47,68%, a partir de junho de 1997.

Alegam que quando da edição da Lei 4.345/64, em razão da acirrada controvérsia quanto ao correto percentual de reajuste que era devido aos ferroviários da RFFSA, diversos processos foram ajuizados na Justiça do Trabalho; e que, 30 (trinta) anos após o ajuizamento das ações, a RFFSA propôs acordo aos reclamantes, prevendo, além do pagamento 60% (sessenta por cento) do montante devido,

a concessão aos reclamantes com direito à complementação de aposentadoria ou pensão, na forma da Lei 8.168/91, do reajuste de 47,68% nos seus proventos. Alegam que os acordos firmados pelas partes devem atingir não somente os empregados/reclamantes, como também outros ferroviários, em idênticas condições.

O que os autores pretendem, em verdade, é estender os efeitos dos acordos firmados entre os ferroviários/reclamantes e a RFFSA nos processos ajuizados perante a Justiça do Trabalho aos seus proventos de aposentadoria ou pensões, de modo que lhes seja concedido o reajuste de 47,68%.

Não há como acolher tal pretensão.

Com efeito, a regra do art. 472 do CPC dispõe:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. (...)

Dessa forma, não podem os efeitos de uma decisão judicial proferida na Justiça do Trabalho beneficiar terceiros que não participaram da relação processual. Os acordos firmados entre os reclamantes e a RFFSA produzem efeitos somente entre eles, não alcançando os autores, por serem estranhos àquela lide.

Se os apelados pretendem obter os mesmos benefícios concedidos aos autores das reclamações trabalhistas, deveriam ter integrado aquela relação jurídica perante a Justiça Trabalhista contra a RFFSA. Se assim não o fizeram, não cabe agora, pretender a extensão dos efeitos do acordo firmado entre as partes ao fundamento de isonomia.

O benefício deferido em razão de decisão judicial tem caráter personalíssimo, não podendo ser concedido a quem não integrou a relação jurídica processual.

O ilustre professor Humberto Theodoro Júnior, *in Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 15ª ed., esclarece o tema, nesses termos:

Não quer dizer isto que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos. Não é certo, portanto, dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes. O que ocorre é que, apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado.

Nesse sentido, em hipóteses similares, já se manifestou esta Corte, conforme se colhe das ementas a seguir transcritas:

*Administrativo. Policial rodoviário federal. Percebimento de gratificações diversas. Gratificação de função policial. GOE. GAE, auxílio-moradia. Isonomia. Impossibilidade. Justiça gratuita. Deferimento.*

I – A situação funcional do autor não se identifica com a do paradigma trazido à colação, razão pela qual não há como estender àquele as gratificações pleiteadas, a título de isonomia, mesmo porque algumas das vantagens percebidas pelo servidor-paradigma originam-se de decisão judicial, o que não impõe, pura e simplesmente, a aplicação do princípio da isonomia.

II – Gratificações extintas/incorporadas aos vencimentos antes do ingresso do autor.

III – Apelação parcialmente provida para isentar o autor de custas e honorários por concedida, nesta instância, a gratuidade da justiça. (TRF-1ª Região, 2ª Turma, AC 1997.0100.002888-7/RO, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, DJ 05/12/03).

(...)

*Processual Civil. Administrativo. Adiantamento do PCCS.*

I – Inexiste lei a amparar o pagamento da parcela em questão, o que eivou de ilicitude o ato administrativo que o autorizou, não existindo, *in casu*, ato jurídico perfeito.

II – Não se pode estender aos autores, o percentual de 100% obtido por outros servidores em sede de decisão judicial, uma vez que os efeitos da decisão judicial transitada em julgado são restritos às partes do processo, não podendo ser estendidos a terceiros.

III – Agravo retido não conhecido.

IV – Apelação não provida. (TRF-1ª Região, 2ª Turma, AC 1998.38.00.045311-2/MG, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, unânime, DJ 09/04/01).

Ademais, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar o valor dos proventos de aposentadoria e pensões estatutárias ou previdenciárias sob fundamento de isonomia, aplicando-se na espécie, *mutatis mutandis*, a inteligência da Súmula 339/STF.

Isso posto, rejeito as preliminares e dou provimento às apelações e à remessa oficial, para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido. Condene os autores ao pagamento da verba honorária, que fixo em R\$ 50,00 (cinquenta reais), a qual ficará suspensa, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei 1.060/50, em face da gratuidade de justiça concedida.

Custas pelos apelados que estão isentos.

É o meu voto.

---

## Segunda Turma

---

### Apelação Cível

**1997.34.00.021891-8/DF**

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

Apelante: Gender Vang Araújo Landim

Advogados: Dr. Ercias de Paula e outros

Apelada: União Federal (Aeronáutica)

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 de 17/03/05

---

### Ementa

*Administrativo. Militar temporário. Reforma. Inexistência de direito.*

I. É legítimo o ato de licenciamento de militar temporário julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas, não fazendo o autor jus à vindicada reforma, na medida em que a prova pericial produzida em juízo foi concludente no sentido de não haver invalidez, nem relação de causa e efeito entre a doença incapacitante, suas conseqüências e a prestação do serviço militar.

II. Recurso de apelação a que se nega provimento.

### Acórdão

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

2ª Turma do TRF-1ª Região – 14/02/05.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Gender Vang Araújo Landim manifesta recurso de apelação por meio do qual pede a reforma de respeitável sentença do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em ação sob procedimento ordinário por ele proposta à União Federal, com intuito de ver reconhecido direito à reforma na Força da Aeronáutica, da qual fora licenciado a contar de 10 de julho de 1995, julgou improcedente a pretensão deduzida na lide.

Reafirmando basicamente os fundamentos desenvolvidos ao longo da peça inicial, argumenta o recorrente, em síntese, que ingressou nas fileiras militares compulsoriamente no ano de 1992, após considerado apto em prévia inspeção de saúde, passando a prestar seus serviços em hangar, próximo à pista de aeronaves, onde funcionavam diversos equipamentos; em uma das escalas de serviços, sentiu forte tontura e um líquido quente a escorrer de seu ouvido esquerdo, constatado como sangue, sendo conduzido de imediato ao hospital, quando veio a ser diagnosticado “tímpano estourado”. Pondera que a partir de então suportou cirurgias e tratamentos específicos, encontrando-se ainda doente, e que a própria autoridade judiciária de primeiro grau, embora reconhecendo que fora ele incorporado sem constatação de nenhuma enfermidade quando da inspeção de saúde, eclodindo a doença durante a prestação do serviço militar, por identificados os primeiros sintomas apenas no ano de 1994, não reconheceu relação de causa e efeito, tendo o laudo pericial, no qual se baseou, pecado ao asseverar que não há responsável pelo ocorrido. Afirma existente a relação de causa e efeito, sendo aquela fruto de designação para funcionar em local próximo à pista de decolagem e pouso de aeronaves, sem distribuição de equipamentos de segurança do trabalho, e este as seqüelas provenientes do barulho excessivo. Alega, por fim, estar patenteada sua invalidez em virtude do quanto decidido em ação de segurança anteriormente proposta.

Contra-razões a fls. 308/310.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Para ter por improcedente a pretensão deduzida na lide, salientou a digna autoridade judiciária de primeiro grau.

Busca o requerente, soldado excluído das fileiras da Aeronáutica, nestes autos, ser-lhe declarado o direito de reforma com vencimento correspondente ao grau hierárquico que ocupava na ativa, argumentando ter adquirido, durante a prestação do serviço militar, enfermidade incurável com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço.

A questão contovetida diz respeito à incapacidade do autor, a qual poderia levá-lo à pretendida reforma ou simplesmente determinar sua desincorporação, seguida de exclusão.

A União Federal argumenta que a exclusão do autor da Força Militar

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva e Jirair Aram Meguerian.

deu-se em virtude do exaurimento do prazo de serviço militar obrigatório, com estrita observância das normas vigentes para a matéria.

Importa ressaltar que o recrutamento compreende 4 (quatro) fases: i) convocação (nas suas diferentes finalidades); ii) seleção; iii) convocação à incorporação ou à matrícula (designação) e iv) incorporação ou matrícula nas Organizações Militares da Ativa nos órgãos de Formação de Reserva. É, pois, no recrutamento, mais precisamente na fase da seleção, que se realiza a inspeção de saúde necessária para avaliar se o indivíduo encontra-se apto físico, cultural, psicológico e moralmente para o ingresso no serviço militar. Portanto, se o requerente foi incorporado ao serviço militar, presume-se que nenhuma enfermidade foi constatada nessa inspeção.

Ademais, a prova pericial produzida nos autos dá conta de que a doença eclodiu durante a prestação do serviço militar, haja vista que seus primeiros sintomas somente tiveram início no ano 1994, ou seja, posteriormente ao reenganjamento do requerente.

Ora, se a anomalia física do requerente veio à tona, após ingresso na carreira militar, é caso de desincorporação (art. 140 do Decreto 57.654/66), consoante anuncia a peça contestatória. Tratando-se a irregularidade de moléstia ou acidente que torna o incorporado definitivamente incapaz para o serviço militar, o incapacitado será desincorporado, excluído e considerado isento do serviço militar. Possuindo direito ao amparo do Estado será desincorporado, mas mantido adido, até que seja reformado.

Resta, pois, saber se o requerente possui o direito de ser reformado conforme pretende. Vejamos.

No que concerne à passagem do militar à situação de inatividade, mediante reforma, interessam, neste caso, os seguintes artigos da Lei 6.880/80:

“Art. 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que:

I – *omissis*

II – for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas.

III a VI – *omissis*

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

I a III – *omissis*

IV – doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V – *omissis*

VI – acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

§ 1º Os casos de que tratam os itens, I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeteleta de tratamento nas enfer-

marias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço.

Art. 110. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I e II do art. 108 será reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato a que possuir na ativa.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do art. 108, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanente para qualquer trabalho (fls. 288/291).

Como se vê, o forte argumento deduzido pelo requerente é a alegação de que a moléstia a que fora acometido possui relação de causa e efeito com as funções inerentes às atividades castrenses, fato que, se devidamente comprovado, o faria portador do direito pleiteado, consoante disposto nos art. 106, II, combinado com o art. 108, IV, supratranscritos.

Entretanto, o laudo pericial acostado aos autos a fls. 254 e 273/274, elidiu essa hipótese ao afirmar que *não há responsável determinado para o problema do autor*. Além disso, deixou clara a capacidade do autor para o trabalho ao declinar que *a única restrição para a moléstia do suplicante é evitar exposição à água*. Indicou, ainda, possibilidade de utilização de prótese, ou em situação menos grave, realização de reabilitação labiríntica.

Diante disso, não deve prosperar o pedido de reforma, já que, com o advento da Lei 6.880/80, isso somente seria possível se a enfermidade, além de ter relação de causa e efeito com o serviço, tivesse ocasionado a invalidez do requerente (art. 110, § 1º), o que, conforme constatado, não ocorreu.

Ressalte-se, contudo, que o inciso VI do art. 108 retomado garante a reforma também quando a enfermidade não tiver relação de causa e efeito com o serviço. Mas, para tanto, exige que o militar da ativa seja oficial ou praça com estabilidade assegurada, sendo nesse caso reformado com remuneração proporcional ao tempo de serviço ou que seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, caso em que será reformado com qualquer tempo, com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação.

Ora, o autor não ostenta estabilidade assegurada, pois, nos termos do art. 50, IV, *a*, da Lei em comento, para obter essa condição são necessários 10 (dez) anos de prestação de serviços, e, pelo que se depreende dos autos, não completou esse lapso temporal.

Restar-lhe-ia, então, a segunda hipótese. Ocorre que, de acordo com a prova pericial, não se configurou a invalidez do requerente, “existindo apenas restrições para exposição à água”.

A propósito:

*“Administrativo. Militar. Reforma.*

I. Não estando definitivamente impossibilitado de exercer atividades civis, o ex-militar que sofre de epilepsia convulsiva, sem relação de causa e efeito com o serviço militar e que não lhe afeta a capacidade de autodeterminação, não faz jus à reforma, pois não era militar estável.

II. Recurso não provido. Sentença confirmada”. (TRF-1ª Região, AMS 0201033-8/90-RJ, decisão de 04/09/91, DJU de 03/10/91)

Não estando, pois, o requerente enquadrado em quaisquer das situações que lhe dariam direito à pretendida reforma, não poderia ser outra a decisão da administração militar que promoveu o seu desligamento das Forças Armadas. (fls. 292/294).

Tal entendimento empresta correta exegese aos dispositivos da legislação militar aplicáveis à hipótese em causa, tendo o laudo da perícia judicial a que foi submetido o autor sido afirmativo, ao responder aos quesitos formulados pelo Juízo, pelo autor e pelo réu, sobre se cuidar de provável doença intrínseca do paciente, sobre não ter sido a exposição ambiental a ruído excessivo a causa primária da patologia, que o levou à indicação cirúrgica, nem ter a ausência de disponibilização de equipamentos de proteção especial alterado seu curso. Não se identificou, pois, relação de causa e efeito entre a doença, suas conseqüências e o serviço militar, razão por que nada autoriza a reforma do julgado singular, não se havendo falar que o decidido no Mandado de Segurança 95.00.14010-1, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, cuja sentença veio a ser confirmada por esta Segunda Turma quando do julgamento da Remessa *Ex Officio* 96.01.37624-0/DF, tenha reconhecido a invalidez do ora recorrente, senão apenas lhe garantido a continuidade do tratamento médico, iniciado durante a prestação do serviço militar, até a efetiva alta por restabelecimento. A propósito, confira-se a ementa do julgado, síntese perfeita do quanto nele deliberado:

*Administrativo. Mandado de segurança. Remessa ex officio. Militar da Aeronáutica. Continuação do tratamento de saúde após licenciamento. Art. 35 do Decreto 880/93.*

I. Ao militar licenciado é garantida a continuação do tratamento médico iniciado durante a prestação do serviço castrense até a efetivação da alta por restabelecimento, nos termos do art. 35 do Decreto 880/93.

II. Remessa oficial improvida (Rel. Juiz, convocado, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, DJ 03/08/00, p. 17).

Nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

---

## Terceira Turma

---

### *Habeas Corpus*

**2004.01.00.061006-0/PA**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro

Impetrante: Miguel Viana Santos Neto

Impetrante: Fernanda Lage Martins da Costa

Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara/PA

Paciente: Reinaldo Muniz Bittencourt (réu preso)

Paciente: Paulo Henrique Oliveira Braga (réu preso)

Publicação: DJ 2 de 18/03/05

---

### **Ementa**

*Habeas corpus. Prisão preventiva. Requisitos. Fraude. Internet. Coação ilegal. Inexistência.*

I. Efetuada a prisão preventiva dos pacientes no curso da operação policial denominada “Cavalo de Tróia II”, que investiga fraudes praticadas via internet por uma organização criminosa.

II. Decreto prisional suficientemente fundamentado na garantia da ordem pública.

III. A primariedade e bons antecedentes não possuem o condão de obstar a custódia preventiva, se presentes os seus pressupostos.

IV. Ordem que se denega.

### **Acórdão**

Decide a 3ª Turma do TRF-1ª Região, por maioria, denegar a ordem.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 22/02/05.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Relator.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro*: — Miguel Viana Santos Neto e outro impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Reinaldo Muniz Bittencourt e Paulo Henrique Oliveira Braga, contra ato do Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará, que decretou a prisão pre-

ventiva no curso da operação “Cavalo de Tróia II”.

Sustentam os impetrantes que o mandado de prisão contra o segundo paciente foi cumprido em 20 de outubro de 2004 e que o primeiro se entregou espontaneamente no dia 27 posterior. Denunciados como incurso nas penas dos arts. 171, § 3º, e 288, do CPB, art. 10 da LC 105/01 e art. 1º, § 1º, II, da Lei 9.613/98, foram interrogados, tendo ratificado o depoimento prestado na fase policial, confessado espontaneamente sua culpabilidade, além de terem buscado elucidar o envolvimento dos demais integrantes da respectiva organização.

Sustentam não haver demonstração da necessidade da custódia cautelar, tendo em vista que os pacientes não pretenderam tumultuar a colheita do material probatório e a instrução criminal e, ainda, que não apresentaram qualquer indício de que venham se furtar à aplicação da lei penal, tendo, ao contrário, cumprido o disposto no art. 6º da Lei 9.034/95 e art. 44 do CPB, com redação dada pela Lei 9.714/98.

Alegam que os pacientes são primários, de bons antecedentes, além de residência fixa, estando, pois, ausentes os requisitos do art. 312 do CPP. Afirmam que os delitos perpetrados não estão enquadrados na previsão do art. 30 da Lei 7.492/96; que os bens apreendidos nas suas residências são mais do que suficientes para o ressarcimento patrimonial das vítimas; que praticamente todos os integrantes das chamadas “células” desmanteladas pela Polícia Federal estão em liberdade, inclusive programadores, não sendo justa a permanência do tratamento desigual sem demonstração da periculosidade excepcional, a teor do disposto no art. 580 do CPP, razão pela qual requerem seja concedida a ordem, confirmando a liminar antes requerida para que fosse expedido o competente alvará de soltura.

O eminente Des. Federal Olindo Menezes, no exercício da Presidência, indeferiu a liminar (fls. 244).

Os impetrantes requerem a juntada de certidão da 4ª Vara Federal do Pará, informando que, dos 51 (cinquenta e um) denunciados, apenas 7 (sete) continuam presos (fls. 248/249).

Informações prestadas a fls. 251/257.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado pelo Procurador Regional da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

---

**Voto\***

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Buscam os impetrantes a desconstituição da prisão preventiva a que os pacientes foram submetidos no curso da instrução levada a efeito pela Polícia Federal, denominada “Cavalo de Tróia II”, que investiga fraudes praticadas pela internet por uma organização criminosa, cuja principal característica é “a utilização de programa de computador tipo *Trojan*, *software* espião capaz de capturar os dados bancários das vítimas”.

Acerca da questão, assim se manifestou a Procuradoria Regional da República:

Efetivamente não houve atividade jurisdicional não balizada, uniforme ou sem critério.

15. Deve-se frisar que em toda a descrição do decreto da prisão preventiva explicita a autoridade judiciária o modo de operação da organização criminosa, caracterizando-a como tal e demarcando a atividade dos pacientes.

16. As diversas considerações tecidas sobre o conjunto dos crimes, a dimensão dos danos e atividade criminosa, o alcance social e a lesão à ordem pública são típicos e caracterizadores da figura de uma organização criminosa, para a qual a lei veda a liberdade provisória.

17. Integrante de organização criminosa caracterizada no decreto prisional não possui direito à liberdade provisória, nos termos da lei. Sem necessidade de desate da controvérsia produzida pela impetração, é suficiente a constatação de que a liberdade do paciente é vedada pela Lei 9.034/95:

“Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.”

18. A lei não cria uma presunção absoluta de proscrição de liberdade. Nem é o caso dos autos, mesmo porque a autoridade judiciária foi pródiga nos decretos de conversão em explicitar o quão daninha, perigosa, insidiosa e ágil é atividade criminosa e a associação a que pertencem os pacientes. E o faz com conhecimento de causa porque organizações criminosas do mesmo jaez já estiveram sob a mesma autoridade judicial que os viu, em liberdade, rapidamente reassumir as práticas ilícitas.

19. A impetração afirma que os co-réus que praticaram as mesmas condutas dos pacientes já obtiveram a liberdade, mas não traz aos autos provas de que os beneficiados tinham a situação idêntica à dos pacientes. (fls. 263/264.)

Quanto aos requisitos exigidos pelo art. 312 do CPP para viabilizar a prisão preventiva, disse o MM. juiz federal da 4ª Vara:

O primeiro se manifesta na certeza da prática da infração penal e nos fundados indícios de autoria, ambos abundantemente demonstrados nos autos.

Presos provisoriamente, a continuidade das diligências só confirmaram o efetivo envolvimento dos requeridos com as fraudes, tal como descrito na representação pela temporária, a que a autoridade policial acrescenta maiores detalhes, depois de colhidos os interrogatórios e efetuada análise preliminar dos documentos arrecadados.

O segundo requisito decorre, no caso, da necessidade de garantir a instrução processual e acautelar o meio econômico e social, abalado com as investidas em grande escala das fraudes pelo grupo criminoso. (fls. 239)

A convicção manifestada pelo MM. juiz federal impetrado, ao menos quanto ao fundamento de garantia da ordem pública ou econômica, se ampara, também, nas conclusões expostas no relatório da autoridade policial, juntado aos autos, porquanto está demonstrada a habitualidade dos pacientes na prática de fraude ao sistema bancário, via internet, bem como sua condição de *usuários* do programa *Trojan*, cuja função na empreitada criminosa é a manutenção, difusão do programa e a realização das transferências fraudulentas, assim:

.... Paulo Braga era *usuário* do programa e responsável direto pela sua operação, realizando transferências e pagamentos de boletos pela internet. Juntamente com ele trabalhavam Satiro, Patrícia, Sérgio, Carlinhos, Luiz Guilherme. Paulo Braga utilizava uma cópia do programa confeccionado por Guilherme Gomes. Paulo Braga utilizava-se do *e-mail postal32@globo.com.br* para recebimento das senhas capturadas pela internet.

Os diálogos interceptados evidenciam as atividades desenvolvidas por Paulo Braga e seus comparsas, revelando intensa atividade de compra de cartões e pagamento de boletos. Os diálogos fazem referência a cartões do Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, além de diversos boletos de licenciamento de veículos e outras contas. Durante a busca realizada no estabelecimento comercial de Paulo Braga, Cláudia Patrícia e Satiro Kikuchi foram apreendidos diversos boletos que foram ou seriam utilizados para pagamento por meio fraudulento. Para comprovação de que os boletos apreendidos também foram pagos fraudulentamente, foi expedida missiva às instituições bancárias, solicitando a informação sobre eventual ocorrência de ilícitos envolvendo os títulos apreendidos....

Paulo Braga confessou sua atuação como *usuário* do programa *Trojan*, dizendo que era ele quem operava diretamente o computador, juntamente com Alexandre, pessoa que conheceu no tempo em que residiu em Parauapebas. Esclareceu também o papel que cada integrante da organização desenvolvia, atribuindo a Satiro, Cláudia Patrícia e Luiz Guilherme papel de menor importância, pois apenas os auxiliavam conseguindo cartões por valor que variava entre R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e boletos que eram pagos mediante o recebimento de metade do valor

do título; que Sérgio Valde freqüentemente entregava boletos para serem pagos por Paulo, dentre eles os referentes ao financiamento de seus dois carros (apreendidos), uma máquina de sorvete no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), além de IPVA, no valor de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), embora diga que os boletos foram inicialmente pagos para quitar uma dívida no valor de R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), referente a um veículo que Paulo alugou de Sérgio para emprestar a Guilherme Gomes para trabalhar durante as eleições, e que a entrega do carro a Guilherme era forma de pagamento pelo programa utilizado.” (fls. 40/41 – Inquérito Policial)

Com relação ao paciente Reinaldo Bittencourt, consta das conclusões da investigação o seguinte:

Reinaldo possuía e explorava o programa *Trojan*, sendo classificado, portanto, como *usuário*. No interrogatório prestado por Adriel, Reinaldo aparece também como responsável pela venda de variadas versões do programa *Trojan*, pelas quais cobrava a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Reinaldo, antes um ‘mototaxi’ de vida bastante simples na cidade de Parauapebas, desde que começou a utilizar o programa *Trojan* passou a demonstrar patrimônio incompatível com a atividade lícita por ele explorada. No dia da operação foram apreendidos diversos carros e motos de sua propriedade, sendo que outros, apontados pelas investigações como pertencentes a ele, não foram localizados.

Interrogatório: Em seu interrogatório (fls. 844/846) Reinaldo confessou que adquiriu e utilizava um programa *Trojan* capaz de capturar dados bancários de usuários de páginas bancárias mantidas na internet. Confessou que efetuou diversas transferências bancárias, além de ter adquirido produtos pela internet, como crédito de celulares, fraudulentamente. Disse também que o valor aproximado das fraudes cometidas está em torno de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e que como nem todas as contas acessadas possuíam saldo, nem todas eram fraudadas. Perguntado sobre as contas constantes do monitoramento telefônico que lhe foi exibido, Reinaldo confessou que todas foram por ele fraudadas. Disse ainda que o computador apreendido possui o programa Jean Christie, utilizado para enviar e-mails pela internet contendo o programa *Trojan* e que efetivamente pagou uma fatura de telefone em nome de seu pai Ovídio Bittencourt.

Apreensão: Na residência de Reinaldo em Parauapebas/PA (a mesma de Ronildo, Doralice e Ovídio) foi apreendido, dentre outras coisas, 45 CD’s e um revólver Taurus cal. 38. Na residência de Francielle foi, também em Parauapebas/PA, foi apreendido um computador que Reinaldo confessou lhe pertencer, confessando ainda que nele existe o programa Trojan e que tal máquina era utilizada para o cometimento de fraudes. (fls. 77/78 – Inquérito Policial)

Como se observa, o desembaraço dos pacientes na prática desse novo tipo de fraude e a reiteração sistemática dessa reprovável conduta se apresenta como justificativa mais que suficiente para viabilizar a prisão cautelar, de modo a proteger

o meio social (ordem pública) da ação ilícita dos membros da quadrilha desmantelada pelo aparelho policial.

É que a primariedade e bons antecedentes, por si sós, não impedem a custódia preventiva quando presentes os pressupostos (materialidade e autoria do ilícito), bem como um dos requisitos de que trata o art. 312 do CPP, aqui observado, como o da ordem pública, consoante já mencionado.

Nesse sentido, assim já decidiu esta Turma:

*Penal e Processual Penal. Prisão em flagrante. Liberdade provisória.*

I. “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI – CF). A prisão em flagrante somente deve subsistir se estiver presente, também, alguma das hipóteses que autorizem a prisão preventiva (art. 310, parágrafo único – CPP), justificada objetivamente pelo julgador.

