

Sumário

Entrevista

Direitos Humanos

Procurador-Geral da República Cláudio Fontelles

Artigos Doutrinários

O Princípio Contra a Auto-Incriminação e seus Reflexos em Âmbito Tributário

Juiz Federal Substituto Carlos Henrique Borlido Haddad

Princípios Constitucionais do Processo Penal – Questões Polêmicas

Promotor de Justiça Fábio Ramazzini Bechara

Procurador de Justiça Pedro Franco de Campos

Tópicos Jurídicos

Persistência não Exige Idade nem Tempo de Advocacia

Dr. Celso Spitzcovsky

Dra. Daniela Dias Graciotto

***Phishing Scam*: Nova Modalidade de Crime na Internet**

Dr. Alexandre Pontieri

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Precatório. Requisição. Atividade do Tribunal no processamento

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

MS 2003.01.00.020670-7/DF

1ª Seção – Averbação de tempo de serviço. Início de prova material

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado

EIAC 2001.01.00.034485-0/MG

2ª Seção – Prescrição em perspectiva ou virtual. Falta de amparo legal

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz

Inq 2004.01.00.046799-4/PI

3ª Seção – Princípio da identidade física do juiz. Exceção

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

CC 2004.01.00.029496-2/GO

4ª Seção – Ação anulatória de débito e execução fiscal. Provimento 68/99 da Corregedoria do TRF-1ª Região

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

CC 2004.01.00.054470-8/MG

1ª Turma – Pensão por morte. Dependente designado

Rel.: Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

AC 2000.01.99.123608-0/MG

2ª Turma – Servidor público militar. Anulação da incorporação. Exclusão dos quadros do Exército. Doença incapacitante

Rel.: Des. Federal Neuza Alves

AC 2000.01.00.110997-1/PA

3ª Turma – Sonegação fiscal. Dedução do IR

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

ACr 2001.34.00.015802-3/DF

4ª Turma – Lei de Imprensa. Queixa-crime. Rejeição

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz

ACr 2003.34.00.043049-1/DF

5ª Turma – CEF. Pagamento de cheque nominal, não endossado, a terceiro. Responsabilidade

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus

AC 2000.38.00.006865-1/MG

6ª Turma – Responsabilidade objetiva do Estado. Conflito interno. Guerrilha do Araguaia

Rel.: Des. Federal Souza Prudente

AC 2003.01.00.041033-5/DF

7ª Turma – Agravo regimental. Decisão que indeferiu o efeito suspensivo. Impossibilidade

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Ag 2004.01.00.035700-7/DF

8ª Turma – Recurso Administrativo. Depósito prévio

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Leomar Amorim

AMS 2003.35.00.007997-7/GO

Breviário

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

Ação de improbidade administrativa. Notificação prévia.

Concurso público. Investigação social.

Exceção de impedimento.

Faixa de domínio. Ocupação por terceiro.

IPI. Creditamento.

Pensão por morte. Filho inválido.

Medida Provisória. EC 32.

Responsabilidade civil do Estado. Feriado. Dano moral.

SFH. Quitação. Saldo devedor. Sinistro.

Transação. Embargos à execução.

Entrevista

Direitos Humanos

Claúdio Fontelles*

Neste número, o Dr. Cláudio Fontelles, Procurador-Geral da República, tece breves considerações sobre os direitos humanos.

Revista: A Constituição Federal inclui entre as cláusulas pétreas os direitos humanos. Uma das características marcantes desses direitos diz respeito à sua indisponibilidade. O Sr. poderia discorrer sobre isso?

* Procurador-Geral da República e professor universitário

Cláudio Fontelles: A idéia de indisponibilidade de direitos humanos tem a ver com o fundamento do tema. Os direitos humanos dizem respeito à própria pessoa, ao próprio ser da pessoa e, portanto, não se pode dispor deles. Os direitos humanos são a salvaguarda da existência como pessoa, da dignidade como pessoa. Por isso, então, é que essa expressão “indisponibilidade” é marcante. O fato de uma pessoa ter seu espaço de preservação deve ser observado por todos.

Revista: Qual é a realidade brasileira no que diz respeito à aplicação dos direitos humanos dentro do País?

Cláudio Fontelles: Não vejo ainda a vivência dos direitos humanos por parte da sociedade brasileira. Acho que nosso País ainda não está envolvido na essência dos direitos humanos. A sociedade brasileira ainda é profundamente desigual e isso precisa mudar.

Revista: No seu entendimento, os membros do Ministério Público e do Judiciário estão suficientemente envolvidos com a sociedade para perceber suas necessidades básicas, especialmente no que diz respeito aos direitos humanos?