II. Concessão da ordem de *habeas corpus*.

(HC 2003.01.00.040377-5/MT, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, 3ª Turma, DJ 2 de 27/02/04, p. 52.)

*Habeas corpus. Prisão preventiva. Requisitos. Fraude. Internet. Coação ilegal. Inexistência.*

I. Efetuada a prisão preventiva do paciente no curso da operação policial denominada “Cavalo de Tróia II”, que investiga fraudes praticadas via internet por uma organização criminosa.

II. Decreto prisional suficientemente fundamentado na garantia da ordem pública.

III. A primariedade e bons antecedentes não possuem o condão de obstar a custódia preventiva, se presentes os seus pressupostos.

IV. Ordem que se denega. (HC 2004.01.00.054608-1/PA, do qual fui Relator, de 14/01/05, p. 36.)

Ressalto, por fim, que o tratamento desigual alegado pelos impetrantes deuse em virtude da situação de cada agente na empreitada criminosa: não há de se dar o mesmo tratamento dado aos carteiros e boleteiros, aos programadores e usuários, que, repito, são os responsáveis pela manutenção, difusão do programa, bem como pelas transferências fraudulentas, como é o caso dos pacientes.

Assim sendo, inexistindo ofensa ilegal à liberdade de locomoção do paciente, denego a ordem impetrada.

É como voto.

**Voto Vogal  
Vencido**

---

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — Senhor presidente, a primeira parte do decreto da prisão preventiva é a questão dos pressupostos: a existência do crime e autoria. Partiu o juiz, então, para a questão dos requisitos quanto à conveniência da instrução criminal, que o Relator afastou, restando, tão-somente, a questão da ordem pública.

Não vejo, *data venia* do Relator, que esteja demonstrada a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública. É como se o juiz estivesse prevendo que os pacientes iriam continuar na prática do crime. O que levou o juiz a pensar assim? Não disse. Não deu, a meu ver, *data venia* de Vossa Excelência, nenhum elemento para dizer que os pacientes vão continuar na prática do crime. Não percebi no decreto de prisão preventiva a fundamentação para a necessidade da prisão preventiva em razão da ordem pública. Sim, trata-se de um crime que abalou o sistema econômico, em razão dos assaltos às contas dos clientes dos bancos, mas não vejo a questão da necessidade para evitar que os pacientes continuem na prática do crime.

Portanto, *data venia* de Vossa Excelência, concedo a ordem de *habeas corpus*.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — *Data venia* de Vossa Excelência, Des. Tourinho Neto, acompanho o Relator. Nesse tipo de crime temos que estar atentos para a possibilidade – lógico que essa possibilidade tem que estar cifrada em elementos dos autos – de delinquir extremamente presente, pois a pessoa pode delinquir da sua própria casa, do seu próprio computador. Trata-se de um tipo de criminalidade de extrema virulência na sociedade, diferente daquela criminalidade convencional em que o agente vai para a rua e submete-se até a ser preso. Esta, não. Ela é insidiosa, é sub-reptícia. Pode-se dizer que isso não é causa de prisão preventiva. Também concordo. Mas, em uma prisão que dura apenas noventa dias, com criminalidade complexa e, associando-se a isso, o aspecto extremamente virulento da criminalidade eletrônica, no momento não se aconselha a concessão da ordem.

É como voto.

## Quarta Turma

---

***Habeas Corpus***

**2004.01.00.041369-4/AC**

---

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos(convocado)  
Impetrante: Valdo Lopes de Melo  
Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara/AC  
Paciente: Narciso Mendes de Assis  
Paciente: Naildo Carlos de Assis  
Publicação: DJ 2 de 16/03/05

---

### **Ementa**

*Processo Penal. Habeas corpus. Procedimento administrativo-fiscal. Condição objetiva de punibilidade. Necessidade. Oferecimento da denúncia. Recurso administrativo pendente. Constrangimento ilegal configurado.*

I. A condição objetiva de punibilidade do crime tributário depende do acerto da existência e da dimensão da dívida tributária, ou seja, da constituição definitiva do crédito tributário, atribuição esta de competência privativa do Fisco (art. 142 do CTN). E isso só ocorre com a decisão definitiva ou final proferida no procedimento administrativo-fiscal, no qual são assegurados aos contribuintes todos os meios de defesa e recursos a ele inerentes.

II. É inviável o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Federal, quando se encontra **pendente recurso administrativo interposto pelo contribuinte**, eis que falta ao órgão acusatório interesse de agir, em face da não-comprovação do resultado descrito no tipo penal e, em consequência, por inexistir justa causa para a ação penal, antes que se firme na instância administrativa se houve a supressão ou redução do crédito previdenciário.

III. Precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal (HC 81.611/DF) e deste Tribunal.

IV. *Habeas corpus* concedido.

### **Acórdão**

Decide a Turma, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 21/02/05.

Juiz *Marcus Vinícius Reis Bastos*, Relator convocado.

---

### **Relatório**

*O Exmo Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos*: — Valdo Lopes de Melo, advogado, inscrito na OAB/AC sob o número 400, impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, em favor de Narciso Mendes de Assis e Naildo Carlos de Assis, qualificados na inicial, contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre, a fim de que, em resumo, fosse trancada a ação penal a que respondem

os pacientes por ausência de justa causa (fls. 30).

Alegou o impetrante, em síntese, que:

a) “(...) o primeiro paciente: Narciso Mendes de Assis não pode ser responsabilizado por ato de gestão da empresa contribuinte Sociedade de Comunicação Fronteira Ltda., tendo em vista que nunca exerceu o cargo de sócio-gerente” (fls. 10);

b) “(...) como os pacientes ainda estão à espera da decisão do recurso administrativo interposto perante o Conselho de Recursos da Previdência Social, o crédito previdenciário não pode ser considerado como lançado, em face da suspensão legal prevista no art. 151 do Código Tributário Nacional” (fls. 14).

Através da decisão de fls. 116, foi indeferido o pedido de concessão de liminar da ordem de *habeas corpus*.

Solicitadas informações, prestou-as o MM. juiz federal impetrado a fls. 119/121, ocasião em que esclareceu:

2. Os pacientes foram denunciados pela prática de crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, *caput*, do Código Penal, por não repassarem à Seguridade Social as contribuições dos funcionários da empresa que administravam, nas competências 02/00 a 11/03.

3. A resignação principal do impetrante fundamenta-se na suposta erro do ato judicial que recebeu a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em desfavor de Narciso Mendes de Assis e Naildo Carlos de Assis, nos autos 2004.30.00.001332-2, sob o argumento da existência de causa extintiva da punibilidade, prevista no § 2º do art. 168-A do Código Penal, como também não ter o primeiro paciente jamais assumido a gerência da empresa no período questionado, isentando-o de qualquer responsabilidade. Portanto, inexistiria justa causa a firmar a pretensão do *parquet*, e, por conseguinte, a fundamentar a decisão judicial que recebeu a ação penal intentada pelo agente ministerial.

4. Para recebimento da denúncia, foi, em primeiro lugar, observado se esta atendia aos requisitos do art. 41, sem incidência de qualquer hipótese prevista no art. 43, ambos do Código de Processo Penal. Atendidas essas condições e por entender, em juízo prévio de admissibilidade da denúncia, restar inseguro afirmar a inocência dos denunciados, de tal forma se fazendo necessária à realização de instrução processual, não poderia ser a mesma rejeitada.

5. É de se frisar que o oferecimento da denúncia teve como base a representação fiscal para fins penais, que atesta a prática do não-repasse à Seguridade Social de contribuições dos funcionários da empresa dos pacientes, nas competências 02/00 a 11/03. Não existe, ainda nos autos, nem tampouco foi trazido com a cópia da inicial do *habeas corpus*, qualquer elemento que sustente as alegações do impetrante.

6. Consoante se denota do *habeas corpus* impetrado, centra-se o sustentáculo da petição em matéria eminentemente meritória, pretendendo o impetrante discutir em campo inadequado aspectos ainda objeto de sumário de culpa nos autos originários.

7. Ora, não se pode esquecer que a ausência de justa causa tão-somente pode ser reconhecida se evidenciada de plano, desde que se prescindia do detalhado cotejo do material cognitivo posto ao crivo judicial. Logo, não sendo controversa a culpabilidade dos denunciados e se fazendo necessário o exame valorativo do conjunto fático e probatório ainda em formação, não há que se efetivar o trancamento da ação penal, já que, sendo apropriada a continuidade do feito para aferição da real configuração da conduta imputada aos pacientes, não se mostra factível dilação probatória para apuração dos fatos na via estreita do *writ* (fls. 120/121).

O Ministério Público Federal, a fls. 125/128, ofereceu parecer em que opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos:* — Objetiva o impetrante, no presente *habeas corpus*, o trancamento da ação penal a que respondem os pacientes Narciso Mendes de Assis e Naildo Carlos de Assis, ao argumento de ausência de justa causa.

No meu entendimento, assiste razão ao impetrante.

Com efeito, tenho que o douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. José Alves Paulino, bem examinou a questão, quando asseverou:

7. É uníssono que o trancamento da ação penal, pelo carecimento de justa causa, pela via estreita do *habeas corpus*, viabiliza-se quando inexistente qualquer elemento indiciário que demonstre a autoria do delito pelo paciente, o que, *in casu*, não poderá ser impugnado ou no momento em que, pela mera exposição dos fatos aduzidos na denúncia, se constata que há imputação de fato atípico. Importante ressaltar que a persecução penal, quando não exprime a justa causa, configura constrangimento para o cidadão.

8. Dessa feita, depreende-se que a questão discutida nos autos versa, precisamente, quanto à possibilidade da propositura da denúncia pelo órgão ministerial anteriormente ao término do procedimento administrativo de imposição de penalidade.

9. Verifica-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e Hilton Queiroz.

recente decisão, firma-se no sentido de que antes do esgotamento da via administrativa não há crime tributário (crime de resultado) tornando inviável o oferecimento da denúncia, pois faltaria justa causa para a ação penal (HC 81.611). Desse modo, assiste razão ao impetrante, vez que não há lançamento definitivo, pois pende de julgamento a impugnação interposta pelo paciente em procedimento administrativo fiscal. Daí, a ausência de justa causa para a ação penal, ensejando o trancamento do processo-crime (fls. 127/128).

Ressalte-se que o egrégio Supremo Tribunal Federal, reformulando posicionamento anterior, tem se manifestado no sentido de que o oferecimento da denúncia pelo douto Ministério Público está, sim, condicionado ao exaurimento da via administrativa, o que não significa dizer que o *parquet*, titular de ação pública incondicionada, está subordinado à representação fiscal para propor a ação penal.

De fato, a condição objetiva de punibilidade do crime tributário depende do acerto da existência e da dimensão da dívida tributária, ou seja, da constituição definitiva do crédito tributário, atribuição esta de competência privativa do Fisco (art. 142 do CTN). E isso só ocorre com a decisão definitiva ou final proferida no procedimento administrativo-fiscal, no qual são assegurados aos contribuintes todos os meios de defesa e recursos a ele inerentes.

A propósito, confira-se o teor dos seguintes precedentes jurisprudenciais:

*Crime tributário. Pendência de processo administrativo.*

Pendente processo administrativo, descabe adentrar o campo penal quer considerada a ação propriamente dita, quer inquérito policial – inteligência do art. 34 da Lei 9.249/95. Precedente: *Habeas Corpus* 81.611-8/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 10 de dezembro de 2003, Plenário. (STF, HC 84.105/SP, Relator Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgamento em 15/06/04, publicação no *DJI* de 13/08/04, p. 275 Ement. v. 02159-01, p. 24)

*Habeas corpus. Direito Penal. Crime contra a ordem tributária. Instância administrativa ainda não esgotada. Ordem concedida.*

1. Na linha do julgamento do HC 81.611 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), o crime de sonegação fiscal, definido no art. 1º da Lei 8.137/90, somente se consuma com o lançamento definitivo do crédito tributário.

2. De igual forma, se houver recurso administrativo pendente, não terá início o curso do lapso prescricional, nos termos do art. 111, I, do Código Penal.

3. Ordem concedida, para trancar a ação penal em que os pacientes figuram como réus. (STF, HC 83.901/SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, 1ª Turma, julgamento em 20/04/04; publicação no *DJI* de 06/08/04, p. 41 Ement v. 02158-03, p. 447).

Esse entendimento também tem sido adotado no âmbito da egrégia Terceira Turma deste Tribunal, consoante se pode depreender das ementas de julgados abaixo transcritas:

*Penal e Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Exaurimento da via administrativa. Sistemática legal.*

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

2. Sendo o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A – CP) uma decorrência da infração tributária, pela qual o agente indevidamente deixa de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, não faz sentido, no viés de uma política criminal civilizada, que seja por ela processado e em virtude de um fato que a própria instância fiscal, competente em razão da matéria, ainda não o examinou conclusivamente, ou que o considerou imprestável como gerador de tributos.

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

4. Concessão da ordem de *habeas corpus* (HC 2003.01.00.030496-0/PA; Relator Des. Federal Olindo Menezes, data da decisão 03/03/04, publicação DJ II de 26/03/04, p.134).

*Habeas corpus. Sonegação. Imposto de Renda Pessoa Física. Exaurimento da via administrativa.*

I – A propositura de ação penal por crime de sonegação fiscal, em havendo impugnação na esfera administrativa, está condicionada à decisão final proferida no procedimento fiscal. Precedentes desta Corte e do excelso Supremo Tribunal Federal.

II – Ordem que se concede, determinando o trancamento da ação penal. (HC 2004.01.00.004132-3/BA, Relator Des. Federal Cândido Ribeiro, data da decisão 15/09/04, publicação DJ II de 08/10/04, p.23).

*Processo Penal. Penal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137 de 1990, art. 1º, inciso II. Decisão administrativa. Condição objetiva de punibilidade.*

Nos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137, de 1990, é imprescindível que haja decisão definitiva do processo administrativo-fiscal, por ser uma

condição objetiva de punibilidade (cf. STF, HC 81.611, Relator Ministro Sepúlveda Pertence) (HC 2004.01.00.024539-4/PA, Relator Des. Federal Tourinho Neto, data da decisão 18/08/04, publicação *DJ* II de 03/09/04, p. 15).

Verifica-se, portanto, ante os precedentes acima transcritos, que antes do exaurimento da via administrativa torna-se inviável o oferecimento da denúncia pelo *parquet*, por faltar ao órgão acusatório interesse de agir, em face da não-comprovação do resultado descrito no tipo penal e, em conseqüência, por inexistir justa causa para a ação penal, antes que se firme na instância administrativa se houve a supressão ou redução do crédito previdenciário em questão.

Com efeito, somente com o término do procedimento administrativo pode se comprovar a materialidade delitiva, o resultado da ação do agente. Pendente o recurso administrativo, ainda não se tem por totalmente encerrada a questão tributária, seja pela definição do valor do tributo, seja do responsável tributário.

Na hipótese, o impetrante juntou aos autos cópia do recurso administrativo interposto pela empresa dos ora pacientes junto ao Conselho de Recursos da Previdência Social (fls. 44/49), para que seja “(...) reformada a decisão que julgou procedente a NFLD 35.484.675-2” (fls. 44), pois, muito embora reconheça a existência de débito, discute os valores encontrados pelo auditor da Previdência. Ao final, pugna a empresa, no recurso, pela concessão de prazo para que possa rever sua escrita contábil e levantar recursos necessários para saldar a dívida junto ao INSS.

Constata-se, assim, que o recebimento da denúncia, ainda pendente recurso na esfera administrativa, está a caracterizar constrangimento ilegal amparável pela via estreita do *writ*, em virtude da ausência de justa causa a justificar a instauração da ação penal.

Desse modo, concedo a ordem de *habeas corpus* para trancar a respectiva ação penal, em face da pendência de recurso na esfera administrativa.

É o voto.

### **Voto-Vista**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo:* — Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Valdo Lopes de Melo em favor de Narciso Mendes de Assis e Naildo Carlos de Assis contra decisão do MM. Juiz da 1ª Vara da Seção Judiciária do Acre, que recebeu denúncia oferecida contra os pacientes, acusados da prática do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A). Objetiva a impetração o trancamento da Ação Penal 2004.30.00.001332-2.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra os pacientes (fls. 35/

37), face à representação fiscal apresentada por auditor da Previdência Social, noticiando a ausência de repasse à Seguridade Social, de contribuições descontadas dos empregados da empresa Sociedade Acreana de Comunicação Fronteira Ltda. da qual os pacientes seriam sócios-gerentes.

O MM. juiz *a quo* recebeu a denúncia (fls. 38), por verem preenchidos os requisitos insculpidos no art. 41 do código de Processo Penal e ausentes qualquer das hipóteses previstas no art. 43 do mesmo diploma legal.

O impetrante, por sua vez, sustenta que a denúncia contra os pacientes foi oferecida antes do término do procedimento administrativo, já que havia sido interposto recurso naquela esfera, ou seja, ainda durante a discussão no âmbito administrativo sobre o crédito previdenciário objeto da ação penal.

O eminente Relator, Juiz Federal convocado, Dr. Marcus Vinícius Reis Bastos, concedeu a ordem de *habeas corpus*, em voto proferido no dia 10 de dezembro de 2004.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

Da leitura dos autos verifiquei que, como está na decisão – Notificação 24.001.0/0031/04 (fls. 42/43) do Instituto Nacional do Seguro Social, foi julgado procedente o lançamento de crédito referente às contribuições devidas à Seguridade Social pela empresa Sociedade Acreana de Comércio de Fronteira Ltda. objeto da Ação Penal 2004.30.00.001332-2, na qual os pacientes foram denunciados pelo crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal). Desta decisão foi interposto o respectivo recurso administrativo, cuja cópia está a fls. 44/49 dos autos. Ou seja, não houve constituição definitiva do crédito tributário.

A Lei 10.684/03, em seu art. 9º, *caput* e seus parágrafos, admite a suspensão da pretensão punitiva e, portanto, a suspensão da ação penal, pelo parcelamento de débitos, ou a extinção da punibilidade do crime do art. 168-A, se constatado o pagamento integral dos débitos oriundos de contribuições sociais. Isto é, como deixou claro o legislador, a esfera penal, como *ultima ratio*, só deve ser movimentada se for verificada a ausência de parcelamento ou pagamento de débitos. E, seguindo este raciocínio, faz-se imprescindível o lançamento definitivo do crédito para que se evite a instauração desnecessária da *persecutio criminis* pelo Estado.

Assim, embora pacífico o entendimento de que são independentes as esferas administrativa e penal, no caso em tela, a meu ver, a constituição definitiva do crédito tributário se reveste de condição *sine qua non* para a propositura da ação penal, por representar a justa causa para sua interposição. Entendimento que encontra respaldo por decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal no HC 81.611/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

Nessa linha está o parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal, já citado no voto do Relator.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente desta egrégia Corte:

*Penal e Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Exaurimento da via administrativa. Sistemática legal.*

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

2. Sendo o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A – CP) uma decorrência da infração tributária, pela qual o agente indevidamente deixa de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, não faz sentido, no viés de uma política criminal civilizada, que seja por ela processado e em virtude de um fato que a própria instância fiscal, competente em razão da matéria, ainda não o examinou conclusivamente, ou que o considerou imprestável como gerador de tributos.

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

4. Concessão da ordem de *habeas corpus*. (HC 2003.01.00.030496-0/PA; Des. Federal Olindo Menezes; 3ª Turma; DJ 26/03/04, p. 134)

Assim, penso que razão assiste ao impetrante e acompanho o voto do eminente Relator, Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos, para conceder a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

**Voto Vogal  
Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Senhor Presidente, peço vênia, mas denego a ordem, considerando que, no caso, a ação penal não tem essa condi-

ção, por força de lei, de procedibilidade, dada a independência das instâncias fiscal e administrativa, não passando essa aludida condição objetiva de procedibilidade, reportada no voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, de criação jurisprudencial, em matéria em que somente à lei é dado dispor.

Pergunta-se: Esse crime é permanente ou é crime instantâneo? Se, como é certo, é crime instantâneo, admitir-se o trancamento de ação penal, nessa hipótese, é abrir com mais facilidade a porta larga da prescrição, porque o crime não é permanente. É permanente aquele cuja consumação se protraí no tempo, a depender da vontade do agente. E, no caso, os efeitos da consumação do crime já ocorreram, naquele momento em que houve a sonegação que está sendo apurada.

A apuração é uma coisa, e a consumação do crime é outra. De sorte que digo é apenas aquele hercúleo esforço de exegese e construção jurisprudencial do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, suprimindo o que o legislador não previu, que foi colocar condição de procedibilidade onde ela não existe, colocada, posta objetivamente na lei.

Ainda mais neste caso, Senhor Presidente, há um detalhe em que a parte argúi a falta de justa causa, juntando documentação que não passou pelo crivo do contraditório, porque se sabe, dado o princípio do contraditório, no processo penal, que qualquer documento que se entranhe nos autos exige a manifestação da outra parte. Qual é a certeza objetiva que posso ter de um documento exibido pela parte, unilateralmente, que ainda não desafiou a oitiva da outra parte? O Ministério Público, nesta instância, não pode suprir, porque a causa penal está na 1ª instância.

Senhor Presidente, com essas considerações, entendo que não está ocorrendo nenhum constrangimento ilegal e, *data venia*, denego a ordem.

## Quinta Turma

---

### Apelação Cível

**1999.34.00.034451-3/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus

Apelantes: Mirtes Gomide Mendes e outros

Advogados: Dr. Aristides Junqueira Alvarenga e outros

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelados: Os mesmos

---

Remetente: Juízo Federal da 21ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 28/03/05

---

### **Ementa**

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não conhecido. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Relação de causalidade demonstrada. Dano moral. Indenização devida. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

I. Agravo retido dos autores não conhecido, à míngua de pedido expresso para sua apreciação na apelação (CPC, art. 523, § 1º).

II. O Tribunal de Contas da União – TCU, ao apurar notícia veiculada na imprensa sobre possíveis irregularidades na negociação de dívida da Eletronorte para com a Construtora Andrade Gutierrez, ocorrida no ano de 1995, referente à construção de usina hidrelétrica, concluiu que, ao invés de acarretar prejuízo, a negociação, se acaso efetivada, proporcionaria vantagens financeiras à aludida empresa (TC 018.037/95-0).

III. As declarações prestadas à mídia, à época, pelo ministro das Minas e Energia, como, também, o fez o presidente da Eletrobrás, condenando a atuação do então presidente da Eletronorte na negociação – o que culminou, inclusive, com sua demissão do cargo –, tendo em vista que se questionou a lisura de sua conduta no episódio, suspeitando-se de ter favorecido a construtora credora, o que, posteriormente, comprovou o TCU não ter ocorrido, configuram dano moral indenizável, em razão da responsabilidade civil objetiva do Estado, de acordo com a teoria do risco administrativo. Assim, comprovados o nexo de causalidade e o dano a terceiro, incide a regra prevista no art. 37, § 6º, da CF/88.

IV. O valor da indenização foi arbitrado com razoabilidade, levando-se em consideração as circunstâncias e os elementos da causa, bem como as condições sócio-econômicas das partes envolvidas, de modo a representar efetiva sanção ao ofensor, sem, no entanto, caracterizar enriquecimento sem causa dos sucessores da vítima. Precedente da Terceira Seção (EIAC 1998.01.00.020802-7/DF, DJ de 21/10/03, p. 14).

V. Apelações dos autores e da União improvidas.

VI. Remessa oficial improvida.

### **Acórdão**

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 29/11/04.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus:* — Mirtes Gomide Mendes, Andréa Maria Mendes, Aluísio Guimarães Mendes Filho, Valéria Maria Mendes, Fernando Guimarães Mendes e Gilberto Márcio Guimarães Mendes, a primeira, viúva, e os demais, filhos de Aluísio Guimarães Mendes, falecido em maio/97, propuseram ação de indenização por danos morais contra a União, em face de o *de cujus*, então Diretor-Presidente das Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, ter sido “exonerado com desonras, já que acusado de ter cometido irregularidades na negociação dos títulos ‘Elet’, efetuada em 04/10/95 com a Construtora Andrade Gutierrez S.A. – Consag, para liquidar as dívidas da empresa com a construtora”.

Na fase de especificação de provas, o juiz de 1º grau, da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, indeferiu pedido dos autores de produção de prova testemunhal (fls. 399). Em virtude de tal decisão, interpuseram eles agravo retido (fls. 401/403).

Por meio da sentença de fls. 410/415, o pedido foi julgado procedente, para condenar a ré ao pagamento da importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de indenização por danos morais decorrentes de declarações públicas, consideradas ofensivas e desproporcionais, feitas pelo presidente da Eletrobrás e pelo ministro das Minas e Energia, em desfavor do Sr. Aluísio Guimarães Mendes.

Os autores apelam da sentença (fls. 419/432) tão-somente para requerer a elevação do valor indenizatório para R\$ 1.944.000,00 (um milhão, novecentos e quarenta e quatro mil reais), equivalente a 10.800 (dez mil e oitocentos) salários mínimos, de acordo com precedente jurisprudencial da lavra do Ministro Rui Rosado de Aguiar (REsp 123.205/ES).

A União também apela, sustentando, em síntese, a ausência de comprovação do prejuízo sofrido pelos autores, razão por que defende a tese de o fato ser insuscetível de indenização, ante a inexistência da relação de causalidade. Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, e, em consequência, julgado improcedente o pedido (fls. 435/447).

Os autores e a União apresentaram as contra-razões (fls. 450/455 e 457/459).

Há remessa oficial.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus:* — Inicialmente, não conheço do agravo retido interposto pelos autores, à míngua de pedido expresso para sua apreciação, na forma do art. 523, § 1º, do CPC.

Os elementos constantes dos autos demonstram que houve, no mínimo, ausência de cautela por parte das autoridades do governo ao condenarem a atuação do Sr. Alúcio Guimarães Mendes, Presidente da Eletronorte entre julho e dezembro de 1995, no episódio da negociação da dívida daquela empresa de economia mista para com a Construtora Andrade Gutierrez S/A, relativamente à construção da Hidroelétrica de Balbina/AM.

A referida negociação baseava-se no fato de a Eletronorte ter oferecido à Andrade Gutierrez, como pagamento da dívida, da ordem de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), 235.021 (duzentos e trinta e cinco mil e vinte e um) títulos representativos de créditos do Tesouro Nacional, cujo valor de face era de R\$ 1.000,00 (mil reais), totalizando, assim, um montante de R\$ 235.000.000,00 (duzentos e trinta e cinco milhões de reais), superior, portanto, ao do débito.

Das inúmeras matérias sobre o assunto, divulgadas em jornais de grande circulação no País, juntadas aos autos pelos autores, transcrevo trechos das seguintes reportagens, *in verbis*:

(....)

O Ministro Raimundo Brito determinou ainda a instauração de uma comissão de sindicância, baseada na Lei 8.429/92, a Lei do Colarinho Branco, para apurar todos os fatos e adotar as medidas cabíveis. Durante o anúncio da demissão, Brito lembrou que a lei “trata de improbidade de qualquer agente ou servidor público”. Além disso, também será instaurada a responsabilidade civil, baseada na Lei das Sociedades Anônimas. (....) (matéria publicada no jornal *Correio Braziliense*, de 06/12/95, p. 12, fls. 27).

Rio – As empreiteiras que tentarem corromper funcionários do governo por meio de atos comprovadamente lesivos aos cofres públicos serão proibidas de participar de licitações de obras e projetos de órgãos e empresas estatais subordinados ao Ministério das Minas e Energia, garantiu ontem ao Estado o Presidente da Eletrobrás, Antônio Imbassahy.

A decisão foi tomada em combinação com o Ministro das Minas e Energia, Raimundo Brito, depois do pagamento de R\$ 131 milhões além do devido à Construtora Andrade Gutierrez, que provocou a demissão do Ex-Presidente da Eletronorte Alúcio Guimarães Mendes. (....)

“A idéia é aproveitar esse episódio para advertir, definitivamente, em-

preiteiras, fornecedores e funcionários públicos de que o governo Fernando Henrique está disposto a acabar de vez no Brasil com essa relação incestuosa entre empresas privadas e o poder público”, explicou o presidente da Eletrobrás. (...) (matéria publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, p. A8, fls. 30).

Ocorre que, submetida a questão ao Tribunal de Contas da União – TCU, o Plenário daquela Corte, no julgamento da TC 018.037/95-0, em 26/06/96, acolhendo parecer de sua unidade técnica, concluiu pela inexistência de prejuízo, na negociação, para a Eletronorte. Eis o teor do voto proferido pelo Relator, Ministro José Antônio Barreto de Macedo, *in verbis*:

Como bem demonstra a minudente instrução levada a efeito pela 9ª Secex, as premissas utilizadas para afirmar que haveria prejuízo para a Eletronorte, se concretizada as negociações com os títulos em comento, não levaram em consideração o custo de oportunidade do negócio e o deságio real dos títulos praticado pelo mercado.

Em relação ao custo de oportunidade, há que se considerar que esses títulos vêm perdendo valor no mercado, devido à tendência crescente do governo federal de deixar de aceitá-los nos leilões de privatização. Por outro lado, a Eletronorte, por ser estatal, não pode fazer uso desses papéis nos referidos leilões. Assim, sob esse aspecto, não se pode afirmar que haveria prejuízo se o negócio houvesse se concretizado.

Quanto ao valor real dos títulos no mercado, segundo a Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos – Cetip, a fls. 188, esses títulos valiam, em média, no mês de outubro de 1995, R\$ 376,41 (trezentos e setenta e seis reais e quarenta e um centavos), sendo que seu preço em 10/10/95, dia seguinte à transferência dos títulos à Consag, estava fixado em R\$ 362,44 (trezentos e sessenta e dois reais e quarenta e quatro centavos). Significa dizer que se a construtora vendesse naquele dia todos os títulos recebidos da Eletronorte, teria recebido, na verdade, R\$ 85.181.011,24 (oitenta e cinco milhões, cento e oitenta e um mil, onze reais e vinte e quatro centavos) por uma dívida de pouco mais de cem milhões de reais.

Como se vê, também sob este aspecto, não se pode afirmar que haveria prejuízo se o negócio houvesse se concretizado.

O fato concreto, no entanto, é que em 29/02/96 foi celebrado de comum acordo pela Eletronorte e Consag, com interveniência da Eletrobrás, a rescisão do referido contrato de pagamento da dívida com títulos representativos de Créditos Securitizados no Tesouro Nacional (Contas de Resultados a Compensar – CRC), cessando, portanto, o motivo da controvérsia.

Assim, ante o desfazimento do contrato firmado pela Eletronorte com a Construtora Andrade Gutierrez – Consag, objeto deste processo e considerando não haver sido apurada irregularidade, acolho as conclusões da unidade técnica. (fls. 40).

Demais disso, em virtude da decisão do TCU, o Ministério Público Federal requereu o arquivamento do Inquérito Policial 1997.34.00.027054-1, instaurado

para apurar possível cometimento dos crimes de corrupção ativa e passiva, prevaricação e advocacia administrativa, atribuídos ao Sr. Aluísio Guimarães Mendes, tendo o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal determinado o arquivamento dos autos na data de 19/03/99 (fls. 383-387).

Nessas circunstâncias, revelaram-se de todo inadequadas, inoportunas e caluniosas as declarações prestadas, à época, tanto pelo ministro das Minas e Energia quanto pelo presidente da Eletrobrás, declarações essas, como acima referido, que tiveram ampla publicidade na mídia e no âmbito de sua atuação profissional, acabando por atingir a honra e a reputação do então diretor-presidente da Eletro-norte, culminando, ainda, com sua demissão do cargo, açodadamente, sem prévia análise da legalidade da negociação pelo TCU.

É verdade que os termos da negociação não foram submetidos ao Conselho de Administração da Companhia, conforme prevê o Estatuto da Companhia em seus arts. 16, *caput*, parágrafo único, inciso IX, e 21, parágrafo único, inciso XI. A par de tal fato configurar uma irregularidade administrativa, ele por si só não autorizava a emissão de comentários com conotações suspeitas e maliciosas acerca da idoneidade e honestidade do então presidente daquela empresa concessionária de energia elétrica, ainda mais quando não se havia submetido a negociação a exame técnico-contábil, a fim de se aferir se ela resultaria em vantagem ou prejuízo para o erário.

Portanto, as declarações prestadas pelas aludidas autoridades públicas, veiculadas pela imprensa, de cunho evidentemente desabonador e ofensivo à honra pessoal da vítima, resultaram na violação de sua personalidade e imagem, direitos esses constitucionalmente garantidos e protegidos, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais (CF, art. 5º, inciso X).

Nesse sentido, é oportuno lembrar que o dano moral, representado pelo sofrimento e dor infligidos à pessoa, prescinde da comprovação do prejuízo material, porquanto a prova do abalo moral é suficiente para a configuração do dano (AC 1999.33.00.006289-6/BA, Sexta Turma, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, *DJ* de 12/06/02, p. 35).

Sob esse enfoque, transcrevo precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que se amolda, perfeitamente, ao caso, *in verbis*:

*Dano moral. Notícia de jornal. Equívoco. Valor da indenização. Lei 1.060/50, art. 11, § 1º. Sucumbência recíproca. Art. 460 do Código de Processo Civil.*

1. O dano moral, como sabido, é o sofrimento humano, a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, alcançando os direitos da personalidade protegidos pela gala constitucional. Ao contrário de escusar o ilícito, a alegação de erro, equívoco, justifica a reparação pelo dano causado. Isso,

como é curial, põe por terra a pretensão da empresa recorrente de ser “até compreensível pequenos deslizes no ato de informar”. Ninguém tem direito a cometer deslizes com a honra alheia.

(....)

6. Recurso especial principal conhecido e provido, em parte.

7. Recurso especial adesivo não conhecido. (REsp 109.470/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 21/06/99, p. 149).

Caracterizado, pois, o dano moral sofrido pela vítima, surge o dever do Estado de indenizá-lo, uma vez configurados os pressupostos da responsabilidade objetiva da Administração Pública (CF, art. 37, §6º), à luz da teoria do risco administrativo, adotada pelo Direito brasileiro, que prevê a obrigação da Administração de reparar os danos causados a terceiros, pelos seus agentes, no exercício de suas funções, independentemente da existência de culpa, exigindo-se apenas a comprovação da ocorrência do dano e do nexo causal entre ele e a atuação do agente público, o que, a meu ver, se encontra plenamente comprovado pelas provas constantes dos autos.

No que se refere ao valor da indenização por dano moral, cumpre notar que inexistente parâmetro legal definido para a sua fixação, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame.

Portanto, tem-se entendido que o *quantum* da reparação deve levar em consideração, para seu arbitramento, as circunstâncias da causa, bem como a condição sócio-econômica do ofendido, não podendo ser ínfimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido.

Na espécie, tendo em vista que a vítima era pessoa que gozava de respeito e prestígio no meio político, de notória capacidade administrativa, uma vez que exerceu diversos cargos públicos, entre eles o de diretor-executivo da Universidade de Brasília, o de presidente das Centrais Elétricas do Amapá e o de diretor administrativo da Usina de Itaipu, parece-me que o montante fixado pelo juiz *a quo*, em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mostra-se razoável, de modo a servir como forma de compensação à família do *de cuius* (*pretium doloris*), pelo dano irreparável suportado pela vítima quando foi demitida de seu cargo por força de acusações de improbidade, que depois se revelaram descabidas.

Sobre a matéria, aliás, há um precedente da Terceira Seção deste Tribunal, em caso análogo – no qual um jornalista pleiteava reparação por danos morais, em razão de ter seu nome incluído indevidamente em relatório final da chamada “CPI do Orçamento” –, tendo o aludido órgão fracionário fixado o valor da indenização naquela exata quantia, ou seja, R\$ 100.000,00 (EIAC 1998.01.00.020802-7/DF, Rel. p/ acórdão Des. Federal Souza Prudente, *DJ* 21/10/03, p. 14).

Assim é que, de um lado, não encontra fundamento na jurisprudência a pre-

tensão de se majorar o *quantum* dos danos morais fixados na sentença, e, de outro lado, cumpre ter presente que os autores, na inicial, não estipularam um valor específico para a indenização, deixando ao prudente arbítrio do juiz a fixação do montante da indenização. Não se revela plausível, portanto, o pleito formulado no recurso de apelação, no intuito de majorar a quantia arbitrada para R\$ 1.944.000,00 (um milhão, novecentos e quarenta e quatro mil reais). Dessarte, não obstante haja plausibilidade no argumento de que a morte da vítima tenha sido consequência direta de sua demissão do cargo de presidente da Eletronorte, segundo defendem os autores, no entanto inexistente prova nos autos que ateste esta assertiva.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e às apelações dos autores e da União.

É o meu voto.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Tenho, noutras oportunidades, assumido posição um pouco divergente da jurisprudência e da doutrina tradicionais ao considerar que o instituto da responsabilidade extracontratual (objetiva) do Estado, sob a capa de constituir, conforme já tive oportunidade de ouvir em congresso, “um instituto que está anos-luz à frente dos demais institutos do Direito Administrativo”, em certa medida transforma-se, como os demais institutos, em instrumento do autoritarismo. Em função da responsabilidade objetiva, o Estado e seus agentes sentem-se liberados para praticar arbitrariedades, sob a consideração de que será facilitado o ressarcimento. É “o Estado que lesa, mas paga”. Aceita-se como uma situação natural que o Estado pratique lesões; é o Estado “perigoso”, o Estado “mal necessário”, o Estado “pecado original”, figuras estas que traduzem a filosofia do Estado liberal. É como se o dinheiro com que são pagas indenizações fosse tirado de uma entidade separada da sociedade, distante, não o dinheiro proveniente de tributos pagos pelo cidadão. Uma faceta desse autoritarismo, revelado pelo instituto da responsabilidade objetiva, que se tem pelo mais democrático no Direito Administrativo, é o fato de não serem responsabilizados os agentes públicos que praticam lesões, com exceção de alguns condutores de veículos da Administração. As altas autoridades, porque protegidas pelo manto político, ou da “discricionariedade”, não são chamadas a responder por seus atos, com o que a responsabilidade (objetiva) não cumpre a finalidade de punir para reeducar, e, por outro lado, quem paga os prejuízos, na verdade, é o cidadão distante e que nem, às vezes, tem conhecimento dos fatos. Conquanto esta interpretação não negue o dever de indenizar, recomenda aplicação parcimoniosa, ponderada, com razoabilidade, das consequências da responsabilidade. Este é um ponto que

considero importante: tem que se ter os pés no chão no momento de indenizar, exigindo prova suficiente do fato, do prejuízo, da extensão deste, e parcimônia, também, na quantificação dos valores da indenização. Não estou dizendo que, no caso, não estejam presentes esses requisitos, penso até que estão, mas estou colocando em evidência esse meu critério, essa minha linha de raciocínio, mais uma vez. Este é um ponto.

O segundo ponto que vejo é o fato de não ter sido acionada a Eletrobrás, cujo presidente, conforme relatado, foi quem proferiu termos mais pesados em relação ao então presidente da Eletronorte. Da parte do ministro das Minas e Energia, que é, no caso, o representante da União, pessoa jurídica distinta da Eletrobrás, não foram tão fortes quanto aquelas afirmações do presidente da Eletronorte. Não vejo como presumir a existência de acordo entre os dois quanto aos termos proferidos. A rejeição do ato do então presidente da Eletronorte pode ter sido acordada entre os dois, mas está-se tratando, no caso, de ofensas morais constituídas pelas palavras que foram proferidas. Era questão com certo caráter político, aceitar ou não o ato praticado, manter ou não o presidente da Eletronorte em seu cargo. O que realmente causou dano moral foi a forma, as expressões utilizadas, não o ato de mandar apurar e de reprovar publicamente a negociação feita com a empreiteira ou que se pretendia fazer. Portanto, a União não tem total responsabilidade nessa situação, aliás, a responsabilidade menor é a da União; a maior seria da Eletrobrás, que é uma pessoa jurídica distinta, e não foi acionada pela parte.

O terceiro ponto, que gostaria de considerar, é que se tratava de um cargo político, um alto cargo, presidente de uma empresa de economia mista, e estes cargos, a pessoa que aceita assumi-los, corre certo risco de desavenças na alta cúpula. Não justifica, mas de certa forma explica. Serve de elemento para a avaliação dos fatos. Não foi um cidadão qualquer o ofendido, mas alguém que, pelo critério de confiança, fora guindado ao alto cargo de presidente da Eletronorte. Ao assumir o cargo, aceitou certo risco de sofrer esse tipo de investida. Não estou justificando, mas é certo que lemos todos os dias na imprensa esse tipo de troca de declarações negativas, por motivações, muitas vezes, político-partidárias.

Fiz essas considerações para acompanhar o Relator, não alterando o valor da indenização que entende como correto, que é o valor fixado pelo juiz de 1ª instância. Acompanho seu voto.

## Sexta Turma

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves (convocado)  
Agravantes: Roberta de Nísio Pithon Yamauchi e outros  
Advogados: Dr. Aderbal da Cunha Bergo e outros  
Agravada: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa  
Procurador: Dr. Gustavo Amarante Rabelo de Moraes  
Publicação: DJ 2 de 21/03/05

---

### **Ementa**

*Agravo de instrumento. Remessa do sangue do cordão umbilical de recém-nascido ao exterior com finalidade terapêutica. Armazenamento de células-tronco. Interpretação conforme a Constituição. Possibilidade. Ofensa ao interesse público. Inocorrência.*

I. Para compatibilizar o disposto no § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 com a determinação constante do § 4º do art. 199 da Carta Magna, é mister que seja conferida à disposição legal interpretação conforme a Constituição no sentido de que não existe vedação à exportação de sangue de cordão umbilical para fins terapêuticos, interpretação essa que é reforçada pelo fato de que o próprio dispositivo legal estabelece que a proibição em causa não se aplica nos casos de indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, pois não se pode negar que a estocagem do sangue do cordão umbilical – que visa a preservar as chamadas “células-tronco” – atende ao objetivo da elucidação diagnóstica, ou seja, à preservação da saúde e da vida humana.

II. Por outro lado, é densa a plausibilidade jurídica do entendimento segundo o qual a ampliação da proibição contida no § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 pela Portaria 2.381/04 do Ministério da Saúde, que em seu art. 7º, § 1º, proíbe o envio de sangue de cordão umbilical e placentário para o exterior – mesmo que seja para depósito em banco destinado à sua conservação, a fim de que seja utilizado, no futuro, pelo próprio titular do material genético, para fins terapêuticos –, é inadmissível, pois embora compatível com a literalidade do referido dispositivo legal, é ofensiva ao art. 199, § 4º, da Carta Magna, e aos princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da razoabilidade (Carta Magna, art. 5º, II e LIV).

III. Inexistência de ofensa ao interesse público, uma vez que de acordo com a Resolução 153/04 da Anvisa a regra é o descarte do cordão umbilical após o parto, não se vislumbrando, assim, a utilidade do sangue à população nacional.

IV. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento.

### **Acórdão**

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de ins-

trumento.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 23/02/05.

Juiz *Leão Aparecido Alves*, Relator convocado.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves:* — Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Roberta de Nisio Pithon Yamauchi e outras contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o seu pedido de liminar, com o que pretendiam fosse autorizada a remessa do sangue do cordão umbilical dos seus filhos, a ser coletado logo após o parto, para o laboratório *New England Cord Blood Bank, Inc.* – NECBB, situado nos Estados Unidos da América, Estado de Massachussets, a fim de que houvesse o processamento e o armazenamento, em regime de criopreservação, das células-tronco respectivas, que poderão vir a ser utilizadas, no futuro, em benefício da própria criança, no tratamento de diversas doenças.

Segundo consta dos autos, a Anvisa não tem mais autorizado esse tipo de remessa, desde agosto de 2004, com base em parecer da sua Procuradoria (fls. 116/121), que se posicionou, definitivamente, pela impossibilidade de exportação do sangue do cordão umbilical dos neonatos, em face do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 10.205/01, e, também, em virtude da supremacia do interesse público sobre o particular. De acordo com esse parecer, estaria resguardado, no caso, o direito individual dos pais de armazenarem o sangue do cordão umbilical dos seus filhos, porque haveria laboratórios no Brasil que prestam serviços similares aos oferecidos pelo laboratório americano.

Sustentam as agravantes que esse parecer da Anvisa, acatado pela decisão agravada, não pode impedir a remessa, por elas custeada, do sangue do cordão umbilical dos seus filhos para o exterior. Afirmam que, se isto acontecer, haverá afronta direta ao direito constitucional à saúde e à vida.

Alegam que, ao contrário do que entendeu a decisão recorrida, a legislação em vigor não veda a exportação de sangue de cordão umbilical que se destina a um banco depositário, a fim de que, no futuro, venha a ser utilizado em benefício do próprio recém-nascido, para fins terapêuticos.

Asseveram que a existência de laboratório que presta serviços similares no Brasil não impede o acesso ao mesmo serviço no exterior, especialmente quando se sabe que os serviços oferecidos neste País não são idênticos aos que são oferecidos nos Estados Unidos, pelo NECBB, que detém a mais avançada tecnologia existente na atualidade, em termos de biogenética.

Aduzem, ainda, que o contrato de depósito das células-tronco, ao contrário do que acontecia antigamente, já garante o retorno do material genético para o Brasil, em caso do seu abandono pelos titulares, conforme orientação da própria Anvisa, não havendo risco, portanto, para o patrimônio genético brasileiro.

Alegam, também, que as autorizações concedidas anteriormente pela Anvisa indicam que, na própria autarquia, há entendimentos divergentes acerca do assunto, e citam três liminares que já foram deferidas em favor de outras gestantes que também intentavam mandar o sangue do cordão umbilical dos seus filhos para o exterior e tiveram o seu pedido negado pela Anvisa.

Dessa forma, sustentam as agravantes que estão presentes, no caso, o *fumus boni iuris* e, também, o *periculum in mora*, uma vez que a manutenção da decisão agravada acarretará lesão de impossível reparação, já que a coleta do sangue do cordão umbilical dos seus filhos só poderá ser feita no momento do parto, e, estando todas elas em fase final de gestação, se não for deferida a liminar, sentença que acaso lhes seja favorável será ineficaz.

Apreciando o pedido de antecipação da pretensão recursal, a eminente Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues deferiu o pedido de liminar, para determinar que, logo após o parto das agravantes, fosse autorizada a remessa do sangue do cordão umbilical dos seus filhos para o NECBB, a fim de que lá fossem processadas e armazenadas, em regime de criopreservação, as suas células-tronco. A decisão ressalvou a competência da Anvisa para fiscalizar o procedimento em território nacional.

A Anvisa apresentou contraminuta (fls. 372/400), alegando que a liminar concedida prejudica o exercício do seu poder de polícia, impedindo que haja uma fiscalização adequada do material genético dos recém-nascidos. Assevera que, sem fiscalização, há risco de danos à saúde coletiva e, inclusive, à das agravantes e seus filhos.

Sustenta que só indeferiu o pedido de remessa do sangue do cordão umbilical para o exterior porque há disposição legal proibindo que isto ocorra. Assevera, também, que a manutenção desse sangue no Brasil atende ao interesse público, já que possibilita a criação de uma rede pública nacional de cordão umbilical.

Ademais, afirma que há, no Brasil, bancos de sangue que detêm alta tecnologia, assim como a do banco dos Estados Unidos, de modo que não haveria prejuízo para as agravantes, que poderiam utilizar os serviços disponíveis em nosso País.

Acrescenta, ainda, a Anvisa que a liminar deferida tem natureza satisfativa, o que não seria admissível.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, a fls. 406/408, opinando pelo provimento do presente agravo.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves:* — 1. No tocante ao fato de a liminar deferida a fls. 359/363 ser satisfativa, é ela improcedente, porque a vedação imposta pelo § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92, segundo o qual “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação” não se aplica ao mandado de segurança (Cf., nesse sentido, AgRg no MS 8.130/DF, Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, *DJ* de 03/06/02: “O art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92, não se aplica às liminares em mandado de segurança ante o caráter satisfativo do *writ*”).

Com efeito, é da própria natureza do mandado de segurança, em muitos casos, esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação. De outro modo, a aplicação dessa proibição ao mandado de segurança implicaria ofensa ao disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, pois resultaria em excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou de ameaça de lesão a direito.

2. Examino o mérito.

O § 4º do art. 199 da Constituição Federal estabelece que “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de *sangue* e seus derivados, *sendo vedado qualquer tipo de comercialização*”. Como se vê, em relação aos órgãos, tecidos e substâncias humanas (no que se inclui o sangue), o que a Constituição proíbe é a sua comercialização.

Regulamentando esse dispositivo, a Lei 10.205/01 determina no art. 14, incisos IV e XI, e § 1º:

Art. 14. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(....)

IV – proibição da comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados;

(....)

---

\*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Francisco Neves da Cunha (convocado). Ausentes, justificadamente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e, por motivo de licença, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

XI – segurança na estocagem e transporte do sangue, componentes e hemoderivados, na forma das Normas Técnicas editadas pelo Sinasan;

(....)

§ 1º É vedada a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, exceto em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados, ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda nos acordos autorizados pelo órgão gestor do Sinasan para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia, não acessível ou disponível no País.

A interpretação do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 10.205/01, defendida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é no sentido de que ele proíbe a exportação de sangue (substância humana) para fins terapêuticos, daí haver sido editada pelo ministro da Saúde a Portaria 2.381/04, cujo art. 7º, § 1º, estabelece: “Determinar que a partir da data de publicação desta portaria, seja vedado o envio de – sangue de cordão umbilical e placentário para o exterior, com o objetivo de armazenamento de CTH/SCUP (células-tronco hematopoiéticas oriunda de sangue de cordão umbilical e placentário) em bancos privados ou públicos instalados fora do território nacional.”

No entanto, como se viu acima, e aqui repito, em relação aos órgãos, tecidos e substâncias humanas (no que se inclui o sangue), o que a Constituição proíbe é a sua comercialização, e não o seu envio ao exterior com finalidades terapêuticas.

Portanto, e tendo em vista que o § 4º do art. 199 da Carta Magna determina que a lei (Lei 10.205/01) “disporá sobre as *condições* e os *requisitos* que *facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas* para fins de transplante, pesquisa e *tratamento*, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, *sendo vedado qualquer tipo de comercialização*”, a prevalecer a interpretação do § 1º do art. 14 da lei 10.205/01, defendida pela Anvisa, terá a lei, ao contrário do que prescreve a Constituição – que diz que ela deverá facilitar a remoção de substâncias humanas para fins de tratamento – dificultado a remoção do sangue do cordão umbilical para o exterior.

Assim sendo, e para compatibilizar o disposto no § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 com a determinação constante do § 4º do art. 199 da Carta Magna, é mister que seja conferida à disposição legal interpretação conforme a Constituição no sentido de que não existe vedação à exportação de sangue de cordão umbilical para fins terapêuticos, interpretação essa que é reforçada pelo fato de que o próprio dispositivo legal estabelece que a proibição em causa não se aplica nos casos de indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, pois não se pode negar que a estocagem do sangue do cordão umbilical – que visa a preservar as chamadas “células-tronco” – atende ao objetivo da elucidação diagnóstica, ou

seja, à preservação da saúde e da vida humana.

Note-se que, no caso, a interpretação conforme em causa não se encontra vedada pelo fato de o Judiciário, no controle de constitucionalidade, não poder atuar como legislador positivo. Com efeito, ao julgar a Representação de Inconstitucionalidade 1.417/DF, Relator Ministro Moreira Alves, o Plenário da Suprema Corte decidiu (Julgamento: 09/12/87, *DJ* 15/04/88, p. 8.397):

O princípio da interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

No caso, a interpretação conforme e que compatibiliza o § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 com o § 4º do art. 199 da Carta Magna não contraria o sentido inequívoco que o legislador deu ao dispositivo infraconstitucional, pois, como acima afirmado, do disposto no § 1º do referido art. 14 extrai-se a possibilidade da exportação de sangue por *indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica*, caso em que se inclui a exportação de sangue de cordão umbilical para futura e eventual utilização na *preservação da vida e da saúde da pessoa humana*, que é em última análise, o objetivo maior de qualquer procedimento que tem por finalidade a elucidação diagnóstica.

De outra parte, a hipótese em causa admite a aplicação desse princípio do controle de constitucionalidade. Com efeito, no caso, estão presentes os requisitos exigidos pela doutrina para a aplicação do aludido princípio. Juliano Taveira Bernardes (*Controle abstrato de constitucionalidade – elementos materiais e princípios processuais*, Saraiva, 2004, p. 332), por exemplo, acentua que “a aplicação do princípio da interpretação conforme depende da presença dos seguintes pressupostos: (a) *ocorrência de múltiplas interpretações de uma mesma disposição*: a incidência do princípio está atrelada à existência de disposição textual polissêmica ou plurissignificativa, de cujas interpretações (normas) se deve dar preferência àquela de melhor sintonia com as normas paramétricas da Constituição; e (b) *espaço interpretativo*: se inexistente, não há falar em interpretação conforme a Constituição, devendo-se considerar inconstitucional o preceito impugnado.”

Na hipótese, estão presentes os dois requisitos. O primeiro, porquanto a edi-

ção da Portaria 2.381/04 e o fato de que a própria Anvisa, no passado, já permitiu a exportação do sangue de cordão umbilical para fins terapêuticos, e a interpretação dada ao disposto no § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 pela decisão agravada, por exemplo, demonstra a existência de múltiplas interpretações, cada uma com sua maior ou menor carga de argumentos. Outrossim, há inequívoco espaço interpretativo, porquanto, como salientado, a própria parte final do § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 estabelece exceção em se tratando de exportação de sangue para o fim de elucidação diagnóstica.

Em suma, a interpretação conforme, ora preconizada, é admissível e apresenta elevado grau de plausibilidade jurídica (*fumus boni iuris*), sendo, portanto, relevante o fundamento do pedido (Lei 1.533/51, art. 7º, II).

3. Por outro lado, é densa a relevância jurídica da interpretação dos dispositivos em causa, feita pela decisão que concedeu a antecipação da pretensão da tutela recursal (CPC, art. 527, III; Lei 1.533/51, art. 7º, II).

Não há dúvida de que a interpretação literal, por ser a mais pobre das formas de determinação do sentido e do alcance da lei, somente deve ser utilizada quando nenhuma das outras modalidades apresentar resultado em consonância com os objetivos da norma sob análise.

Assim, entre a interpretação literal pretendida pela agravada e a interpretação teleológica adotada pela decisão que deferiu a liminar, é indubitável que deve prevalecer a segunda. De feito, em princípio, entre a interpretação literal e a teleológica, deve prevalecer a segunda.

Neste sentido, já decidiu o STJ:

A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade. (REsp 50226/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, data do julgamento: 23/08/94, DJ de 19/09/94, p. 24.700).

De feito, conquanto seja correto que a exegese gramatical “não merece as galas de um método definitivo ou conclusivo de interpretação”, não se pode negar que ela “serve para marcar os limites em que se possa perquirir o resultado dos demais critérios de integração da norma jurídica” (RE 197.807/RS, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgamento: 30/05/00, Primeira Turma, DJ de 18/08/00, p. 93, RTJ 175/1.144).

No caso, a interpretação dada pela decisão que concedeu a liminar não desborda dos “limites em que se possa perquirir o resultado dos demais critérios de integração da norma jurídica”, mormente considerando que a interpretação defendida pela agravada, como demonstrou a decisão liminar, no caso, conduziria ao absurdo de proibir a mãe de proteger a vida e a saúde de seu filho, mediante o

armazenamento do sangue do cordão umbilical dele no exterior, além de implicar a ampliação do disposto em norma de caráter restritivo.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência não abonam as interpretações que conduzam ao absurdo ou que impliquem a ampliação da hipótese de incidência de norma restritiva.

Neste sentido, Carlos Maximiliano afirma: “*Interpretatio illa sumenda est quae vitetur absurdum* deve ser tomada aquela interpretação que evite o absurdo” (*Hermenêutica e aplicação do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 195).

Por outro lado, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 6º, dispunha que a “lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”, sendo que desse preceito decorre que o intérprete não pode estabelecer distinções que não foram expressamente previstas pelo legislador (Carlos Maximiliano, obra citada, p. 183).

No mesmo sentido, a jurisprudência:

O art. 458 não se refere apenas aos impedimentos constantes do art. 462 e às incompatibilidades legais por suspeição, mas acrescenta: “na forma do disposto neste código sobre os impedimentos ou a suspeição dos juízes togados”. Resultaria um *absurdo* se fossem as causas de afastamento do juiz togado em maior número do que as dos juízes leigos, pois, julgando estes com maior liberdade e sem fundamentar o seu voto, podem mais livremente ceder aos sentimentos de amizade, interesse, paixão e ódio, por motivos que se reputam em ordem a afetar a imparcialidade e a independência dos juízes profissionais. (HC 48818/PB, Relator Min. Luiz Gallotti, julgamento: 08/06/71, Primeira Turma, *DJ* de 20/08/71, p. 4.252, RTJ 58/391).

Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará –, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. (HC 81260/ES, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento: 14/11/01, Tribunal Pleno, *DJ* de 19/04/02, p. 48).

As normas restritivas interpretam-se restritivamente. (AI 451078 AgR/RJ, Relator Min. Eros Grau, julgamento: 31/08/04, Primeira Turma, *DJ* de 24/09/04, p. 4).

Portanto, e a despeito de a interpretação gramatical ser o ponto de partida da definição do sentido e do alcance da lei e de servir “para marcar os limites em que se possa perquirir o resultado dos demais critérios de integração da norma jurídica” (RE 197.807/RS, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgamento: 30/05/00, Pri-

meira Turma, *DJ* de 18/08/00, p. 93, RTJ 175/1144), o certo é que não se admite interpretação que conduza ao absurdo ou que implique a ampliação da hipótese de incidência de norma restritiva.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que as normas jurídicas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade também no tocante à razoabilidade de suas disposições. Expressivo, a propósito, o voto proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento (de mérito) da ADI 958/RJ (Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento: 11/05/94, Tribunal Pleno, *DJ* de 25/08/95, p. 26.021):

(...)A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal.

A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio constitucional, que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

Por isso, adoto a fundamentação exarada pela eminente Des. Federal Maria Isabel Gallotti ao deferir a antecipação da tutela da pretensão recursal, a qual demonstra que a interpretação adotada pela Administração Pública ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo, de outra parte, ser ainda mais restritiva do que as normas sobre as quais incidiu:

Assim postos os fatos, ressalto que, neste caso, é incontroverso que as agravantes não pretendem comercializar o sangue do cordão umbilical dos seus filhos, o que é vedado pela Constituição Federal, em seu art. 199, § 4º, e pela Lei 10.205/01, em seu art. 14, inciso IV. O que elas pretendem é enviá-lo para um conceituado banco de sangue no exterior, a fim de que lá haja o processamento e o armazenamento das suas células-tronco, que podem vir a ser utilizadas, no futuro, em benefício das próprias crianças.

Segundo a renomada cientista Mayana Zatz, professora de Genética Humana e médica do Departamento de Biologia, Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, “células-tronco são células capazes de multipli-

car-se e diferenciar-se nos mais variados tecidos do corpo humano (sangue, ossos, nervos, músculos etc.)”. Ela esclarece que a “sua utilização para fins terapêuticos pode representar talvez a única esperança para o tratamento de inúmeras doenças ou para pacientes que sofreram lesões incapacitantes da medula espinhal que impedem seus movimentos”. Informa que “as células-tronco existem em vários tecidos humanos, no cordão umbilical e em células embrionárias na fase de blastócito” e que “apesar de não se saber se as células-tronco existentes no cordão-umbilical têm mesmo a capacidade de diferenciar-se em outros tecidos e, caso tenham, em que tecidos poderão diferenciar-se, já não se discute mais que o cordão umbilical é a melhor fonte de células para tratamento da leucemia e de inúmeras outras doenças hematológicas” (cf.).

A Anvisa reconhece os benefícios oriundos do armazenamento do sangue contido no cordão umbilical, mas um dos motivos pelos quais passou a negar os pedidos de autorização da sua remessa para bancos de sangue no exterior foi o disposto no art. 14, § 1º, da Lei 10.205/01, segundo o qual: “é vedada a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, *exceto* em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda, *nos acordos autorizados pelo órgão gestor do Sinasan para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia não acessível ou disponível no País*”.

Tanto a Anvisa, como a decisão agravada, entenderam que o caso das agravantes não se enquadraria em nenhuma das exceções previstas no citado dispositivo. Consideraram que, havendo, no Brasil, bancos de sangue que prestam serviços similares àqueles oferecidos pelo NECBB, não haveria que se falar que a remessa de sangue visaria à obtenção de derivados de sangue por meio de tecnologia não acessível no País.

Considero, todavia, que o art. 14, § 1º, da Lei 10.205/01, deve ser interpretado em harmonia com o art. 199, § 4º, da CF, de acordo com o qual “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que *facilitem* a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização.”

Interpretação literal e muito rigorosa dos requisitos legais acabaria por *dificultar* ou mesmo *impedir* a remessa do sangue de brasileiros ao exterior, com finalidade estritamente de preservação da saúde própria, sem nenhum escopo comercial.

É o comércio de sangue, ou a doação para o exterior, em detrimento das necessidades internas, salvo em caso de solidariedade internacional, que a Lei 10.205/01 visa a coibir. Apenas se interpretada dessa forma restritiva será válida, a meu sentir, a vedação legal.

A extensão dada à regra do § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 pela Portaria 2.381/04 do Ministério da Saúde (fls. 401/402), que em seu art. 7º, § 1º, pro-

íbe, em qualquer caso, o envio de sangue de cordão umbilical e placentário para o exterior, parece-me, embora compatível com a literalidade do referido dispositivo legal, ofensiva ao art. 199, § 4º, da CF, e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, se não será vedado à mãe brasileira ir dar à luz no exterior, e nem para lá enviar seu filho em qualquer fase de sua vida, sem ofensa alguma ao patrimônio genético brasileiro, não me parece razoável impedir a remessa do sangue do cordão umbilical após o parto, para depósito em banco destinado à sua conservação, a fim de que seja utilizado pelo próprio titular do material genético.

Ademais, a Anvisa não informa que haja bancos de sangue de cordão umbilical em nosso País que adotem a mesma tecnologia do banco americano, que obteve licença para a utilização da patente da *PharmaStem Therapeutics, Inc*, que, segundo consta, assegura o processamento das células-tronco de acordo com padrões industriais (cf. fls. 242/244).

Anoto que o laboratório, citado na decisão agravada como sendo compatível com o laboratório americano para onde as agravantes pretendem enviar o sangue do cordão umbilical dos seus filhos, foi interditado, no ano passado, pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, por não possuir licença para o seu funcionamento e não apresentar as condições adequadas às atividades de banco de sangue de cordão umbilical (cf. fls. 356).

A alegação de que a manutenção desse sangue em bancos brasileiros seria útil à população nacional não tem pertinência, pois a regra é o descarte do cordão umbilical logo após o parto, e a transferência do material para qualquer banco não prescindiria da autorização dos pais do neonato, conforme dispõe a Resolução 153/04 da Anvisa (cf. fls. 281, 282 e 299 e 300). Se não houver essa autorização, não haverá como ampliar o número de amostras disponíveis em bancos nacionais.

Quanto à consideração de que a remessa de sangue de cordão umbilical ao exterior estaria colocando em risco a saúde pública, também não vislumbro a ocorrência desse tipo de ameaça. A decisão agravada entendeu que a saúde pública estaria sendo ameaçada, em virtude dos riscos existentes no procedimento de remessa de sangue ao exterior, uma vez que não estaria havendo fiscalização da Anvisa.

Ora, pelo que consta, sempre que a Anvisa autorizou a remessa de sangue ao exterior, fiscalizou esse procedimento, tendo o cuidado de informar ao banco de sangue, para onde o material seria enviado, que ele deveria ser acondicionado e transportado de acordo com o estabelecido na RDC 190/03 e com as normas internacionais de transporte de material biológico (cf. fls. 160 e seguintes). Se isto não acontecia, e o sangue era enviado de modo diverso, houve falha no serviço prestado pela autarquia não imputável aos interessados.

É importante ressaltar, também, que as preocupações da autarquia com o risco de contaminação do sangue coletado não parecem ter relação direta com a saúde pública, mas apenas visam a garantir aos pais dos neonatos que o

sangue do seu filho será retirado do cordão umbilical e transportado até o banco de sangue do melhor modo possível, para que não haja risco de o material vir a ser inutilizado, por não terem sido atendidas as técnicas necessárias.

Embora seja louvável a preocupação da Anvisa, não entendo que seja motivo suficiente para vetar a remessa do sangue dos filhos das agravantes para o exterior. A Anvisa tem competência para fiscalizar a coleta e o transporte do material dos neonatos enquanto em território nacional. A partir daí, se houver algum problema no transporte e processamento do sangue das crianças, a competência fiscalizatória será do governo do país onde se situa o banco, e o risco é dos pais, que perderão o material genético e o dinheiro investido no procedimento. Não vislumbro risco algum à saúde pública brasileira.

Portanto, e em resumo, é densa a plausibilidade jurídica do entendimento segundo o qual a ampliação da proibição contida no § 1º do art. 14 da Lei 10.205/01 pela Portaria 2.381/04 do Ministério da Saúde, que em seu art. 7º, § 1º, proíbe o envio de sangue de cordão umbilical e placentário para o exterior – mesmo que seja para depósito em banco destinado à sua conservação, a fim de que seja utilizado, no futuro, pelo próprio titular do material genético, para fins terapêuticos –, é inadmissível, pois embora compatível com a literalidade do referido dispositivo legal, é ofensiva ao art. 199, § 4º, da Carta Magna, e aos princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da razoabilidade (Carta Magna, art. 5º, II e LIV).

Com efeito, e embora o campo de atuação da polícia sanitária seja incommensurável, como lembrou a agravada, citando Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 24ª ed., 1999, p. 120/121), o certo é que a lei e a Constituição constituem limites legítimos ao abuso no exercício dela.

Outrossim, bem salientou o ilustre Procurador Regional Luiz Fernando Francisco de Sousa que a interpretação do disposto nos arts. 199, § 4º, da Carta Magna, e 14, IV, da Lei 10.205/01 conduz à conclusão de que o que se busca é “impedir o comércio de sangue, ou a doação para o exterior, quando isso ocorrer em detrimento das necessidades internas.”

Em seguida, conclui (fls. 408):

Assim, a legislação sobre o tema *não* veda a exportação de sangue de cordão umbilical quando se destina a um banco depositário, para que, no futuro, venha a ser utilizado em benefício do *próprio recém-nascido*, mas, sim, busca evitar a comercialização ou mesmo a doação de sangue para o exterior quando este faz-se necessário em nosso País.

Além disso, o sangue de cordão umbilical *somente interessa à mãe e ao seu filho*, pois conforme a Resolução 153/04 da Anvisa a regra é o descarte do cordão umbilical após o parto, *não* se vislumbrando, assim, a utilidade do sangue à população nacional.

Dessa forma, as alegações de que a manutenção do sangue do cordão umbi-

lical dos filhos das impetrantes visa ao interesse público na manutenção de banco de sangue nacional não tem qualquer fundamento, além de colidir com a alegação da agravada no sentido de que o benefício futuro da guarda de sangue de cordão umbilical ainda é discutível. Ora, se o benefício futuro é discutível e se a regra é o descarte do cordão umbilical, por que o empenho da agravada em manter no País o sangue do cordão umbilical dos filhos das agravantes?

Outrossim, a restrição contida na Portaria MS 2.381/04 (art. 7º, § 1º) não tem fundamento jurídico, por ofensa ao princípio da reserva legal (Carta Magna, art. 5º, II), para proibir o que não se acha claramente expresso, seja na Lei 10.205/01 (art. 14, § 1º), seja na Constituição Federal (art. 199, § 4º). Ademais, o direito dos filhos das impetrantes à saúde não pode ser embaraçado por ato de autoridade administrativa, como já decidiu o STF:

O direito à saúde, como está assegurado no art. 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. (RE 261268/RS Relator Min. Moreira Alves, julgamento: 28/08/01, Primeira Turma *DJ* de 05/10/01, p. 57).

O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. (RE 226835/RS, Relator Min. Ilmar Galvão, julgamento: 14/12/99, Primeira Turma, *DJ* de 10/03/00, p. 21).

Já no tocante às outras razões de conteúdo técnico-sanitário que teriam motivado o indeferimento do pedido das impetrantes, não têm eles relevância alguma na medida em que não se acham previstos em lei, nem são dotados de razoabilidade. Afinal, a pergunta que não quer calar – por que a agravada quer que, ao invés de o sangue do cordão umbilical dos filhos das agravantes ser guardado no exterior para eventual utilização futura no interesse da vida e da saúde deles, seja o referido material descartado, ou seja, jogado no lixo? Em nenhuma passagem das razões da agravada se identifica, de forma clara e precisa, fundamento jurídico ou de ordem sanitária para que semelhante absurdo seja praticado. Com efeito, onde haveria risco sanitário na exportação desse material? Ora, se o material pode ser mantido em banco de sangue no Brasil, ou até mesmo descartado, por que haveria risco sanitário em sua guarda no exterior?

Também não demonstrou a agravada, de modo convincente – pois se limitou a aludir à existência de um vídeo de procedimento de coleta intra-uterino – a existência de risco de contaminação do sangue coletado e a ser enviado ao exterior. Essa alegação não tem razoabilidade, outrossim, na medida em que o risco de contaminação existe tanto no exterior quanto no Brasil. Cumpre considerar, ainda, que a agravada não demonstrou de que forma o risco de contaminação, a falta de realização de exames, a embalagem inadequada e o acondicionamento impróprio

do material coletado implicariam a existência de risco à saúde pública no Brasil.

De outra parte, não identifico onde se localizaria o interesse público na aferição da segurança e da eficácia da remessa do sangue do cordão umbilical dos recém-nascidos ao exterior, uma vez que esta se dá no exclusivo interesse deles.

Não tem procedência, ainda, a alegação da agravada de que o indeferimento do pedido das impetrantes visou a evitar que os filhos delas fossem expostos a riscos sanitários, passíveis de se efetivarem devido ao procedimento de coleta do material, uma vez que a definição do tratamento médico compete aos pais, e não ao Estado. Ademais, a utilização do material constitui evento futuro e incerto, uma vez que não se sabe se os filhos das impetrantes necessitarão dele, sendo que a própria agravada afirma que a “probabilidade de se precisar de um transplante autólogo tem sido estimado como aproximadamente 1 (uma) em 20.000 (vinte mil), durante os primeiros 20 (vinte) anos de vida” (fl. 389). Ora, se a utilização do material constitui um evento incerto e improvável, não há razão para impedir a exportação dele, com base na alegação de que o procedimento de coleta não atende aos padrões da Anvisa.

Outrossim, são também de manifesta improcedência as alegações de que a entidade responsável pela guarda do material no exterior não garantiria o retorno dele ao Brasil ou de que ele poderia ser utilizado em terceiros, que não os filhos das impetrantes, incluídas elas próprias, porque essa questão não diz respeito aos objetivos da vigilância sanitária.

4. Por outro lado, a competência da União no tocante à vigilância sanitária não impede o Poder Judiciário de, no exercício de sua missão constitucional (Carta Magna, art. 5º, XXXV), resguardar direito ameaçado por ato de autoridade pública, seja de que categoria for. Inexiste, pois, ofensa ao disposto nos arts. 2º, III, § 1º; 7º, incisos I a X, XIV a XVII e XX a XXI, da Lei 9.782/99 e 6º; 197 e 200 da Carta Magna.

Com efeito, o Poder Judiciário, no exercício de sua competência constitucional (Carta Magna, art. 5º, XXXV), ao invalidar o ato administrativo inconstitucional ou ilegal, não invade a esfera de competência do Poder Executivo, inexistindo violação ao disposto no art. 2º da Constituição.

Neste sentido:

Improcedência da alegação de infringência ao art. 2º da Carta Magna, pois, quando se trata de ação popular contra a prática de atos administrativos que se reputam contrários à Carta Magna ou em fraude a ela, como ocorre no caso, não há que se pretender que o Poder Judiciário, chamado a julgá-la, se esteja imiscuindo, indevidamente, em assunto que envolve juízo de mérito ou político que é privativo de outro Poder. (RE 230.267/MG, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento: 24/10/00, Primeira Turma DJ de 15/12/00, p. 105)

2. Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de Poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao

Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. (RE 259.335-AgRg/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento: 08/08/00, Segunda Turma, DJ de 07/12/00, p. 22).

De outra parte, em momento algum a agravada demonstrou em que medida e de que forma a saída do sangue do cordão umbilical dos filhos das agravantes poderia implicar risco à saúde pública no Brasil. Inexiste, portanto, violação ao disposto nos arts. 6º; 8º, § 1º, VI, VII, VIII, e XI, da Lei 9.782/99.

5. Tendo em vista que estão presentes os requisitos previstos no art. 7º, II, da Lei 1.533/51, pois a fundamentação do pedido é relevante e a ausência de suspensão do ato impugnado resultaria a ineficácia da medida, caso seja concedida ao final, correta a decisão que deferiu o pedido de liminar.

Com efeito, a relevância da fundamentação do pedido foi demonstrada, bem como a suspensão do ato impugnado é necessária, porque, sem ela, o eventual deferimento da segurança seria ineficaz em virtude da perda das propriedades do sangue do cordão umbilical, que deve ser colhido logo após o parto.

6. À vista do exposto, dou provimento ao presente agravo e confirmo, em todos os seus termos, a decisão liminar de fls. 359/363.

É como voto.

## Sétima Turma

### Agravo de Instrumento

**2003.01.00.040010-8/MG**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva  
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Bárbara Andrade de Resende Chaves  
Agravada: Indústria Mecânica Rodrigues Ltda.  
Advogados: Dr. Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro e outros  
Publicação: DJ 2 de 04/03/05

### Ementa

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Antecipação de tutela deferida para impedir a inclusão do nome do devedor no Cadin e a sua exclusão do Refis, com fundamento no*

*arrolamento de bens previsto nos arts. 64 da Lei 9.537/92 e 37 da Lei 8.212/91. Impossibilidade.*

I. O arrolamento de bens previsto no art. 64 da Lei 9.532/97 tem por finalidade inibir o desfalque do patrimônio do devedor, sem, entretanto, impedi-lo, já que tal arrolamento não é forma de garantia do débito, nem constitui ônus real sobre os bens arrolados, obrigando, apenas, o devedor à comunicação ao INSS acerca da eventual alienação que vier a fazer de algum dos bens arrolados.

II. Afigura-se incabível, na espécie dos autos, a concessão da tutela antecipada para impedir a inclusão do nome do devedor no Cadin, em face da nova orientação adotada pela colenda Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 527618/RS (DJU de 24/11/03, p. 214), no sentido de que, para o impedimento do registro do nome de devedores nos cadastros restritivos de crédito, faz-se necessária a presença concomitante 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, hipóteses não configuradas, *in casu*.

III. Da mesma forma, não cabe a manutenção do contribuinte no Refis, uma vez verificada a sua inadimplência para com o programa por período superior ao tolerado pela lei. Precedentes deste Tribunal.

IV. Agravo de instrumento provido.

### Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 10/08/04.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator p/ acórdão.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto*: — 1. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos autos da Ação Ordinária 2003.38.00.053182-0 ajuizada por Indústria Mecânica Rodrigues Ltda., agrava de instrumento da decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 10ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, Carlos Henrique Borlindo Haddad, que deferiu o pedido de antecipação de tutela “para determinar ao INSS que se abstenha de promover a inclusão do nome da

autora no Cadin, bem como de providenciar sua exclusão do Refis até ulterior decisão” (fls. 11/12).

2. Alega o agravante que (fls. 6):

(...) verifica-se que o arrolamento (o previsto no art. 64 da Lei 9.537/92) não se constitui em garantia que possa ensejar a suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Trata-se, como dito, de procedimento com natureza cautelar, mas que não impede o regular uso e disposição dos bens pela empresa.

Assim, há que se concluir que a existência de arrolamento não impede a prática de atos com a finalidade de cobrança do crédito, bem como não tem o condão de evitar a adoção das medidas legais que decorrem da existência de crédito não quitado e sem exigibilidade suspensa. Ao contrário, buscam garantir que tal prática, de cobrança dos débitos, não seja frustrada, ou seja, em outras palavras, busca garantir exatamente a cobrança dos débitos.

3. Foi negado efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento em fls. 21.

4. Embora intimada, a agravada não apresentou contra-razões, conforme certidão de fls. 27.

5. É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1. A decisão agravada, em princípio, está correta. Disse o ilustre magistrado (fls. 11/12):

A verossimilhança das alegações é inferida da desnecessidade de se adotar as temidas medidas contra a autora, porquanto as quatro notificações de débito estão garantidas pelo arrolamento operado administrativamente pelo INSS (fls. 63). Arrolou-se bem avaliado em R\$ 310.971,18, ao passo que a dívida total é de R\$ 237.049,56. Malgrado a autora tenha impetrado Mandado de Segurança, registrado sob número 2002.38.00.015585-0, com o intuito de afastar o arrolamento feito administrativamente pelo INSS, o pleito não obteve êxito, pois denegada foi a ordem. Assim, por persistir o arrolamento administrativo, não se justifica impor sanções outras contra a autora com a finalidade de obter o pagamento do débito.

A verossimilhança significa o que tem probabilidade de ser, o que é plausível, permitindo ao juiz um convencimento razoável. Não significa certeza, mas uma quase certeza. A prova inequívoca vem a ser a prova convincente. E irreversibilidade não é sinônimo de prejuízo irreparável. Na hipótese dos autos, a verossimilhança está, como bem observou o MM. juiz *a quo*, demonstrada.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva e Luciano Tolentino Amaral.

O arrolamento administrativo dos bens foi previsto para substituir o depósito, a fim de permitir que as empresas possam continuar a operar. Nesse sentido, jurisprudências deste TRF-1ª Região.

1. O Decreto 3.317, de 3 de janeiro de 2001, tornou exequível a alternativa de garantias ou *arrolamento de bens* em substituição ao *depósito* do valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão.

2. Interposto o recurso administrativo antes da edição do Decreto 3.317, de 2001, é possível proceder a substituição do *depósito* em dinheiro pelo *arrolamento de bens*. Aplicação da lei (sentido amplo) posterior mais benéfica. (AMS 2001.38.00.043450-2/MG, DJ de 31/03/04 p. 61, Sétima Turma, Rel. p/ acórdão: o Juiz Tourinho Neto).

1. A superveniente edição da MP 1.973-69/00 passou a admitir na forma da nova redação dada aos §§ 3º e 4º do art. 33 do Decreto 70.235/72 a prestação de garantias ou *arrolamento de bens* e direitos alternativamente ao *depósito* em dinheiro. (AMS 2000.33.00.007610-0/BA, DJ de 19/12/02, Terceira Turma, Rel.: Juiz Cândido Ribeiro).

2. Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

3. É o voto.

### Voto-Vista

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:* — O eminente Relator, Des. Federal Tourinho Neto, assim relatou o feito, a fls. 28:

1. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos autos da Ação Ordinária 2003.38.00.053182-0 ajuizada por Indústria Mecânica Rodrigues Ltda., agrava de instrumento da decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 10ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, Carlos Henrique Borlindo Haddad, que deferiu o pedido de antecipação de tutela “para determinar ao INSS que se abstenha de promover a inclusão do nome da autora no Cadin, bem como de providenciar sua exclusão do Refis até ulterior decisão” (fls. 11/12).

2. Alega o agravante que (fls. 6):

“(....) verifica-se que o arrolamento (o previsto no art. 64 da Lei 9.537/92) não se constitui em garantia que possa ensejar a suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Trata-se, como dito, de procedimento com natureza cautelar, mas que não impede o regular uso e disposição dos bens pela empresa.

Assim, há que se concluir que a existência de arrolamento não impede a prática de atos com a finalidade de cobrança do crédito, bem como não tem o condão de evitar a adoção das medidas legais que decorrem da existência de crédito não quitado e sem exigibilidade suspensa. Ao contrário, buscam

garantir que tal prática, de cobrança dos débitos, não seja frustrada, ou seja, em outras palavras, busca garantir exatamente a cobrança dos débitos”.

3. Foi negado efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento em fls. 21.

4. Embora intimada, a agravada não apresentou contra-razões, conforme certidão de fls. 27.

5. É o relatório.

A fls. 29, votou S. Exa. pelo *improvemento* do agravo de instrumento, ao fundamento de que o arrolamento administrativo de bens foi previsto para substituir o depósito do montante do débito, a fim de permitir que as empresas possam continuar a operar, citando acórdãos proferidos por este egrégio Tribunal, cujo teor referem-se à hipótese de alternativa da garantia ou arrolamento de bens em substituição ao depósito do valor correspondente a 30% (trinta por cento) da respectiva exigência fiscal, para fins de garantia da instância recursal administrativa.

Pedi vista dos autos, para melhor exame, feito o que os trago para continuação do julgamento.

O presente agravo de instrumento tem por objeto a reforma de decisão que concedeu a antecipação da tutela para determinar ao INSS que se abstenha de promover a inclusão do nome da autora no Cadin, bem como de providenciar sua exclusão do Refis até ulterior decisão.

Entendeu o ilustre juízo *a quo* que “a verossimilhança das alegações é inferida da desnecessidade de se adotar as temidas medidas contra a autora, porquanto as quatro notificações de débito estão garantidas pelo arrolamento operado administrativamente pelo INSS (fls. 63)” (fls.11).

O INSS defende a reforma da decisão agravada aos fundamentos:

O arrolamento não implica em transferência de domínio dos bens do contribuinte, nem mesmo instituição de ônus real a favor do instituto. Outrossim, não impedem o uso, gozo e disposição dos bens pelo proprietário, instituindo-se apenas uma obrigação de comunicação prévia ao INSS da transferência, alienação ou oneração do bem, como forma de impedir a dilapidação do patrimônio e a frustração de execução fiscal sem que haja a devida quitação do crédito previdenciário. Atente-se, ainda, que a indisponibilidade dos bens não ocorre com o arrolamento efetuado em obediência ao art. 64 da Lei 9.532/97, mas somente após o ajuizamento e decretação da competente medida cautelar fiscal pelo Judiciário (fls. 5).

Registre-se, primeiramente, que a hipótese dos autos é a de arrolamento de bens prevista no art. 64 da Lei 9.532/97 e no § 2º do art. 37 da Lei 8.212/91, não sendo, pois, o caso de arrolamento de bens como substitutivo do depósito equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do débito, para fins de garantia da instância

recursal administrativa, de que trata o Decreto 4.523/02<sup>1</sup>, como consignado no voto do eminente Relator.

Com efeito, o citado art. 64 da Lei 9.532/97 e seus §§ 3º e 4º dispõem que:

Art. 64. A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

(....)

§ 3º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 4º A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo.

Penso que razão assiste ao instituto agravante, na medida em que o arrolamento de bens previsto pelo Decreto 4.523/02 tem finalidade única e específica de garantir a instância administrativa para efeito de interposição de recurso, ao passo que a finalidade do arrolamento previsto no art. 64 da Lei 9.532/97, acima transcrito, é a de inibir o desfalque do patrimônio do devedor, sem, entretanto, impedi-lo, já que tal arrolamento não é forma de garantia do débito, nem constitui ônus real sobre os bens arrolados, obrigando apenas o devedor à comunicação ao INSS acerca da eventual alienação que vier a fazer de algum dos bens arrolados.

Ademais, sendo o objeto da antecipação de tutela, no caso de que ora se trata, a não-inclusão do nome do devedor no Cadin, bem como a sua não-exclusão do Programa de Recuperação de Crédito – Refis, merece ser visto o recente posicionamento adotado pelo colendo STJ, quanto à possibilidade de impedimento ou cancelamento da inscrição do nome de devedor em cadastro de inadimplentes, consignado no julgamento do REsp 527618/RS, da relatoria do ilustre Ministro César Asfor Rocha, que, revendo posicionamento anterior, no sentido de que a discussão do débito em juízo impediria a inscrição do nome do devedor em cadastros informativos de crédito, adotou nova orientação, conforme acórdão publicado no DJU de 24/11/03, p. 214, que restou assim ementado:

*Civil. Serviços de proteção ao crédito. Registro no rol de devedores. Hipóteses de impedimento.*

A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp's 271.214/RS, 407.097/RS, 420.111/RS), e a relativa frequência com que devedores de quantias ele-

vadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.

Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses 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.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido. (Segunda Seção, Ac. Un., *DJU* de 24/11/03, p. 214).

Nesse sentido, tem-se que, *in casu*, a despeito de o arrolamento de bens procedido pelo INSS, na espécie dos autos, não representar garantia do débito, eis que tal arrolamento não implica a indisponibilidade dos bens do devedor, conforme já dito, também não se fazem presentes os requisitos exigidos pelo precedente acima citado, a ensejarem o impedimento da inscrição do nome do devedor no Cadin, pelo que falta, no mínimo, a verossimilhança da alegação, para efeito de concessão da medida por antecipação de tutela.

Quanto à não-exclusão do Refis, venho entendendo que, verificada a inadimplência do aderente ao programa por período superior ao tolerado pela lei, não cabe a sua reinclusão, por antecipação de tutela, por falta, também, de verossimilhança da pretensão.

Isso posto, voto pelo provimento do agravo.

---

Nota

<sup>1</sup> O Decreto 3.717, de 3 de janeiro de 2001, citado no voto do eminente Relator, foi revogado pelo Decreto 4.523, de 17 de dezembro de 2002.

---

## Oitava Turma

---

**Apelação Cível**  
**2002.33.00.010596-4/BA**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso  
Apelante: Município de Abaíra/BA  
Procuradores: Dr. Sérgio Silva Reis e outros  
Apelada: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes  
Remetente: Juízo Federal da 13ª Vara/BA  
Publicação: DJ 2 de 11/03/05

---

### **Ementa**

*Tributário e Constitucional. Repasse de verbas relativas ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Decisão Normativa 38/01 do TCU. Afronta ao princípio da anualidade. Ocorrência.*

I. Os dados demográficos estabelecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, órgão que, por disposição legal, tem competência para tanto, nos termos da Lei Complementar 91/97 e da Lei 8.443/92, são oficiais.

II. A aplicação imediata da Decisão Normativa 38/01 do Tribunal de Contas da União feriu o princípio da anualidade insculpido no art. 92 do Código Tributário Nacional, bem como no Regimento Interno daquela Corte de Contas.

III. É necessária a garantia da segurança jurídica de cada Município quanto à administração econômica e orçamentária, sendo que a brusca mudança de disponibilidades financeiras durante o mesmo exercício acaba por prejudicar a vida dos munícipes.

IV. Quando for vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, não devendo se afastar, contudo, dos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC, devendo ser aferido o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, sob pena de aviltamento da atividade do advogado.

V. Apelação dos autores parcialmente provida, para se declarar a inaplicabilidade da Decisão Normativa 38/01 ao exercício de 2001 e condenar a União Federal a repassar ao Município autor as diferenças do FPM relativas aos dias 10/07, 20/07, 30/07, 10/08, 20/08, 30/08, 10/09, 20/09, 28/09, 10/10, 20/10, 30/10 do ano de 2001, invertendo-se os ônus da sucumbência.

### **Acórdão**

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por una-

nimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Federal Relatora.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 1º/03/05.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

---

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — O Município de Abaíra/BA propôs, em desfavor da União Federal, sob o rito ordinário, ação declaratória de nulidade combinada com obrigação de fazer, pleiteando a declaração de nulidade da Decisão Normativa 38/01 em relação ao Município autor, bem como o repasse das diferenças de Fundo de Participação dos Municípios relativos aos dias 10/07, 20/07, 30/07, 10/08, 20/08, 30/08, 10/09, 20/09, 28/09, 10/10, 20/10, 30/10 do ano de 2001, cujos valores teriam sido repassados a menor em face da aplicação da referida decisão normativa.

O MM. juiz *a quo* julgou o pleito improcedente por não vislumbrar os vícios apontados na inicial em torno da Decisão Normativa 38/01 do TCU, que modificou os coeficientes de cálculos das quotas do Fundo de Participação dos Municípios em função de dados censitários levantados no ano de 2000, fornecidos pelo IBGE.

Asseverou o MM. juiz sentenciante que foi com base em dados oficiais, extraídos do censo demográfico realizado pelo IBGE, que o TCU promoveu a revisão nos cálculos das quotas do FPM. Evidentemente, o parâmetro atual, mais próximo da realidade, e adequado às determinações da legislação complementar e orgânica, é muito mais seguro, equânime e democrático que uma mera estimativa, alcançando o desiderato de justiça social que preside a repartição vertical de receitas tributárias entre os entes federativos.

E, ainda, no que toca à alegada ofensa ao princípio da anualidade, assentou o magistrado de origem:

Não vislumbro qualquer descumprimento do requisito da *anualidade*, já que a revisão dos coeficientes se deu no exercício de 2001, baseada em dados colhidos em dezembro/2000, importando em redução mínima da quota do FPM destinada ao Município requerente, que pode perfeitamente ser compensada com outras receitas tributárias, ou redesignação de rubricas orçamentárias.

Irresignado, o Município autor interpõe o presente recurso de apelação, sustentando, para tanto, que, com a edição da Decisão Normativa 38/01, o Tribunal de Contas da União feriu frontalmente a Lei 8.443/92, além do princípio da anualidade, e, como corolário deste equívoco, transgrediu os princípios da segurança

jurídica e da razoabilidade.

Alega que o marco temporal adotado para a fixação dos referidos coeficientes, isto é, o dia 31 de agosto de 2001, deve ser respeitado, sob pena de se prejudicar todo o planejamento e a execução orçamentária dos Municípios.

Outrossim, aduz que a mencionada decisão normativa afronta o art. 92 do Código Tributário Nacional.

Requer, pois, o provimento do recurso, bem como a exclusão de sua condenação nos honorários advocatícios.

Contra-razões a fls. 128/139.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Por primeiro, devo ressaltar que se revestem do atributo de oficialidade os dados remetidos pelo IBGE para o Tribunal de Contas da União para efeito de cálculo das quotas do Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

Com efeito, é notório que os censos demográficos somente se realizam a cada 10 anos, sendo certo, ainda, que a previsão de revisão das quotas do FPM baseadas em informações oferecidas pelo IBGE é, por força de lei, anual.

Assim, devem ser considerados perfeitamente legítimos os referidos dados, mesmo que se tratem de estimativas, dada a impossibilidade de se realizar anualmente o censo demográfico ou, por outro lado, de se considerar os dados do último censo, que não retratam fielmente a realidade, ferindo, assim, a finalidade do preceito constitucional.

Ademais, os dados demográficos estabelecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, órgão que, por disposição legal, tem competência para tanto, nos termos do que dispõem a Lei Complementar 91/97 e a Lei 8.443/92, são oficiais.

A segunda questão controvertida cinge-se em verificar se a Decisão Normativa 38/01, que alterou os coeficientes estabelecidos pela Decisão Normativa 37/01 para serem utilizados no cálculo das quotas para distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios, desrespeitou o princípio da anualidade previsto pelo art. 92 da Lei 5.172, de 25/10/66 – Código Tributário Nacional.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

Sustenta a União Federal (Fazenda Nacional) que a referida Decisão Normativa 38/01, de 20 de junho de 2001, cuja vigência teve início em 1º de julho de 2001, foi editada com vistas a atender a função teleológica de preceito constitucional contido no art. 161 da CF, que é a redução das desigualdades sócio-econômicas entre os Municípios.

Dispõe o art. 92 do CTN:

Art. 92. Até o último dia útil de cada exercício, o Tribunal de Contas da União comunicará ao Banco do Brasil S. A. os coeficientes individuais de participação de cada Estado e do Distrito Federal, calculados na forma do disposto no art. 88, e de cada Município, calculados na forma do disposto no art. 91, que prevalecerão para todo o exercício subsequente.

O dispositivo legal supracitado comporta explicitamente, em seu bojo, o princípio da anualidade. Nesse sentido, a norma é clara quando determina que os coeficientes individuais, *que prevalecerão para todo o exercício subsequente*, devem ser comunicados pelo TCU *até o último dia útil de cada exercício*.

Não se trata apenas de mero formalismo. Sua função, pelo contrário, é garantir aos Municípios organização de seu orçamento em função das receitas provenientes do Fundo de Participação.

Frise-se que os entes atingidos pela redução das quotas, implementada pela Decisão Normativa 38/01, são, em regra, pequenos Municípios de interior, cuja principal receita orçamentária provém do repasse do Fundo de Participação.

Assim, a garantia da preservação da segurança jurídica de cada Município quanto à administração econômica e orçamentária, sendo que a brusca mudança de disponibilidades financeiras durante o mesmo exercício acaba por prejudicar a vida dos munícipes.

Nesse sentido, julgando o Mandado de Segurança 24.098/DF, recentemente (*DJ* de 21/05/04), decidiu o Plenário do Pretório Excelso, última instância competente para apreciar matéria constitucional. Por oportuno, transcrevo os percucentes fundamentos exarados pelo eminente Ministro César Peluso no referido julgamento:

Quanto ao segundo tema, penso que a Decisão Normativa 38/01 só poderia ser aplicada no exercício subsequente ao da publicação.

O art. 91 do Código Tributário Nacional estatui, com clareza, no § 3º, a periodicidade da revisão das quotas, ao usar do termo “anualmente”, e o art. 92 prescreve que as quotas fixadas até o último dia útil de cada exercício “*prevalecerão para todo o exercício subsequente*”, *in verbis*:

“(....)

Tal norma, que, dedutível à conjugação de ambos esses textos legais,

estatuí a vigência anual dos coeficientes individuais de cada Município, no período coincidente com o do exercício financeiro, vem, aliás, repetida no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, cujo art. 244 reza:

‘Art. 244. O Tribunal, até o último dia útil de cada exercício, fixará os coeficientes individuais de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no Fundo de Participação dos Municípios – FPM, para vigorarem no exercício subsequente.

Parágrafo único. Os coeficientes individuais de participação serão calculados nas formas e critérios fixados em lei e com base em dados constantes da relação que deverá ser encaminhada ao Tribunal até 31 de outubro de cada ano pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.’”

E arrematou o eminente Ministro:

E a razão óbvia é porque a coincidência entre o período anual de vigor dos índices e o exercício financeiro significa condição indispensável de segurança jurídica de cada Município, quanto à economia, à estabilidade da previsão orçamentária, à responsabilidade fiscal, em suma, ao desempenho da Administração, a qual sofreria em dano do interesse público, se lhe pudessem reduzidos ex abrupto os recursos financeiros, em meio ao exercício.

Ora, a Decisão Normativa do Tribunal de Contas da União 37, publicada em 28 de dezembro de 2000, com início de vigência em 1º de janeiro do ano seguinte, aprovou os coeficientes por observar no cálculo das quotas para a distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios, durante todo o exercício de 2001.

Mas, em 2 de julho de 2001, a autoridade baixou a Decisão Normativa 38, a qual, alterando os Anexos I a XI da Resolução 37, estipulou novos coeficientes, que deveriam ser aplicados desde logo no exercício então em curso, a partir de 1º de julho. E fez constar do Anexo IV a redução, para o restante do exercício, dentre outros, do índice de participação do ora impetrante (fls. 73/75).

Está claro, pois, que a aplicação imediata da Decisão Normativa 38 insultou aquela regra da anualidade, constante da combinação dos textos dos arts. 91, § 3º, e 92, ambos do Código Tributário Nacional, e do art. 244 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, ferindo, por consequência, o direito líquido e certo do impetrante de ver mantida, durante todo o exercício financeiro, a participação predeterminada pelo índice anterior, fixado pela Decisão Normativa 37/00.

Este egrégio Tribunal também já teve oportunidade de apreciar a matéria, na oportunidade do julgamento da Apelação Cível 2001.33.00.018893-7/BA, Relator Des. Federal Hilton Queiroz.

No que toca aos honorários advocatícios, dada a sucumbência do autor em parcela mínima do pedido, inverte os ônus da sucumbência para condenar a Fazenda Nacional na verba honorária, que ora fixo em 10% sobre o valor da conde-

nação, pelo que passo a expender.

Assim dispôs o Código de Processo Civil brasileiro, nos termos de seu art. 20:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º *Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:*

*a) o grau de zelo do profissional;*

*b) o lugar de prestação do serviço;*

*c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

§ 4º *Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.*

§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor. (sem grifo no original)

De fato, há disposição expressa de que, nessa hipótese, a União há de ser condenada nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, que desvincula a aludida condenação dos parâmetros estabelecidos pelo § 3º do mesmo artigo, quais sejam o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, remetendo, todavia, os critérios de aferição do trabalho desenvolvido pelo patrono da parte vencedora ao estabelecido nas alíneas contidas no art. 20, § 3º, *a, b, e c*.

Remetendo à equidade para a avaliação do que seja devido ao procurador da parte vencedora, o legislador buscou evitar o enriquecimento sem causa, nas hipóteses de valor inestimável; o aviltamento da atividade advocatícia, nos casos de valor ínfimo; e a excessiva onerosidade do Estado, com vistas a homenagear a supremacia do interesse público em detrimento do interesse particular, especial-

mente diante de causas repetidas exaustivamente.

Entretanto, entendo que a apreciação do valor que bem remunera a atividade do advogado não deve se afastar dos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC, devendo ser aferido o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Não se pode ignorar a responsabilidade do advogado que se compromete com seu cliente em causa de vultoso valor, visto que a saúde financeira de seu patrocinado certamente dependerá de seu êxito. Desse modo, o grau de zelo exigido do advogado é consideravelmente superior, devendo ser considerado para a aferição da condenação em sucumbência.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação dos autores, declarando a inaplicabilidade da Decisão Normativa 38/01 ao exercício de 2001, e condenando a União Federal a repassar ao Município autor as diferenças do FPM relativas aos dias 10/07, 20/07, 30/07, 10/08, 20/08, 30/08, 10/09, 20/09, 28/09, 10/10, 20/10, 30/10 do ano de 2001, invertendo os ônus da sucumbência.

É o voto.

## Segunda Turma Suplementar\*

---

### Apelação Cível

**1999.01.00.040000-7/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz  
Apelante: Eduardo Jorge Caldas Pereira  
Advogados: Dr. Bernardo Botelho Pereira de Vasconcelos e outro  
Apelante: Luciana Cardoso  
Advogado: Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira  
Apelante: União Federal  
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
Apelados: Ismael José César e outros  
Advogados: Dr. Ubirajara Arrais de Azevedo e outros  
Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara/DF  
Publicação: DJ 2 de 03/03/05

---

N.E.: As Turmas Suplementares, de existência transitória, foram instituídas pela Resolução 5, de 21/03/01.

## Ementa

*Constitucional. Ação popular. Moralidade jurídica (CF/88: art. 37, caput). Nomeação de filha de presidente da República para adjunto da Secretaria-Geral da Presidência. Lesividade ao patrimônio jurídico.*

I. A inserção de racionalidade moral, altamente legitimada em expectativa cognitiva social transformada em normativa e condensada no art. 37 da Carta, confere o nível conceitual da moralidade jurídica voltada para bloquear atos lesivos dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), que o consenso popular brasileiro exige do agir de seus agentes públicos.

II. A pressão seletiva social assim plasmada no art. 37 da Carta, presente, portanto, no Estado de Direito brasileiro, afasta a atuação de agente público ocupante do cargo de secretário-geral da Presidência da República no sentido de nomear a filha do presidente da República para o cargo de adjunto da Secretaria-Geral da Presidência, porque isso implica um agir ocultamente estratégico voltado para a satisfação de interesses pessoais e não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa.

III. Apelações e remessa oficial não providas.

## Acórdão

Decide a Segunda Turma Suplementar, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial.

2ª Turma Suplementar do TRF-1ª Região – 15/12/04.

Juiz *Carlos Alberto Simões de Tomaz*, Relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz:* — Sob julgamento apelação de sentença que julgou procedente em parte o pedido formulado por Ismael José César e outros, nos autos da ação de rito ordinário ajuizada em desfavor do secretário-geral da Presidência da República, da União e de Luciana Cardoso, em que objetiva a anulação do ato de nomeação de Luciana Cardoso, filha do então Presidente da República, no cargo de comissão de adjunto do Gabinete da Secretaria-Geral da Presidência da República, bem como a condenação da beneficiária à devolução das parcelas recebidas, a título de remuneração.

O ilustre Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal rejeitou as preliminares e fundamentou sua decisão no fato de que o ato de nomeação

era defensável sob o enfoque do princípio da legalidade, pois a subordinada não guardava qualquer grau de parentesco com o chefe, conforme art. 117, VIII, da Lei 8.112/90. Em face do princípio da moralidade, todavia, considerou que a aplicação prática do princípio, disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, era indispensável para fins de nomeação de cargos em comissão, ou seja, a norma do inciso II do art. 37 da Constituição Federal sujeitava-se à prescrição do *caput*. Concluiu pela suscetibilidade da declaração da inconstitucionalidade do art. 117, VIII, do RJU, pois não cuidou de precaver-se contra as burlas ao princípio da moralidade. Não colheu o argumento dos réus de que a moral administrativa diferia da moral comum. Afastou a condenação em perdas e danos, visto que não houve prejuízo ao erário. Arbitrou honorários advocatícios de duzentos reais.

Eduardo Jorge Caldas Pereira, Secretário-Geral da Presidência da República, em suas razões de apelação, alegou que o ato administrativo não era ilícito nem lesivo e não atentava contra o princípio da moralidade. Argüiu que a sentença não analisou por inteiro as preliminares levantadas, em especial a de inépcia da inicial. Aduziu que não existia qualquer fundamento para a propositura da ação popular, pois esta não preenchia os três requisitos necessários para sua viabilização, quais sejam, condição de eleitor, ilegalidade e lesividade. Sustentou que a ré preenchia os requisitos para o exercício da função, uma vez que sua capacidade não foi questionada.

Luciana Cardoso, por sua vez, alegou que a sentença não examinou as preliminares submetidas na contestação e pediu acolhimento a estas. Argüiu que a sentença não atentou às razões meritorias oferecidas em contestação afirmando que foi nomeada pelo então Secretário-Geral da Presidência da República para o cargo de adjunto daquele órgão e não para adjunto do Gabinete do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, como afirmaram os autores. Ressaltou, ainda, a moralidade e legalidade do ato administrativo.

Por fim, a União alegou que a nomeação da ré para o cargo estava de acordo com o art. 117 da Lei 8.112/90 e que o princípio da legalidade não deixou de ser observado. Argüi que, segundo os princípios administrativos, a autoridade competente agiu de acordo com os moldes legais e que o ato de nomeação não contrariou os princípios constitucionais de legalidade e moralidade.

E aqui está o processo sem as contra-razões.

É o relatório.

### Voto\*

---

N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes.

---

*O Exmo. Sr. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz: —*

### **1. Inépcia da inicial: inexistência**

A petição inicial não é inepta e essa preliminar foi sucintamente afastada pela MMA. juíza *a quo*.

O pedido formulado decorre dos fundamentos da Lei 4.717/65, não deixando dúvida de que o autor pretende anular o ato de nomeação da Luciana Cardoso para a assessoria do próprio pai na esfera da Administração Pública direta, sob a alegação de que o princípio da moralidade administrativa foi ofendido frontalmente.

### **2. Extinção do processo**

A preliminar não deve ser conhecida.

De fato, o advogado da apelada – Luciana Cardoso – não leu atentamente a sentença, porque se tivesse lido teria percebido que a questão da restituição ao erário das parcelas recebidas foi apreciada pela juíza *a quo* em favor de sua cliente, quando afastou a condenação ao fundamento de que “ao ordenamento jurídico repugna a prestação de serviço de modo gracioso, o que gera o enriquecimento ilícito”, pelo que não se pode falar em extinção do processo.

### **3. Desvio de finalidade da ação**

Na verdade, não se trata de uma questão preliminar, pois é preciso verificar se a ação é fundada, ou não, o que apenas o exame de mérito poderá demonstrar.

### **4. Merecimento da causa**

Enfrentando com acuidade a questão, a ilustre Juíza Federal Substituta, Dra. Lana Lígia Galati, abordou com clareza e precisão inexoráveis o princípio da moralidade jurídica. Vale exposto, ao fito esclarecedor, o seguinte excerto da sentença (fls. 174/178):

No mérito, a questão posta deve ser observada sob duplo prisma: legalidade e moralidade.

Do ponto de vista da legalidade, cabe invocar o art. 117, VIII, do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – RJU), cuja redação é a seguinte:

“Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil:

(...)”

Atento aos estritos termos da dicção do dispositivo, afeiçoa-se legal o ato, porquanto o chefe imediato da Sra. Luciana Cardoso é o sr. secretário-geral, que não guarda qualquer relação de parentesco com a subordinada.

Em face, portanto, do princípio da legalidade, o ato e nomeação é defensável.

Sob o enfoque do princípio da moralidade, a análise do caso posto encerra maior complexidade.

O legislador constituinte de 1988 fez constar do art. 37 da Carta vigente o princípio da moralidade, *verbis*:

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

(....)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão* declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(....)”

À leitura do inciso II verifica-se que a nomeação também não contraria a Constituição, porquanto incluída no rol dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo Poder Público.

No entanto, não pode ser ignorado o *caput* do mesmo dispositivo legal, onde encontra-se inserto o princípio da moralidade.

Confrontando o inciso II com o *caput* seríamos tentados a identificar um conflito entre as disposições: livre nomeação X moralidade. Obviamente que tal conflito não existe, pois, caso contrário, estaríamos admitindo a possibilidade de contratação imoral para a nomeação relativa a cargo em comissão, enquanto que, na realidade, o que sucede é a obrigatoriedade da livre nomeação observar o princípio da moralidade, visto que a função do princípio é “orientar e influenciar a interpretação e a aplicação das demais normas jurídicas, que têm o *status* de simples regras, bem como, por isso mesmo, de todos os atos do Poder Público” (Canotilho, 1992: 177).

Quanto ao art. 117, VIII, do RJU, em face do princípio constitucional da moralidade, temos a concluir pela suscetibilidade da declaração da inconstitucionalidade deste dispositivo, pois não cuidou de precaver-se contra as burlas ao princípio da moralidade passíveis de realização. E, o que é mais grave, serve de amparo legal para o dribble de situações que ele mesmo intenta prevenir.

Incontestável a impossibilidade de aplicar dispositivo infraconstitucional, desatendendo-se ao estatuído na Constituição Federal, visto que esta é o fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Hoje, a quase totalidade da doutrina consagra a indissociabilidade entre a legalidade e a moralidade. Conhecido escólio doutrinário de autoria do mestre Hely Lopes Meirelles dispõe que:

“O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em favor de legalidade. Daí por que o TJSP decidiu, como inegável acerto, que ‘o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.’

Com esse julgado pioneiro, a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça como necessária à validade da conduta do administrador público.”

A moralidade como parâmetro de conduta deve ser exigida de todo servidor público, mas principalmente dos agentes políticos, pois quanto mais alto o grau de hierarquia do Estado, mais sujeito está às vicissitudes de toda natureza. Ademais, em se tratando de nomeação para cargos em comissão, a observância do princípio aludido deve ser mais cara, já que a disposição do alto escalão é que eles se colocam.

Não colhe o argumento posto pelos réus, segundo o qual a moral administrativa difere da moral comum. Como bem assinalou o parecer ministerial, “só se pode conceber uma moral própria da Administração se ela for mais rígida do que a moral popular, pois esta nem sempre se detém nas sutilezas e complexidades jurídicas que a Administração deve observar, de modo que pode tender, por vezes, a condescender com atitudes admissíveis para o homem médio, mas injustificáveis sob a ótica jurídico-administrativa.”

A recíproca, no entanto, é bem mais facilmente compreensível, isto é, ferirão a moral administrativa aqueles atos que ofendam também a moral comum. Maria Sylvia Zanella di Pietro concorda: “Mesmo os comportamentos ofensivos da *moral comum* implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa (cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 1974:11)”

Conduta como a impugnada pelos autores populares trazem indiscutivelmente repercussão social de cunho negativo. O fato nunca passa despercebido pelos meios de comunicação, que encontra eco na opinião popular.

A despeito de corriqueira a nomeação de parentes na história brasileira, cumpre aguçar, no momento político atual, a sensibilidade para perceber as mudanças operadas na sociedade. Tornou-se mais intensa a participação popular no zelo da coisa pública, como se pode notar pelas incontáveis ações populares propostas atualmente. Fortaleceu-se a voz popular. Enfraqueceu-se o arbítrio das altas autoridades.

É imanente, diante da fundamentação apresentada, a perpetração de ofensa ao princípio da moralidade.

Tendo em vista que o princípio, seja ele explícito ou implícito, presta-se

a orientar a interpretação da norma e ainda que necessite de análise em face do caso concreto para obter aplicabilidade, é inafastável do que a norma do inciso II do art. 37 da Constituição Federal sujeita-se à prescrição do *caput*, quanto à aplicação prática do princípio da moralidade, sendo indispensável a observância para fins de nomeação de cargos em comissão.

Por outro lado, por força da decisão do Tribunal Regional Federal, que cassou a liminar concedida pela MM. Juíza Titular desta Vara, Dra. Selene Maria de Almeida, é de se supor que a nomeada prestou serviços durante este período, desempenhando a função para a qual foi nomeada. Ao ordenamento jurídico repugna a prestação de serviços de modo gracioso, o que gera o enriquecimento ilícito. Por este mesmo motivo fica afastada a condenação em perdas e danos, visto que, em tese, não houve prejuízo ao erário.

Ante o exposto, julgo procedente, em parte, o pedido para decretar a nulidade da Portaria 1.201, de 26 de outubro de 1995, do secretário-geral da Presidência da República que nomeou a Sra. Luciana Cardoso para o cargo de adjunto do Gabinete do secretário-geral da Presidência da República.

Tem razão S. Exa. Em reforço desejo aduzir tão apenas que o Direito moderno perdeu efetivamente a fundamentação moral de caráter religiosa ou sacra para admitir numa nova dimensão a conclamação por uma fundamentação moral jurídica. Impende, a partir daí, precisar em que consiste essa hodierna fundamentação moral jurídica que impregna o Direito moderno.

Para tanto, retomo, porque absolutamente pertinente, a lição de Niklas Luhmann<sup>1</sup> para quem o Direito moderno deve ser compreendido como controle das expectativas sociais normativas. O que o sempre lembrado sociólogo do Direito, de origem alemã, quer dizer com isso é que a sociedade moderna é caracterizada por uma complexidade de expectativas orientadas para satisfação de interesses. Quanto mais complexa é a sociedade, mais complexas são as expectativas de seus membros, cabendo ao Direito condensar tais expectativas de modo a afastar a sua frustração, donde advém a função de controle da ciência jurídica.

Significa dizer, voltando para atual situação do Estado brasileiro, que constitui uma expectativa normativa do povo brasileiro a de que seus agentes públicos atuem no campo da moralidade. A Constituição de 1988 condensou essa expectativa, primeiro de natureza cognitiva, porque, sem dúvida, ela é da maior parte dos brasileiros, que almejam que assim seus agentes atuem, e a transformou numa expectativa normativa, quando no seu art. 37 estabelece que a Administração Pública deve atuar dentro do campo da moral. E assim o fez, revelando a função controladora do Direito para inibir a frustração dessa expectativa. Se assim é, caberá ao Poder Judiciário, diante de caso em concreto, estabelecer mecanismo para remediar a expectativa normativa frustrada, o que significa dizer, trazer para o campo da moralidade o agente que se desviou, e evitar, com isso, que o código binário do Direito (lícito/ilícito) seja bloqueado por códigos binários de outros

sistemas sociais, como a política (poder/não poder) ou a economia (ter/não ter).

Com efeito, a moralidade foi alçada na Carta no âmbito da função controladora exercida pelo Direito como um princípio, portanto com muito maior densidade do que as regras, porque aquele serve de paradigma, de orientação, para a aplicação dessas.

Como um princípio, a moralidade na Constituição de 1988 é, portanto, racional, material e reflexiva. Significa dizer que, a partir da positivação, as ações dos agentes do Estado devem subordinar-se ao consenso político da sociedade vazado na Carta, exigindo que a autoridade ao agir, sob a perspectiva do princípio, retoma a satisfação da vontade da coletividade que o elegeu para satisfação de uma expectativa. Daí a reflexibilidade do princípio que há, necessariamente, de adquirir contorno material e não apenas restar paralisado na forma expressa na Carta.

Isso exige, sem dúvida, da parte dos agentes do Estado uma ação comunicativa voltada para um agir instrumental, nos atos de fala, de pretensão, de agir e de validade direcionados para a satisfação do princípio que expressa, em última análise, o interesse social comum, como sustenta Habermas<sup>2</sup>.

Não pode é o agir dos agentes se tornar estratégico, seja abertamente estratégico, seja ocultamente estratégico, quando não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa, voltar-se para a satisfação de interesses pessoais bloqueadores dos níveis de validade de correção: sinceridade, verdade e retidão.

Insta quadrar, nessa conformidade, que a conduta de um agente público brasileiro, secretário-geral do presidente da República, que nomeia a filha do próprio presidente da República para o cargo de secretário adjunto da Presidência da República, revela um agir no âmbito do sistema político bloqueador dos níveis de validade (sinceridade, verdade e retidão) da expectativa de conduta alçada no consenso normativo vazado no art. 37 da Carta.

De fato, não é o presidente que está formalmente nomeando sua filha, todavia, a filha do presidente é nomeada adjunta da Secretaria-Geral da Presidência e, obviamente, prestará assessoria a seu pai adjuntamente com o secretário-geral.

Evidencia-se, a todo modo, a conduta estratégica, já que agride abertamente a moralidade o presidente da República nomear sua própria filha secretária-geral da Presidência e, portanto, busca-se disfarçadamente, isto é, sob o pálio de um agir estratégico oculto desprovido dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), nomeá-la de forma oblíqua sob o manto da condição de secretário adjunto.

A moralidade jurídica assim concebida implica uma correspondência da

proposição normativa com a realidade, ou seja, com o consenso no qual deve se lastrear todo o agir comunicativo da parte dos agentes públicos, na hipótese destes autos, flagrantemente violada porque o consenso plasmado na vontade coletiva do povo brasileiro não admite mais tais condutas e, com isso, válida e legítima a moralidade jurídica tal qual vazada no art. 37 da Carta.

Assim, não há dúvida de que a conduta do réu Eduardo Jorge Caldas Pereira agride a moralidade jurídica, como igualmente a conduta do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, que anuiu com a nomeação não tomando qualquer medida para infirmá-la na exata extensão em que atendeu a seus interesses pessoais. Lamentavelmente, a ação também não foi deduzida contra o ex-Presidente da República, de modo que o comando emergente da posição que venha a ser sacramentada neste processo apenas atingirá, em razão dos limites da coisa julgada, os réus que figuram na relação processual.

Evidencia-se, desde aí, a lesividade ao patrimônio jurídico do Estado de Direito brasileiro a justificar a propositura da ação popular.

Assim expostos os fundamentos afetos ao meu convencimento, voto pelo não-provimento das apelações e da remessa oficial.

---

#### Notas

<sup>1</sup> *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. I, p. 45/66.

<sup>2</sup> *Teoría de la accion comunicativa*, tomo I, Madrid, 1987, p. 351/369; *Conciencia moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro, 1989, p. 164/172.

---

## Terceira Turma Suplementar

---

### Remessa *Ex Officio* no Mandado de Segurança

**94.01.10095-0/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira  
 Autora: Associação Nacional de Defesa Vegetal – Andef  
 Advogados: Dr. Aldir Guimarães Passarinho e outros  
 Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais  
 Renováveis – Ibama  
 Procuradores: Dr. Dirluci Alves Sarges e outros  
 Remetente: Juízo Federal da 16ª Vara/DF  
 Publicação: DJ 2 de 03/03/05

---

#### Ementa

---

*Administrativo. Portaria Ibama 349/90. Agrotóxico. Proibição de exames laboratoriais realizados fora do País. Fixação de prazos. Ilegalidade. Lei 7.802/89.*

I. A Lei 7.802/89 não faz distinção entre exames de laboratórios nacionais e estrangeiros para o fim de instruírem pedidos de registro de produtos agrotóxicos, razão pela qual a autoridade administrativa competente não pode impor, à margem da lei, prazos de validade dos laudos estrangeiros.

II. Remessa oficial não provida.

### Acórdão

Decide a Terceira Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial.

3ª Turma Suplementar do TRF-1ª Região – 09/12/04.

Juiz *Vallisney de Souza Oliveira*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira:* — Trata-se de remessa oficial em face de sentença de fls. 143/147, do MM. Juízo da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em mandado de segurança com pedido de liminar, impetrado pela Associação Nacional de Defesa Vegetal – Andef, contra ato do diretor de Controle e Fiscalização – Dircof, do Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, consubstanciado nos termos da Portaria Normativa 349/90, que definiu que os laudos necessários para o registro de agrotóxicos seriam feitos apenas em laboratórios nacionais e que definiu prazo para a validação dos referidos registros.

Acredita o impetrante que a autoridade, ao fazer tais exigências, burlou fundamento legal, ferindo disposto no inciso II do art. 5º da CF/88.

Entendendo que a segurança não seria prejudicada, o juízo *a quo* indeferiu a liminar (fls. 119).

Em informações prestadas, a autoridade coatora reconhece que as restrições impostas pela Portaria exorbitam a norma superior.

Acreditando assistir razão ao impetrante, o juízo *a quo* assim decidiu:

*Ex positis*, com supedâneo nas duntas razões e legislação suso citadas, julgo procedente a ação para conceder a segurança nos seguintes termos:

- 1 – eliminação do prazo de 2 anos da validade dos laudos estrangeiros;
- 2 – possibilidade da utilização ou uso de exames laboratoriais reali-

zados no exterior, para fins de comprovação de adequação dos defensivos agrícolas às especificações da legislação brasileiras, em especial na fase de obtenção de registros, facultada à autoridade impetrada a recusa dos laudos estrangeiros, em cada caso, quando comprovado cientificamente que os testes estrangeiros dos agrotóxicos, por não corresponderem à realidade brasileira, não retratem os seus efeitos no País.

Sem recurso voluntário, os autos subiram a esta Corte em remessa oficial.

O MPF, em parecer de fls. 152/156, opina pelo improvimento da remessa oficial.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira* : — A sentença não merece nenhuma reforma. A portaria em questão regulou assunto que só caberia ao legislador, violando o princípio da legalidade adotado na Carta Magna (inciso II do art. 5º, CF/88).

Ao prestar informações, a própria autoridade coatora admite que a portaria não possui fundamento legal, já que tal questão só poderia ser regulada por ato normativo.

Todavia, como ressaltou o juízo sentenciante, a autoridade pode recusar os laudos, quando comprovado cientificamente que os resultados não correspondem à realidade brasileira.

Ante o exposto nego provimento à remessa oficial.

---

\* N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Antônio Cláudio Macedo da Silva.

## Breviário

**Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na *internet*.**

---

**Conflito negativo de competência. Mandado de segurança. Conexão com outro *writ*. Extinção do primeiro. Prevenção. Provimento 3/02 da Corregedoria-Geral do TRF. Inaplicabilidade.**

Inexiste a prevenção relativamente a mandado de segurança já extinto, pois,

efetivamente, a única previsão legal deste instituto para os casos de extinção do processo refere-se a pedido de desistência, conforme disposto, taxativamente, pelo art. 253, inciso II, do CPC.

O Provimento 3/02 da Corregedoria-Geral deste Tribunal não configura instrumento hábil par elastecer as hipóteses descritas na lei processual civil, sob pena de ultrapassar os limites fixados taxativamente e criar nova regra para o instituto da prevenção.

CC 2004.01.00.019008-9/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 4ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 03/03/05

### **Execução fiscal. Exceção da pré-executividade. Ilegitimidade passiva do sócio (responsável tributário) demanda dilação probatória(embargos do devedor).**

A execução fiscal, espécie de “processo de execução”, é instruída unicamente com o título executivo. Nada mais. Decorre do direito de ação da Fazenda Pública redirecionar a execução contra o sócio reputado, nos termos da lei, co-responsável tributário, não cabendo ao juiz, nesse momento, nenhum juízo de valor, senão que, no momento próprio (embargos), resolver eventual recusa da “responsabilidade” em sede de contraditório (para ambas as partes).

AgTAg 2004.01.00.049523-2/MG

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/03/05

### **FGTS. Execução. Expurgos inflacionários. Refazimento dos cálculos de recomposição de contas do FGTS. Juros progressivos concedidos em outra decisão transitada em julgado. Incidência. Critério formal. Possibilidade.**

Em execução relativa à recomposição do saldo de contas vinculadas do FGTS, não ofende a coisa julgada o cálculo em que se incluiu taxa progressiva dos juros assegurada em outro processo transitado em julgado, pois a utilização de tal critério na apuração das diferenças tem mero caráter formal.

Ag 2003.01.00.004588-2/DF

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/03/05

### **Finsocial. Afirmção (não verdadeira) em DCTF de suspensão judicial da contribuição. Lançamento *ex officio*. Decadência não configurada.**

Se o contribuinte declara em fomulário próprio (Declaração de Contribuições

e Tributos Federais – DCTF), que é confissão de débitos e, por isso, tem como presunção a veracidade das informações que é dever inarredável do contribuinte, que o crédito tributário se encontra com exigibilidade suspensa por medida judicial, não poderá ele, sem retificar sua informação, alegá-la ao depois não verdadeira para, assim, obter vantagem consistente na obstaculização, por decadência, do lançamento do crédito tributário.

AMS 2003.30.00.002795-4/AC

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ 2* de 04/03/05

**Servidor Público. Militar. Transferência para a inatividade. Lei 8.237/91, art. 58. Mudança de domicílio. Dependentes. Matrícula compulsória em instituição de ensino superior. Possibilidade.**

Ao servidor militar que teve seu domicílio alterado em decorrência do interesse da Administração é assegurada a matrícula sua e de seus dependentes em instituições de ensino superior na nova localidade, independentemente de vaga ou do período.

AMS 2001.38.01.000774-0/MG

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *DJ 2* de 07/03/05

# Monografia

## O Controle Externo do Poder Judiciário: Quem Controlará o Controlador?

Sólon Lopes Pereira\*

### Introdução

O presente trabalho versa sobre assunto polêmico: “O controle externo do Poder Judiciário: quem controlará o controlador?” A única resposta possível em

\*1º colocado, na categoria universitário, do VII Concurso Nacional de Monografias do TRF-1ª Região.

face da Constituição Federal Brasileira de 1988 é: o povo.

Não obstante as mais altas autoridades brasileiras já terem expressado suas opiniões, sendo notória a divergência de opiniões, pretende-se aqui apenas demonstrar que o controle externo do Poder Judiciário, como de qualquer dos outros dois Poderes, foi cuidadosamente pensado pelo constituinte brasileiro, que criou uma sistemática complexa de controle que se efetiva na tripartição do *poder* da União; no controle da Administração Pública pelos entes de controle administrativo, no controle dos atos jurisdicionais *interna corporis* (duplo grau de jurisdição e corregedoria dos tribunais) e pela via externa (publicidade dos atos jurisdicionais, fiscalização da lei pelo Ministério Público, fiscalização do advogado e da Ordem dos Advogados do Brasil e por meio da possibilidade de *impeachment* do presidente do Supremo Tribunal Federal); e, por fim, pelo controle social, que é a única parte do mecanismo criada para permitir que ele mesmo – povo – continue soberano sobre todos os demais elementos do controle, o que se tem mostrado eficaz para a repressão de atos públicos inquinados pela corrupção.

Assim, se o povo, legítima origem do *poder*, representado pela Assembléia Constituinte, já criou uma sistemática para o controle do Poder Judiciário, que envolve atividades internas e externas de entes variados, vinculados a uma série de princípios igualmente estabelecidos na Constituição, basta que essa sistemática seja aplicada adequadamente para proporcionar o controle desejado, visto que o delegante não deixou nenhuma autorização para que seus delegados inovassem, distorcendo seu propósito.

## II. O poder do povo e seus instrumentos de controle

Se *poder* é faculdade e força para realizar algo; se *poder* está associado a alguém (ou grupo de pessoas) que o possui e pode exercê-lo, livremente; logo quem detém o *poder* pode submeter aquilo que lhe está subordinado à sua própria vontade – estabelecendo o que deve e o que não deve ser feito.

Se “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º da Constituição Federal), todo poder pertence à União. Mas, quem é, afinal, a União?

Segundo José Afonso da Silva, a União “é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação às unidades federadas (ela é a unidade federativa, mas não é unidade federada) e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro.”<sup>1</sup>

Em outras palavras, a União, detentora de todo o *poder*, representa a sobe-

rana vontade de todos. É bom conferir o preceituado no art. 1º e parágrafo único, da Carta Magna, *in verbis*:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito....

Parágrafo único. *Todo poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (o grifo não consta do original)

Sendo o *poder* do povo, este pode delegá-lo, valendo-se da formação de uma Assembléia Constituinte para pôr em prática a sua vontade. “É, portanto o poder constituinte da nação soberana, seu exercício único e exclusivo pelo povo, ou por suas constituintes, aquele que cabe na legítima tradição constitucional do país.”<sup>2</sup>

Em resumo, o resultado da conjugação constitucional vista é o seguinte:

- a) se a União é detentora de todo *poder*;
- b) se todo *poder* vem do povo;
- c) logo, a União é a soma do *poder* que vem do povo.

Esse é o raciocínio da lógica democrática. Ora, se o *dono original do poder* é o povo, é dele, também, a faculdade de controlar, inclusive aquele a quem delegou o exercício do controle, seja político, administrativo ou judicial.

Quanto ao controle externo do Judiciário, que é o foco deste estudo, alguém diria: vamos criar um conselho composto por um nobre membro do Poder Judiciário, outro do Poder Legislativo, outro do Poder Executivo, outro do Ministério Público Federal e outro da Ordem dos Advogados do Brasil. Tudo estaria certo se esses membros não pertencessem a nenhum dos Poderes controlados, pois, na prática, ter-se-ia um dileto grupo decidindo o que controlar de si mesmo, conciliando o interesse de cada um e, quiçá, negociando o descontrole como bons amigos, pois, afinal, todos podem falhar.

Qualquer controle, dito externo, composto por membros escolhidos entre os controlados não é legítimo aos *olhos* do Constituinte, que é o soberano titular do *poder*. A Carta Constitucional escrita pela Assembléia Constituinte não concebeu esse tipo de controle, não porque tenha se esquecido dessa importante tarefa, mas porque criou uma estrutura diferente para o exercício do controle, a qual é lógica e bem lançada. Importa, apenas, que seja observada.

De modo simples e objetivo, mas com base na ordem constitucional, segue a estrutura instrumental de controle privilegiada pelo constituinte:

- a tripartição do *poder*;
- o controle na Administração Pública;
- o controle dos atos jurisdicionais;

- o controle social.

É essencial, portanto, verificar o alcance de cada um desses elementos estruturais, para que se possa certificar da sua capacidade de satisfazer plenamente o seu autor – o povo.

### III. Tripartição do poder

Fixando, primeiramente, a idéia de que o poder constituinte é o *poder* cujo titular é o povo, deve-se observar as palavras de um mestre – J.J.Gomes Canotilho<sup>3</sup>:

O problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática. Povo, porém, não é um conceito unívoco mas plurívoco (F. Müller). Só o *povo* entendido como um sujeito constituído por pessoas – mulheres e homens – pode “decidir” ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder constituinte significa, assim, *poder constituinte do povo*.

O *poder* tripartido foi a opção do constituinte brasileiro, que se valeu da experiência colhida no passado. Segundo José Afonso da Silva “O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rosseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu”<sup>4</sup>. Esse modelo, inspirado em Montesquieu (os contrapoderes – um freio para o *poder*) foi estabelecido para evitar o arbítrio dos governantes, entre eles mesmos e os governados.

Acrescenta Celso Ribeiro Bastos que “a par da já mencionada superação da doutrina clássica de divisão de poderes proposta por Montesquieu, que se pautava numa repartição rigorosa de funções, mais recentemente tem a doutrina identificado também como essencial a função de controle. Dessa forma, teríamos o poder de julgar, de legislar e de administrar (governar), tal como a proposta tradicional preconiza, e o poder de controle.”<sup>5</sup>

Desejou, portanto, o constituinte brasileiro, a interação que objetiva o estabelecimento do mecanismo de *checks and balances* (freios e contrapesos), também lecionado por Canotilho<sup>6</sup>, *in verbis*:

Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controle recíproco do poder (*checks and balances*) e uma *organização jurídica de limites* dos órgãos do poder. A ordenação funcional separada deve entender-se como uma *ordenação controlante-cooperante de funções*.

Dessas palavras depreende-se que a tripartição do *poder* colabora com o necessário equilíbrio para a realização do bem coletivo. O *poder*, de fato, está

tripartido, mas o propósito é, em última análise, único – o bem coletivo, desejado por quem delegou o *poder*.

Dalmo de Abreu Dallari afirma que “o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum....”<sup>7</sup>

Com base nos ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>8</sup> não é difícil perceber na realidade constitucional brasileira as linhas que traçam esse propósito de freios e contrapesos. Por um lado temos que a independência entre os poderes é manifestada pelo fato de cada Poder extrair suas competências da Carta Constitucional, depreendendo-se, assim, que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não necessitam da confiança nem da anuência dos outros Poderes. No exercício das próprias atribuições os titulares não precisam consultar os outros, nem necessitam de sua autorização e que, na organização das atividades respectivas, cada um é livre, desde que sejam verificadas as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Por outro lado, foi a Carta Magna que estabeleceu que a criação de normas gerais e impessoais é função do Poder Legislativo, mas permitiu a interferência do Poder Executivo na elaboração das normas jurídicas, seja propondo leis, seja pela sanção ou, ainda, pelo veto. Também, a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela prerrogativa do Congresso em poder apresentar alterações ao projeto por meio de emendas e até rejeitá-lo. Por sua vez, o presidente da República tem o poder de veto, que pode ser aplicado a projetos de iniciativa dos deputados e senadores como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em contrapartida, o Congresso Nacional, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, tem o direito de rejeitar o veto, restando para o presidente do Senado promulgar a lei nos casos em que o presidente da República não o fizer no prazo previsto<sup>9</sup>.

Prosseguindo, não podendo o presidente da República interferir na atividade legislativa, para obter aprovação rápida de seus projetos, facultou-lhe a Constituição determinar prazo para sua apreciação, conforme prevêm os termos dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal.

Quanto aos tribunais, embora não possam interferir no Poder Legislativo, podem declarar a inconstitucionalidade das leis, desde que provocados, o que não deixa de ser uma forma de controle de atos legislativos.

O presidente da República, mesmo que entenda que o Poder Judiciário é uma “caixa preta” não pode interferir na atividade jurisdicional. Em compensação tem a prerrogativa constitucional de nomear os ministros dos tribunais superiores, de-

pendente do controle do Senado Federal, que deve aprovar a indicação.

Como visto, quando o constituinte decidiu que o *poder* para realizar seus interesses seria desconcentrado, quis que os Poderes constituídos, além de funcionarem de modo harmônico, se controlassem mutuamente.

Pode-se citar, ainda, outra característica da tripartição do *poder*: como autonomia não significa independência, o bom funcionamento de um Poder depende do bom funcionamento dos demais e qualquer desarmonia é sentida pelo titular do *poder*, que exerce uma pressão controladora para que a harmonia se estabeleça. Exemplo: o Poder Judiciário, para distribuir a justiça, depende do Poder Legislativo para aprovar seu orçamento anual e do Poder Executivo para arrecadar os recursos financeiros que serão destinados à realização desse orçamento. Se o Poder Executivo falhar, prejudicará o funcionamento do Poder Judiciário na distribuição da justiça, o que afeta a sociedade, que, certamente, exercerá pressão para a correção da desarmonia.

Como demonstrado, as manifestações do mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*), harmoniza os Poderes no Estado brasileiro estabelecendo um discreto, mas efetivo, controle entre os Poderes. É discreto, pois está disciplinado pela harmonia que exige não a rigidez de outrora, mas uma colaboração entre os Poderes, pautada na cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. Sobre o assunto complementa José Afonso da Silva, nos seguintes termos:

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.<sup>10</sup>

Eis, portanto, o primeiro mecanismo constitucional para exercer controle externo sobre o Poder Judiciário.

#### **IV. O controle na Administração Pública**

A Administração Pública, seja direta, indireta ou fundacional, está sujeita a controles internos e externos. Interno é o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. Externo é o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro, ou seja, é efetuado por órgãos alheios à Administração local<sup>11</sup>. Assim, o controle, quanto ao órgão que o exerce, pode ser administrativo, legislativo ou judicial<sup>12</sup>.

## **1. O controle administrativo**

Conhecido na esfera federal como supervisão ministerial, é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação. Abrange os órgãos da Administração direta (centralizada) e indireta (descentralizada)<sup>13</sup>.

## **2. O controle judicial**

O controle judicial da legalidade dos atos da Administração (art. 5º, II; e art. 37, da CF), bem como o da moralidade (art. 5º, LXXIII; e 37, da CF) é irrestrito, pois no Estado de Direito toda Administração Pública está sujeita a esse controle. A Constituição Federal adotou o sistema da jurisdição única (art. 5º, XXXV, da CF), que confere ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, pelo qual somente no âmbito daquele Poder o litígio alcança julgamento definitivo e imutável. Devido ao princípio da inércia da jurisdição, esse controle só é exercido se for provocado por qualquer das partes legitimadas.

## **3. O controle legislativo**

O controle legislativo, ou seja, aquele que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública, alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa, sendo, essencialmente, dois os tipos de controle legislativo: o político e o financeiro<sup>14</sup>.

A exemplo do controle político, podemos citar a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar o presidente da República a declarar guerra e a celebrar a paz, nos termos previstos no art. 49, II, da CF.

O controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta está delineado nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal. Esse controle deve ser exercido pelo Congresso Nacional. Entretanto, a Carta Magna, em seu art. 71, definiu qual órgão seria encarregado de realizar, em auxílio ao Congresso Nacional, esse controle externo, no caso, o Tribunal de Contas da União – TCU. Para tanto, o legislador constituinte desceu a maiores detalhes, definindo com clareza as competências do TCU.

Como se vê, o Tribunal de Contas da União está inserido como elemento fundamental no controle da Administração Pública, mais especificamente no que concerne ao controle externo legislativo, a cargo do Congresso Nacional.

### **3.1. O controle realizado pelo Tribunal de Contas da União**

A competência do TCU, devidamente reservada no Texto Constitucional, engajando-o no controle externo exercido pelo Poder Legislativo, confere-lhe severa responsabilidade, pois, em última análise, advém do ideal político do controle.

Esse controle realizado pelo TCU, embora decorra do controle legislativo, é conhecido como controle administrativo, visto que o Tribunal de Contas da União julga contas e não pessoas. Esse julgamento é administrativo, porque não afasta a atividade jurisdicional do Poder Judiciário, caso seja provocado após esgotados os recursos administrativos junto ao TCU.

Importa, pois, conhecer o fundamento constitucional do controle externo realizado pelo TCU, ao qual estão sujeitos todos os Poderes constituídos – Legislativo, Judiciário e Executivo.

Nos termos da Constituição Federal, a prestação de contas é um princípio constitucional. A importância conferida a esse princípio é notória, pois admite, inclusive, uma atitude drástica de intervenção da União nos Estados, caso não seja rigorosamente observado, conforme se percebe pelo art. 34, VII, *d*, da CF, *in verbis*:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)

VII – assegurar a observância dos seguintes *princípios constitucionais*: (...)

d) *prestação de contas* da Administração Pública, direta e indireta. (o grifo não consta do original).

Especificamente, o dever de prestar contas de recursos públicos está previsto no art. 70 da Carta Magna, nos seguintes termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional número 19, de 04/06/98).

É, também, instituição constitucional a estrutura, jurisdição e competência do TCU, que tem suas competências atuais previstas nos arts. 33, § 2º, 71 a 74 e

COMPETÊNCIA DO TCU	CONSTITUCIONAIS	FUNDAMENTO
Apreciar as contas anuais do presidente da República		art. 71, I
Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos		art. 33, § 2º, e art. 71, II
Apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessões de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares		art. 71, III
Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais		art. 71, V
Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios		art. 71, VI
Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidade e irregularidades em atos e contratos		art. 71, VII a XI
Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades.		art. 74, § 2º

161, parágrafo único, da Lei Magna. Dentre as competências constitucionais do TCU, destacam-se, a seguir, as diretamente relacionadas à prestação de contas dos administradores públicos:

Eis, portanto, a inserção do TCU na estrutura constitucional do Estado. O constituinte destacou um órgão especialmente encarregado de executar o controle externo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, envolvendo os três Poderes constituídos e o próprio Ministério Público.

No âmbito estadual, deve-se destacar que, além dos controles internos de cada Tribunal, há também a previsão do controle exercido pelos Tribunais de Contas Estaduais, que desempenham tarefa similar à do TCU, diferenciando-se quanto à origem do recurso fiscalizado.

#### **4. Os princípios do controle na Administração Pública**

Impende afirmar que toda a atividade de controle na Administração Pública está vinculada a princípios estabelecidos na Constituição Federal, deixando bastante clara a exigência do constituinte quando o assunto é a administração da coisa pública.

Quando o constituinte estabeleceu princípios a serem observados em toda a Administração Pública, quis vincular toda a produção normativa, executiva e, também, a atividade jurisdicional.

Antes, porém, de se expor cada um dos princípios, é necessário esclarecer que o Direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmoniosamente, denominado ordenamento jurídico. Também o sistema jurídico não se compõe de um único sistema normativo, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio, e que podem ser chamados de subsistemas.

O *princípio*, por sua vez, é uma sobrenorma jurídica, isto é, está posto acima de todas as normas integrantes de cada subsistema. Ele é dirigido a quem elabora as regras jurídicas, pois é regra geral que informa os vários subsistemas normativos. Logo, é um mandamento de hierarquia superior a todas as normas específicas, podendo estar, ou não, positivado.

J. J. Canotilho ensina que: “os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (...) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do Direito”<sup>15</sup>.

Este assunto já foi observado em artigo publicado na revista *O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas* (L&C 31 – janeiro de 2001), em que o ilustre Dr. Alberto Sevilha, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Tocantins, em resumo, afirma que os princípios têm sua fonte na Constituição, Lei Fundamental do País que contém normas alusivas à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público.

Os princípios, tanto de ordem constitucional, como supraconstitucionais, estabelecem parâmetros interpretativos e integrativos do sistema, na conformação de um conjunto harmônico entre normas e regras dos diversos subsistemas, os quais atribuem competências e padrões que se interagem.

*Princípios específicos aplicáveis à ação da fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas da União.*

A Seção IX do Título IV da Constituição Federal, que trata da *Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*, definiu em seu art. 70 três princípios básicos do controle a ser exercido pelo Congresso Nacional, quais sejam: legalidade, legitimidade e economicidade.

A *legalidade*, por ser princípio constitucional (art. 5º, II, art. 37 e 84, IV, da CF), e por ser de mais fácil verificação deve, inevitavelmente, ser observada em todos os atos dos quais resultem arrecadação de receita, realização de despesa, nascimento ou extinção de direitos e obrigações.

A *legitimidade*, do modo que é mais comumente apresentada, pretende especificar um tipo de legalidade. Para que um ato seja legítimo é necessário que aquele que detém o poder de praticá-lo possua justo título para tanto. Assim, um ato praticado por quem não é competente, mesmo que observadas todas as normas que o regulam, será ilegítimo. É claro que se a norma estabelece as qualidades das pessoas que poderiam praticar determinado ato, a ausência desse requisito, além de eivá-lo do vício de legitimidade, também o torna contrário a direito, isto é, ilegal.

Entretanto, segundo a definição desenvolvida pela Intosai – *International Organization of Supreme Audit Institutions* (1995)<sup>16</sup>, legitimidade é a capacidade do agente de, motivado pelo interesse público, atingir os objetivos da gestão. Essa concepção vai além da competência do agente em realizar um determinado ato, postando-se em outras dimensões, a da motivação e a da finalidade, o que confere ao órgão de controle a prerrogativa de trabalhar contra o abuso de *poder*.

A *economicidade* diz respeito à minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Assim, o gestor da coisa pública deve proceder de modo mais econômico, buscando a melhor relação custo/benefício possível.

Além dos princípios consagrados no art. 70 da Constituição, acrescente-se aqueles apresentados pelo art. 37, *caput*, da Carta Magna, quais sejam: impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A *impessoalidade*<sup>17</sup> é dever do administrador tanto com relação aos administrados quanto com relação à própria Administração. No primeiro sentido, o administrador público não pode em sua gestão prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve prevalecer. Do outro modo, os feitos do administrador em sua gestão não podem levar seu nome, mas o da unidade a qual conduziu, pois é vedada qualquer promoção pessoal de agentes ou autoridades públicas.

A *moralidade*, sob o ponto de vista do controle, não pode se afastar da legalidade, e vice-versa, embora sejam dois princípios constitucionais autônomos. É antiga a discussão entre *moral* e *Direito*, chegando ao conhecido brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)<sup>18</sup>. O controle da gestão deve compreender ambos sem qualquer privilégio de um em detrimento do outro. Licitude e probidade são exigências constitucionais feitas a

qualquer pessoa que arrecade, guarde, utilize ou gerencie valores públicos. Por isso, o gestor da coisa pública que, mesmo sob o amparo da lei, agir de modo que a moralidade possa ser argüida, deverá sofrer a devida medida corretiva de comportamento, para que não pare qualquer suspeita sobre suas ações. Também, não se pode conceber que a ilegalidade ganhe espaço nos atos de gestão sob o argumento da moralidade. Qualquer ação nesse sentido deve ser coibida, para que ambos os princípios sejam igualmente observados.

Vale ressaltar que a doutora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 13ª ed.: Atlas, p. 77) ensina que quanto à moral e ao Direito, ambos são representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao Direito. Sugere, portanto, que a própria lei pode ser imoral. Essa possibilidade, entretanto, foge à competência do controle administrativo, pois exige remédios que passam à esfera do controle jurisdicional. Sendo assim, para o controle administrativo, os círculos da moral e do Direito são sobrepostos, ou seja, tudo quanto pode ser examinado sob o ponto de vista da legalidade pode ser igualmente observado do ponto de vista da moralidade, e vice-versa.

Quanto ao julgamento de ato que ofenda a moralidade, exige a observação de evidências de desrespeito aos bons costumes, às regras de boa administração, aos princípios de justiça e equidade e à idéia de honestidade. Tudo isso, entretanto, deve estar associado a um exame de conduta interior, que é o dolo do agente, elemento subjetivo de difícil comprovação. Mas, ainda que o dolo não possa ser comprovado pelos aspectos objetivos da conduta, a simples impressão que evidencie uma possível imoralidade exige medidas corretivas, pois a lisura do administrador público deve permanecer inatacável, a fim de se conservar a confiabilidade da gestão. Ademais, embora tímidas as investidas efetivas contra atos que atentam contra moralidade, é de se destacar que tais atos devem ser invalidados, pois é uma norma jurídica e não uma alegoria que se colocou no ordenamento jurídico, observada, principalmente nos seguintes normativos legais: art. 15, V, da CF; art. 37, *caput* e § 4º, da CF; art. 82, V, da CF; art. 5º, LXXIII, da CF; art. 14, § 9º, da CF; art. 9º, da Lei 1.079, de 10/04/50; art. 2º, *caput* e parágrafo único, IV, da Lei 9.784/99.

A *publicidade* é um princípio que visa a evitar desvios de finalidade ou ocultação de atos ilegais, ilegítimos, antieconômicos ou mesmo imorais no exercício da gestão pública. Para isso, é imprescindível, em qualquer Estado Democrático de Direito, que a Administração Pública seja transparente, no sentido de dar condições a toda a sociedade de conhecer suas ações. Exige, pois, a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei, que normalmente resguardam a intimidade da pessoa ou o interesse social.

A *eficiência*, incluída no art. 37 por força da Emenda Constitucional 19, de 04/06/98, permite entender que o Estado está exigindo, agora, um determinado comportamento do gestor público, esperando dele bons resultados dentro, é claro, dos aspectos da legalidade. A avaliação da gestão, em atenção à vontade constitucional, deverá procurar evidências não só da regularidade das ações do gestor, mas em todo o contexto de sua gestão. Se uma ação é legal, mas demonstrou completa ineficiência, a simples avaliação do aspecto da legalidade é insuficiente para atender a ordem constitucional.

Ainda que não haja nenhuma norma explicitando, em detalhes, as atitudes que devem ser tomadas e os resultados a serem alcançados, a eficiência ou ineficiência é perceptível quando se pode comparar resultados obtidos por diferentes gestores de coisas semelhantes e dotados de um instrumental assemelhado; ou, quando se compara diferentes períodos da mesma gestão.

Como a eficiência está relacionada a resultados, e esses só podem ser medidos ao final de uma tarefa ou período; e visto que não há limites de eficiência, uma vez que a superação de resultados esperados fundamenta o próprio conceito de eficiência, o que se pode construir como medidor de eficiência limita-se a parâmetros mínimos baseados, por exemplo, em resultados que se sabe possíveis de serem alcançados com determinados recursos e em um certo período de tempo.

Na existência de indicadores de eficiência, o julgamento da gestão não deve se restringir à conformidade dos atos praticados com a lei, mas também à avaliação do quanto o gestor foi capaz de evidenciar, na prática, que produziu, no mínimo, os resultados que dele eram esperados. Se a gestão não foi capaz de chegar aos resultados que eram perfeitamente possíveis de ser alcançados, identificados pela comparação do que se produziu com o indicador adequado ao caso, resta considerar que esta gestão foi, no mínimo, ineficiente, atraindo a incidência normativa ao caso concreto. Pois, se o gestor não foi capaz de concretizar o desejo do Estado, aduzido na Constituição Federal, que exige eficiência na gestão, *a contrario sensu*, terá cometido um ato contrário a direito, passível de ser punido na forma da lei.

Como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade deve estar sempre resguardado, pois a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada nos termos da lei, não podendo, sob o argumento da eficiência, afastar-se qualquer normativo legal. A eficiência é um princípio que deve respeitar os demais, sem se sobrepôr a nenhum deles.

#### **4.1. Princípios constitucionais e a prestação de contas ao TCU**

Como visto até aqui, o constituinte estabeleceu os parâmetros a serem ob-

servados em toda a Administração Pública. É de se esperar que suas exigências venham a ser observadas. Para isso criou os mecanismos de controle. Um deles é a *prestação de contas*. A obrigação constitucional de prestar contas anualmente ao TCU é um meio de controle para verificar se o gestor público (aquele que guarda, gerencia ou administra dinheiros, bens e valores públicos) conduziu a *res publica* em estrita consonância com seus fundamentos.

Evidentemente, não escapa ao controle externo realizado pelo TCU a verificação quanto à obediência aos parâmetros da Lei de Responsabilidade Fiscal, voltada para cortar excessos e evitar absurdos.

## V. O controle dos atos jurisdicionais

Não menos rigorosa que o controle externo realizado pela tripartição do *poder* ou o controle externo da Administração Pública, realizado pelo Tribunal de Contas da União, foi concebida pelo constituinte uma estrutura complexa de controle dos atos jurisdicionais, assim distribuída:

### a) *interna corporis*

- . duplo grau de jurisdição;
- . corregedoria dos tribunais;

### b) controle externo

- . publicidade dos atos jurisdicionais;
- . fiscalização da lei pelo Ministério Público;
- . fiscalização por parte dos advogados e da OAB;
- . *impeachment* a cargo do Senado Federal, relativamente aos ministros da Suprema Corte.

O mecanismo criado pelo constituinte é perfeitamente suficiente para o controle dos atos jurisdicionais, dispensando qualquer outro tipo de controle externo, até mesmo porque seria inconstitucional. Se o constituinte desejasse outro tipo de controle externo teria incluído no texto constitucional.

Não tendo sido essa a opção do constituinte, cumpre conhecer apenas cada um dos meios de controle admitidos pela Constituição Federal, seja interno ou externo.

### a. *interna corporis*

#### • duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição é uma construção teórica que se

realiza, na prática, por meio do instituto do recurso processual, que no Brasil é amplo.

Segundo J.J. Gomes Canotilho<sup>19</sup> “por duplo grau de jurisdição entende-se, no seu sentido mais restrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior (‘instância de segundo grau’).”

O duplo grau de jurisdição baseia-se, pois, na subdivisão da jurisdição em um grau inferior e outro superior e tem como fundamentos o fato de que alguém muito raramente se conforma com um único julgamento que lhe seja contrário; há sempre a possibilidade das decisões ressentirem de vícios; e a admissibilidade de reexame das decisões de primeiro grau por juízes de grau superior.

Primeiramente, deve-se esclarecer que o duplo grau de jurisdição cumpre com a finalidade preventiva na atividade jurisdicional, pois todo juiz permanece consciente de que qualquer parcialidade de sua parte em um determinado julgamento poderá ser objeto de avaliação por parte dos juízes de instância superior, os quais além de serem responsáveis por sua promoção na carreira têm poder de suscitar a correição.

Não é só. Ante a necessidade psicológica de qualquer interessado em impugnar a decisão que lhe foi contrária, o que é natural do ser humano, o duplo grau de jurisdição permite que o inconformado volte-se contra o entendimento de um juiz, valendo-se da via recursal adequada.

O duplo grau de jurisdição cumpre, ainda, com a finalidade corretiva, no caso de ocorrência de falha humana. Geralmente a correção é realizada por juízes de instância superior (mais experientes) e em colegiado, o que reduz a possibilidade de um erro se perpetuar.

Além disso, o duplo grau de jurisdição proporciona a unificação da distribuição da justiça e a uniformização da aplicação do Direito aos casos concretos (uniformidade da jurisprudência). Não havendo como uniformizar os julgados individuais dos juízes, o recurso elevado aos tribunais permite que casos concretos semelhantes recebam o mesmo julgamento, garantindo, assim, o mesmo tratamento aos casos iguais.

Eis aí, portanto, um eficiente instrumento de controle de atos jurisdicionais: *corregedoria dos tribunais*;

- **corregedoria dos tribunais**

A estrutura judiciária é integrada por um órgão de correição em cada tribunal, visando, entre outras atribuições, a apurar denúncias e aplicar sanções administrativas disciplinares aos magistrados e demais servidores em face de irregularidades

praticadas.

A exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, a Corregedoria-Geral da Justiça, órgão de fiscalização, disciplina e orientação administrativa, com jurisdição em todo o Estado, é exercida pelo desembargador corregedor-geral, auxiliado por juízes corregedores, conforme previsão dos arts. 40 a 45 do Coje – Código de Organização Judiciário do Estado. A Consolidação Normativa Judicial detalha as atividades do órgão.

Na prática, a atividade correicional pode ser provocada de ofício, em razão das verificações internas no tribunal, ou por provocação do Ministério Público, de advogados, ou da Ordem dos Advogados do Brasil.

Notícia capaz de revelar a efetividade dessa atuação correicional foi publicada pela Revista *Clipping*, artigo “Fraudes & Corrupção”, no dia 02/04/02, Editorial *O País*, p. 10, *in verbis*:

O Superior Tribunal de Justiça – STJ determinou ontem a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico dos juízes de segunda instância Ricardo Regueira e Ivan Athié, do Tribunal Regional Federal TRF da 2ª Região, e do advogado Beline Salles Ramos. Os três, acusados de envolvimento em irregularidades em sentenças que lesaram os cofres públicos, estão indiciados em inquérito aberto no STJ em 22 de março, depois que uma série de reportagens do *Globo* mostrou as suspeitas contra os juízes e o advogado.

(....)

O inquérito criminal foi aberto por solicitação do Ministério Público Federal, *com base em relatório elaborado pela Corregedora-Geral de Justiça do TRF da 2ª Região*, Maria Helena Cisne Cid. No documento, a magistrada mostra indícios de irregularidades nas sentenças expedidas pelos dois magistrados. Ela se baseou em inspeção realizada entre 14 e 25 de maio do ano passado na 4ª Vara Federal da Justiça capixaba, da qual Athié foi titular por 12 anos. (o grifo não consta do original)

Cumprе ressaltar que o instrumento de controle existe e pode ser eficaz, desde que, simplesmente, seja utilizado. Qualquer distorção (há notícias de distorções) deve ser reparada.

## **b. controle externo**

### **• publicidade dos atos jurisdicionais**

A publicidade dos atos jurisdicionais, adotada pela disciplina jurídica nacional decorreu de um importante avanço da história internacional do Poder Judiciário. Em uma nova fase doutrinária, na França, sob a influência dos princípios consagrados pela Revolução Francesa, chamada procedimentalismo, ficou consagrado, entre outros caracteres, a publicidade dos atos jurisdicionais.

Segundo J.J. Canotilho, “a justificação do *princípio da publicidade* é simples: o princípio do Estado de Direito Democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os *actos normativos secretos* contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos, por parte dos cidadãos, faz-se, precisamente, através da *publicidade* (cf. art. 119 da CRP)”<sup>20</sup>.

No Brasil, segundo José Afonso da Silva, a publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, mas, agora, é uma exigência constitucional. De fato, o Poder Público deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. E isso visando ao controle, conforme ensina Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais – *mandado de segurança* (art. 5º, LXIX), *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, a), *ação popular* (art. 5º, LXXIII), *habeas data* (art. 5º, LXXII), *suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa* (art. 37, § 4º), e para tanto a mesma Constituição impõe o *fornecimento de certidões* de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimentos de situações (art. 5º, XXXIV, b), os quais devem ser indicados no requerimento.<sup>21</sup>

Se a publicidade possibilita o controle e disponibiliza os meios para tanto, conforme o ensino registrado acima, é fácil conferir que o Poder Judiciário está sujeito a esse controle criado pelo constituinte no art. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

Exceto nos casos específicos em que a lei restringe a publicidade, é possível a qualquer cidadão conhecer o conteúdo dos julgados dos tribunais, inclusive pelo acompanhamento de audiências e decisões do Tribunal do Júri que têm o acesso livre ao público – portas abertas.

Assim, importa frisar que da publicidade pode vir o controle, ao qual se sujeita o Poder Judiciário.

#### • **fiscalização da lei pelo Ministério Público**

Nos termos da Constituição Federal, art. 127, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a

defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Dentre os princípios que regem o Ministério Público, ressalta-se o *princípio da independência ou autonomia funcional*, que o torna independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência<sup>22</sup>.

Acrescenta Alexandre de Moraes<sup>23</sup>, referenciando Quiroga Lavié, que, quando se fala de um órgão independente com autonomia funcional e financeira, afirma-se que o Ministério Público é um órgão que não depende de nenhum dos Poderes de Estado, não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública<sup>24</sup>. E, no Direito Constitucional pátrio, só se concebe um hierarquia no sentido administrativo, pela chefia do procurador-geral da instituição, nunca de índole funcional.

Desse modo, é inquestionável a força controladora que o Ministério Público pode exercer na defesa da ordem jurídica, independentemente de quem quer que seja o infrator. Com isso, desejar outro controle, dito externo, chega a ser uma afronta à competência, à independência funcional e à imparcialidade que se tem assistido nos últimos tempos com relação à atuação do Ministério Público, inclusive na fiscalização de atos jurisdicionais do Poder Judiciário.

Prova disso está na *mídia*. Recentemente, em 07/11/03, foi veiculado na GloboNews.com (<http://globonews.globo.com>) notícia com o seguinte título “Anaconda: Juiz Rocha Mattos acusado de venda de sentenças é preso”, cuja parte da matéria foi a seguinte:

São Paulo – O Juiz João Carlos da Rocha Mattos foi preso nesta sexta-feira pela Polícia Federal. O juiz estava no apartamento da ex-mulher, Norma Regina Emílio Cunha, na Praça da República. Norma também está presa desde a semana passada, na carceragem da PF, em São Paulo, para onde Rocha Mattos foi levado. *Rocha Mattos é acusado pelo Ministério Público Federal de chefiar uma quadrilha que vendia sentenças e protegia contrabandistas. A prisão preventiva foi determinada pelo colégio especial de 18 desembargadores do Tribunal Regional Federal, que se reuniu na tarde desta sexta para analisar o pedido do Ministério Público Federal. (o grifo não consta do original)*

Note-se que a ação investigada refere-se a atos jurisdicionais que, mediante a atuação da Polícia Federal e do Ministério Público resultou na prisão preventiva de um juiz federal.

Por essa e tantas outras atuações, não há porque insinuar que o Ministério Público, no exercício de sua competência constitucional, seja omissivo, condescendente ou parcial quando o assunto é controle externo do Poder Judiciário.

### • fiscalização por parte dos advogados e da OAB

O advogado é um profissional habilitado para o exercício do *ius postulandi*. Mas a advocacia não é apenas uma profissão, é também *munus* público, sendo uma colaboração indispensável no mister de distribuir justiça, visto que o funcionamento da justiça pressupõe a figura do advogado. Veja-se o dispositivo constitucional referente, *in verbis*:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Com base na Constituição, o novo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906, de 04/07/94) o consigna ao declarar:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

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

O advogado, como integrante do processo judicial, ao litigar em favor dos interesses de seu cliente, acaba sendo um fiscal de todo o procedimento em que é parte, efetivando um controle sobre os atos jurisdicionais praticados. Veja-se que o advogado não está comprometido com o juiz da causa, tampouco com o Ministério Público, permanecendo livre para combater qualquer ato que considere irregular, nos termos do art. 6º da Lei 8.906, de 04/07/94, *in verbis*:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

O art. 7º, inciso XI, do referido diploma legal, a seguir transcrito, instituiu o mecanismo apto a promover a correção da impropriedade que o advogado venha observar, relativamente à condução do processo judicial pelo magistrado, qual seja: a reclamação correicional, que pode levar à punição administrativa disciplinar do magistrado autor do ato inquinado, sem prejuízo da intervenção do Ministério Público, na observância de fatos típicos penais.

Art. 7º São direitos do advogado:

XI – reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

Além disso, a própria ação rescisória, incidentalmente, vem a ser instrumento de controle sobre a ação do juiz que tenha se dado à prevaricação, concussão ou corrupção, nos termos do art. 485, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescin-

dida quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

Note-se que o propósito do advogado é defender seu cliente em face de um julgado que lhe foi injusto, mas pode desencadear uma denúncia quanto ao procedimento de um magistrado, a qual pode, por sua vez, resultar em correição e encaminhamento do fato ao Ministério Público para as providências penais cabíveis.

Nesse contexto, não se pode deixar de fazer referência à Ordem dos Advogados do Brasil, que nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 8.906, de 04/07/94, tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;”.

Note-se que por previsão legal a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB foi criada com a finalidade de defender a vontade constituinte brasileira, velando pela boa aplicação das leis, o que inclui a atividade jurisdicional, especialmente porque é nesse ofício que estão atuando seus representados.

Por ser uma instituição independente, a OAB não tem subordinação ao Poder Judiciário, tendo compromisso com a administração da justiça, podendo, portanto, agir como um observador da atuação do Poder Judiciário em todas os seus níveis, manifestando-se, inclusive, em defesa do advogado sempre que entender que restou prejudicada a distribuição da justiça, seja por erro, seja por abuso da autoridade daqueles que conduzem o processo judicial. Veja-se o preceituado nos §§ 1º e 5º do art. 44 da Lei 8.906, de 04/07/94:

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 5º No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator.

Importa, também, registrar que a OAB é uma instituição de reconhecimento nacional pela seriedade de sua atuação em defesa da ordem jurídica e da liberdade democrática. Há registros de sua participação nos movimentos em defesa dos direitos humanos, da anistia, na campanha das Diretas-Já, na convocação da Constituinte e no *impeachment* do Ex-Presidente Fernando Collor.

Nesse sentido, manifestou-se o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal e Ex-Presidente da OAB, Ministro Maurício Corrêa:

A OAB é a instituição que detém o maior grau de respeitabilidade do

povo brasileiro porque em nenhum momento foi omissa na história desse País.<sup>25</sup>

Do exposto, é próprio afirmar que tanto o advogado como a OAB exercem um controle externo à atividade jurisdicional, sendo parte integrante do mecanismo criado pelo constituinte para o controle externo do Poder Judiciário.

- ***impeachment* a cargo do Senado Federal, relativamente aos ministros da Suprema Corte**

A Constituição Federal não excluiu a cúpula do Poder Judiciário de prestar contas de seus atos, inclusive jurisdicionais. Sabe-se que é uma hipótese remota, mas não ficou esquecida pelo constituinte, visto que todos podem falhar e a ninguém é dado o direito de não prestar contas por seus atos enquanto servidor público. E com o fim de evitar que o mais alto nível hierárquico se sentisse intocável quanto às suas ações, a Constituição estabeleceu que o Senado Federal seria competente para julgar e processar os ministros da Suprema Corte brasileira, conforme reza o art. 52, *in verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(....)

II – processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade;

Ora, configurada a responsabilidade funcional de um ministro do Supremo Tribunal Federal, não falta à estrutura de controle posta pelo constituinte brasileiro meio para puni-la, até mesmo com o afastamento do cargo, se necessário for. Isso é controle externo, pois, na hipótese, é realizado por outro Poder da República. Não há que se imaginar que essa é uma previsão constitucional surreal, pois já se assistiu outrora ao *impeachment* do chefe do Poder Executivo brasileiro – o então Presidente da República Fernando Collor de Melo.

Eis, pois, mais uma engenhosa criação do constituinte a fim de realizar controle externo no Poder Judiciário.

## VI. O controle social

“Em 1988, o Brasil começava a deixar para trás um passado de vinte e um anos de repressão, censuras, prisões políticas, extradições, desaparecimentos e assassinatos dos seus cidadãos. E para implantar uma nova consciência política e social na ‘Nova República’, o Congresso Constituinte se reuniu para promulgar a mais ‘cidadã’ de todas as Cartas Magnas, a fim de celebrar os ideais de liberdade pelos quais o País do tanto ansiava. Por uma consequência da própria repressão, trabalhou-se no sentido de colocar, no texto constitucional, princípios e institutos

das mais diversas garantias.”<sup>26</sup>.

Esta última forma de controle advém de um importante passo na história brasileira. Com a liberdade de expressão e o fim da repressão, associado aos instrumentos criados para o exercício do controle das ações públicas, iniciou-se um processo de mudança que vem se ampliando dia a dia.

Antes de se verificar a efetiva ação do controle social no Poder Judiciário, importa apenas citar que a efetividade do controle social deve-se ao êxito que seu exercício vem alcançando por meio do uso dos diversos instrumentos postos à disposição da população.

Por meio do monitoramento legal, tornou-se possível os levantes contra abusos e irregularidades observadas, valendo-se da denúncia ao Ministério Público (art. 29 do Código de Processo Penal), aos Tribunais de Contas da União (Art. 74º, § 2º, da Constituição Federal) ou dos Estados e aos partidos políticos. Como instrumentos constitucionais e legais tem-se a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública (Lei 7.347/85), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF), do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF) e da ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF).

Todos esses instrumentos de controle social são possíveis de serem usados contra atos irregulares observados no âmbito do Poder Judiciário. No entanto, alguém diria: à legislação posta, falta o “caráter prático para a sua efetivação, pois a população, principal sujeito da engrenagem do controle social, por vezes se encontra alheia ao seu verdadeiro potencial de agente propulsor de mudanças. Mesmo existindo a consciência dos seus direitos ou mera vontade de sabê-los, os receios de retaliação e reincidente impunidade política (já consagrada) são mais gritantes.” Sobre a questão, importa destacar que são possíveis participações anônimas ou pedidos de representatividade junto aos sindicatos, partidos políticos/parlamentares, comissão dos direitos humanos ou conselhos, frente aos órgãos competentes, seja o Tribunal de Contas dos Municípios –TCM, o Tribunal de Contas do Estado –TCE, Tribunal de Contas da União – TCU, Ministério Público – MP ou a Defensoria Pública.

É simples o acesso do cidadão a um dos órgãos representativos citados. Em qualquer deles pode-se expor sua denúncia e o próprio órgão compromete-se a averiguar a veracidade dos fatos para depois encaminhar um ofício – que pode ou não indicar os requerentes – ao Poder responsável pelo assunto em questão, que vai tomar as medidas cabíveis ao cumprimento da lei.

Registre-se, ainda, que o anonimato é admitido no recebimento de denúncias feitas aos Tribunais de Contas. A exemplo, os arts. 53 a 55 e seus parágrafos, da Lei 8.443/92, que trata sobre a denúncia ao Tribunal de Contas da União, resgar-

da a pessoa do denunciante. Quanto aos partidos políticos e ao Ministério Público, a prática tem demonstrado que esses entes não se omitem ao menor rumor instalado na mídia quando o assunto é corrupção, o que faz da mídia mais um meio de acesso da população para expor sua denúncia, independentemente de quem tenha praticado o ato irregular.

O Poder Judiciário não escapa ao controle social, que se tem mostrado eficiente mesmo que o denunciado seja uma autoridade judiciária. Exemplo disso é que, só no ano de 2003, três magistrados responderam em tribunais de Brasília por supostos crimes cometidos, dois deles julgados administrativamente por corrupção. Outro, acusado de envolvimento com grilagem de terra, foi ouvido na Corte local sobre as acusações que pesavam sobre si. Em decorrência da Operação Anaconda, realizada pela Polícia Federal, outros três magistrados paulistas foram presos preventivamente, todos denunciados por formação de quadrilha e por corrupção, mais especificamente, quanto à venda de sentenças.

Todos esses casos, certamente, somente chegaram ao plano da investigação institucional pela ação inicial do titular do *poder* – o povo. Há espanto de alguns, mas tudo isso demonstra que ninguém está livre do controle, ante um sistema complexo com diversos mecanismos capazes de frear a corrupção e o abuso de *poder*, ainda que seja no Poder Judiciário, que é um elemento integrante do controle.

Logo, mesmo o controlador pode ser controlado por quem lhe concebeu, tal como o pai tem autoridade sobre o filho que está sob seus cuidados. Mas o controle externo do Poder Judiciário não se dá somente porque o criador pode controlar a criatura. O controle externo é do povo porque, ao criar a sistemática de controle, reservou para si o uso do controle social. Qualquer outro modelo de controle para o Poder Judiciário, além de não ser legítimo (constitucional), pois não foi previsto pelo dono do *poder*, é ilusório.

## VII. A polêmica do controle externo do Poder Judiciário

O controle externo do Poder Judiciário, contemplado na pauta de discussão da Reforma do Poder Judiciário, (PEC 29 do Senado Federal), ganhou maior espaço na mídia especialmente após as denúncias oferecidas contra magistrados. Mas foi por ocasião de um inusitado pronunciamento do Chefe do Poder Executivo, Luiz Inácio Lula da Silva, referindo-se ao Poder Judiciário como uma “caixa preta”, que se exigiu uma pronta manifestação de membros desse Poder, não só para rebater o equívoco da expressão utilizada pelo Presidente da República, mas para a defesa do modelo tripartido do *poder* na República brasileira. Segue notícia

jornalística acerca do pronunciamento do Presidente Lula:

Na manhã de hoje, ao assinar o repasse de verba para o combate à violência no Espírito Santo, o presidente defendeu o controle externo do Judiciário. Lula afirmou que é necessário “saber como funciona a caixa-preta de um Judiciário que muitas vezes se sente intocável”.

Lula disse que a Justiça brasileira muitas vezes é classista, privilegia quem tem mais condições financeiras. No mesmo discurso, o Presidente comentou que o crime organizado tem ramificações dentro do Judiciário.

Segundo Lula, o controle externo do Judiciário não seria para interferir na decisão dos juízes, apenas para fiscalizar<sup>27</sup>.

Em defesa da autonomia dos Poderes, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Francisco Fausto Paula de Medeiros, pronunciou-se em entrevista dada à revista *Consultor Jurídico*<sup>28</sup>, em 28 de abril de 2003, cuja resposta à pergunta: “Mas o sr. é contra o controle do Poder Judiciário?” foi a seguinte:

Ninguém é contra o controle. O que se pretende com ele é a administração dos Tribunais, não se pretende outra coisa que não isso. Então – e aqui a minha tese é um pouco avançada – parece haver uma conspiração contra o Judiciário enquanto Poder. O que se pretende é destruir essa qualificação do Judiciário como Poder. Porque ninguém de boa-fé, por mais absurdas que sejam as teses de teorização do Estado, ninguém vai conceber que um Poder possa ser controlado por órgãos externos. O Poder Judiciário é igual ao Poder Executivo e igual ao Poder Legislativo, em suas atribuições como Poder da República, do Estado. Vamos admitir o seguinte: que tal criarmos um conselho formado por juízes, parlamentares e membros do Executivo para controlar os atos do presidente da República? Ou para administrar o País, na área do Executivo? Que tal? É um absurdo, soa como absurdo. Vamos admitir ainda que haja um conselho composto de ministros, juízes, ministros de Estado e pessoas indicadas pelo próprio Legislativo para exercer controle sobre os atos do Congresso Nacional. Quem é que pode exercer controle sobre esses atos, sobre a administração do Congresso Nacional?

Também sobre a questão manifestou-se o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em artigo publicado no jornal *Correio Braziliense*, de 23 de maio de 2003, e no jornal *Folha de São Paulo*, em 9 de maio do mesmo ano, que importa transcrever alguns trechos:

Por serem os alicerces do Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos deveriam merecer mais reverência ou, quando menos, nesses tempos de tão pouca liturgia, a presunção de honorabilidade.

(....)

É de se perguntar a qual designio leva semelhante atitude. Se, no cerne da malsinada morosidade está o descrédito da Justiça – este, sim, empecilho à desejável paz social –, por que contribuir tão ostensivamente para levantar dúvidas sobre a atuação de um Poder que se requer sobretudo forte e consoli-

dado em inarredáveis princípios constitucionais?

(....)

Pois controle externo sobre atividade jurisdicional cheira a grosseira inconstitucionalidade. De que maneira compatibilizá-lo com a independência funcional determinada pela Carta da República como pressuposto da atividade jurisdicional no País? E quem terá a sabedoria para tanto? Alguém já imaginou um “conselho” de eleitos – escolhido sabe-se lá por quem – formado para atender à precípua finalidade de censurar uma sentença proferida por um magistrado concursado? Onde ficam anos de experiência até se alcançar a suprema habilidade de conseguir retirar dos autos mais que um mero conjunto formal de provas? Como desconsiderar uma rotina traduzida em dias infindáveis por sobre um processo, a fim de corretamente destrinchá-lo, horas e horas em audiências intermináveis com o intento de extrair dos depoimentos a verdade? Já pensou afastar o veredicto soberano dos jurados ao argumento leviano de que decerto tal “conselho *ad hoc*” mostra-se mais preparado para o caso, ante a possibilidade etérea deste ou daquele indício de fraude? Alguns podem achar exageradas essas contraposições. Não o são. Em última análise, a proposta em tela tem essa espinha dorsal.

Para quem ainda não se convenceu da incoerência de um tão estapafúrdio quanto inoperante expediente, cabe apontar outros instrumentos que também demonstram a inviabilidade do projeto: se nem os juízes são confiáveis, por que os membros desse conselho o seriam? Em outras palavras, quem controla o controle externo?

Há, porém, vozes que se levantam em sintonia com o pronunciamento do Presidente da República, a favor do controle externo do Poder Judiciário, como é o caso do Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fontelles, cujo ponto de vista foi exposto em entrevista registrada pela resenha do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>29</sup>. O Chefe do Ministério Público Federal, respondendo à pergunta “o senhor também é favorável ao controle externo do Judiciário?” assim se manifestou:

Ah, sim. Não só do Judiciário como também do Ministério Público – controle da minha própria instituição – dentro do processo de democratização. A palavra controle acho um pouquinho equivocada juridicamente falando. Quem controla é quem impõe. E ninguém pode impor nada a um Poder. Eu preferiria dizer, e não é jogo de palavras é só ser fiel a idéias, acompanhamento do Poder Judiciário, acompanhamento do Ministério Público. Por quem? Por órgãos colegiados em que haja a presença do próprio magistrado da Suprema Corte, senador da República, do procurador-geral da República e de alguém indicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados – OAB em nível de cúpula. E na base você teria várias comissões que fossem acompanhando as decisões. À medida que as decisões se tornassem graves, seriam levadas a um órgão maior, se não seria resolvido na base mesmo.

*Data venia*, não obstante o peso da opinião das autoridades públicas a favor

do controle externo do Poder Judiciário, assiste razão aos Ministros Marco Aurélio e Francisco Fausto. Atenta contra a própria democracia o desrespeito aos Poderes constituídos. Chega a ser triste observar que tão consolidado entendimento sobre o princípio da separação dos Poderes venha a ser esquecido em um pronunciamento de autoridades públicas.

É comezinho que o constituinte não deixou a menor brecha para essa discussão. Basta consultar o art. 60 da Constituição Federal, que em seu § 4º explicita o que se conhece por cláusulas pétreas, para saber que a separação, autonomia e harmonia dos Poderes, indicada no inciso III, é inviolável, não podendo sequer ser objeto de deliberação emenda constitucional que pretenda abolir a separação dos Poderes. Se não se pode intentar formalmente contra a separação, incluindo-se a autonomia e harmonia, também não se pode forjar outros meios de minar este instituto constitucional com o fim de destruí-lo, o que levaria ao absolutamente indesejável autoritarismo.

Parece astuciosa a investida contra um Poder do Estado, exatamente em um momento em que as falhas estão despontando. Ora, são exatamente essas falhas trazidas a público que demonstram que o verdadeiro dono do *poder* está se manifestando, levando os suspeitos de corrupção a responder administrativa e criminalmente, ainda que sejam integrantes do Poder controlador. Temerário seria se a corrupção permanecesse oculta. Mas como tem vindo à tona, desperta no magistrado a expectativa do controle, que pode levá-lo, em caso de corrupção, a um linchamento moral público, além das sanções administrativas e penais previstas na legislação pátria, tal como ocorreu com o Juiz do Trabalho Nicolau dos Santos Neto.

Mas, quanto à criação de um “Conselho” composto por membros dos três Poderes, representante da OAB e do Ministério Público, o que faz alguém pensar que um grupo seletivo de pessoas, incumbidas de controlarem a si mesmas e aos seus pares não necessitaria de controle? Essa proposta de criação de um controle do controlador contém um vício: ao passo que como todos estão sujeitos ao erro, todas as vezes que o controlador máximo fosse pego em alguma falha, ter-se-ia de criar um controle para ele, levando ao absurdo da construção de um controle do controle do controle.....

## VIII. Conclusão

Do resultado deste estudo, conclui-se que o controle externo do Poder Judiciário já existe, tal como também existem controles internos. Ambas as formas de controle são criações do poder constituinte originário e está disposto na Constituição Federal e em suas derivações normativas.

A polêmica em torno da criação de um controle externo para o Poder Judiciário, embora saudável (democrática) é vã, porque desperdiça tempo tentando convencer o povo de que sua criação constitucional não funciona e, por isso, deve admitir uma violação à Constituição. Ao invés disso, seria mais produtivo estimular as formas de controle já existentes, especialmente o controle social, realizado pelo povo, que é o legítimo *dono do poder de controlar*.

Assim sendo, a única resposta possível à pergunta do escopo deste trabalho é: em face da Constituição Federal Brasileira de 1988, *o povo* é quem tem autorização conferida pelo poder constituinte originário para controlar o controlador, sendo sua principal ferramenta o controle social, que é capaz de provocar todas as demais formas de controle existentes.

---

### Notas

- <sup>1</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 495.
- <sup>2</sup> Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 146.
- <sup>3</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 75.
- <sup>4</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 113.
- <sup>5</sup> Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 160.
- <sup>6</sup> J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 251.
- <sup>7</sup> Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 107.
- <sup>8</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.* p. 114-115.
- <sup>9</sup> Constituição Federal de 1988, art. 66 e §§.
- <sup>10</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.* p. 115.
- <sup>11</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 212.
- <sup>12</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 587.
- <sup>13</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *op. cit.*, p. 588.
- <sup>14</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *op. cit.*, p. 599.
- <sup>15</sup> J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 173.
- <sup>16</sup> *Working Group on Programme Evaluation. Draft summary report presented during the XV Incosai. Cairo.*
- <sup>17</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *op. cit.*, p.71.
- <sup>18</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83.

- <sup>19</sup> J. J. Gomes Canotilho, op. cit. p. 650/651.
- <sup>20</sup> J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 849.
- <sup>21</sup> Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 88.
- <sup>22</sup> Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 495.
- <sup>23</sup> Moraes, Alexandre de. op. cit., p. 495.
- <sup>24</sup> Lavié, Humberto Quiroga. *Estudio analítico de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 65. *Apud*. Moraes, Alexandre de. op. cit., p. 495.
- <sup>25</sup> Corrêa, Maurício José. Disponível em <http://www.oabdf.org.br/Historico/oabhist.htm>. Acesso em 13/12/03.
- <sup>26</sup> Dropa, Romualdo Flávio. Controle Social. *Artigos Jurídicos*. Outubro 2003. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/controlesocial.htm>. Acesso em 12/12/03.
- <sup>27</sup> Lula atribui necessidade de reformas à omissão. *Notícias*. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,5580,OI102337-EI1194,00.html>. Acesso em 15/12/03.
- <sup>28</sup> Medeiros, Francisco Fausto Paula de. Ponto de vista. *Revista Consultor Jurídico*. 28/04/03. Entrevista

#### Referências Bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CORRÊA, Maurício José. Disponível em <http://www.oabdf.org.br/Historico/oabhist.htm>. Acesso em 13/12/03.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DROPA, Romualdo Flávio. Controle Social. *Artigos Jurídicos*. Outubro 2003. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/controlesocial.htm>. Acesso em 12/12/03.
- FONTELLES, Cláudio Lemos. É bem-vindo o diálogo, mas a inspeção não. *A Notícia*, 17/11/03. Entrevista concedida a Silvia Pinter. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/resenha/0311/rtf/031117.rtf>. Acesso em 15/12/03.
- Lula atribui necessidade de reformas à omissão. *Notícias*. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,5580,OI102337-EI1194,00.html>. Acesso em 15/12/03.
- MEDEIROS, Francisco Fausto Paula de. Ponto de vista. *Revista Consultor Jurídico*. 28/04/03. Entrevista concedida. Disponível em <http://conjur.uol.com.br/textos/18482/>. Acesso em 15/12/03.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

# 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

## Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

---

A *Revista do TRF-1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

### Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

---

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF - 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF - 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

## Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados na versão do Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o *e-mail* revista@trf1.gov.br .

- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.

- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no final e não no rodapé do texto.

- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância, também, da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.

- A *Revista do TRF-1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

- Para dirimir eventuais dúvidas, ligar nos telefones: 314-5377, 314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br

# Composição TRF-1ª Região

## Plenário

Presidente:

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 Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

# 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

Fábia Cristina de Barros

Luciana Fernandes Menezes

Maria Carolina de Souza Ribeiro

### Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

### Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviços

Zilda Maria Regina Dutra

### Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia

### Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos/Secad

### Confecção de fotolitos

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, Tópicos Jurídicos e Breviário. Quanto aos demais (Acórdãos e Decisões Monocráticas), 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