Cláudio Fontelles: Eu acho que, nos dias que correm, há uma visão bastante positiva, quer por parte do Ministério Público, quer por parte do Judiciário, em relação aos direitos humanos. Claro que há dificuldades, até pelo que respondi em relação às duas primeiras perguntas. Mas vejo que as gerações mais novas de magistrados e de membros do Ministério Público têm se empenhado, sim. O Ministério Público, a partir do Ministro Sepúlveda Pertence, criou em cada Estado pequenas unidades de defesa da pessoa humana. Eu mesmo fui o primeiro coordenador nacional da chamada Secretaria de Coordenação e Defesa dos Direitos Individuais. Essa foi uma área em que não se pensava no Ministério Público até 1985 e passou-se a pensar. Hoje, em cada unidade federal, nós temos um procurador regional dos direitos do cidadão e temos o procurador federal dos direitos do cidadão. Quer dizer, foi uma evolução.

Revista: Qual seria, hoje, o maior problema encontrado para fazer valer esses direitos em nosso País?

Cláudio Fontelles: O grande problema do Brasil é a educação. Poucas pessoas têm acesso à educação. Na medida em que você tem acesso à educação, você medita. Meditando, você passa a cultivar valores. Cultivando valores, você chega à conclusão de que a pessoa humana é imprescindível e ao compromisso de lutar sempre pela dignidade dela.

Revista: Que papel desempenha no contexto da aplicação desses direitos a Comissão Permanente dos Direitos Humanos criada pela USP em 1997?

Cláudio Fontelles: Eu confesso que não sabia que a USP tinha criado uma Comissão

Permanente de Direitos Humanos. Veja como a gente tem pouca interação com o tema. Acho que ter comissões dentro das universidades é algo extremamente importante e de muita valia. Agora, é preciso descer também para a base, sabe. Eu acho que o trabalho que há de se fazer tem de ser um trabalho até nos Municípios. Os Municípios se envolverem, as organizações não governamentais se envolverem, os órgãos ligados à Igreja, a própria OAB, que tem as suas comissões de direitos humanos, se envolverem no nível dos Municípios. Eu acho que precisa fazer maior capilaridade disso na base do País, e me refiro ao Município.

Revista: O que significam direitos humanos de 1^a, 2^a, 3^a e 4^a gerações?

Cláudio Fontelles: Eu não gosto dessa terminologia. Isso já existiu realmente. Na minha opinião, não há gradação em direitos humanos. A pessoa é um todo único, corpo e alma, e seus direitos. Eu não posso partilhar, portanto, dessa divisão, dessa segmentação de direitos de 1^a, 2^a, 3^a e 4^a gerações. Para mim, direitos humanos são todos aqueles direitos fundamentais da pessoa humana. E aí se incluem o direito à vida, o direito à educação, que é pouco falado, o direito à saúde, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito de viver em paz.

Artigos Doutrinários

O Princípio contra a Auto-Incriminação e seus Reflexos em Âmbito Tributário

Carlos Henrique Borlido Haddad*

1. Introdução

É remota a origem do princípio contra a auto-incriminação. De acordo com Couture, *“es algo así como un pasaje de folk-lore jurídico, según clasificara agudamente un autor a estos preceptos de origen desconocido, que por tradición, comodidad o pereza, se vienen transmitiendo a lo largo del tiempo”*.¹ Ainda que distante o nascedouro do princípio contra a auto-incriminação, reveste-se de atualidade, pois encontra amparo no ordenamento jurídico de muitos Estados, entre os quais podem ser citados os Estados Unidos, a Itália, a Espanha e a Alemanha.

*Juiz Federal Substituto da 3^a Vara Federal de Belo Horizonte e mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG

No ordenamento pátrio, adquiriu relevância o estudo do princípio contra a auto-incriminação após a consagração do direito de permanecer calado na Constituição Federal de 1988.

Não é tanto o acolhimento do princípio no ordenamento jurídico, mas a definição de seu alcance e a demarcação da área de tutela que suscitam dificuldades. Saber se é possível invocar o princípio em dada situação pode ser tarefa simples, de mera conformação do caso concreto à disciplina trazida pela norma jurídica. Entretanto, as hipóteses são tantas que nenhum código seria capaz de perfeitamente disciplinar a aquisição de provas, tendo em vista a inexistência do dever de colaboração do acusado na própria incriminação.

Por ter aplicação no campo probatório do Direito Processual, o princípio contra a auto-incriminação deveria limitar seu alcance ao processo penal. Não obstante, possui aspectos materiais que revelam a estreita relação com o Direito Penal e o Direito Tributário. Conquanto o princípio contra a auto-incriminação não traduza proteção de direito material, mas, sim, de direito processual, isso não significa que não possa manter vínculo com a norma material ou até mesmo preencher o seu conteúdo.

O estudo do princípio contra a auto-incriminação envolve os demais ramos do Direito, porque em âmbito tributário, comercial ou civil surgem episódios em que a produção de determinada prova é francamente contrária aos interesses da parte e capaz de acarretar-lhe a responsabilização criminal. Na tarefa de delimitação do raio de incidência do princípio contra a auto-incriminação, pretende-se aferir quais são seus reflexos em âmbito tributário.

2. Alcance do princípio contra a auto-incriminação

No Direito Comparado, o retrospecto histórico demonstra que o direito a não auto-incriminar-se excluía de sua proteção as partes e testemunhas em processos cíveis e de *equity*, como também as testemunhas perante procedimentos extrajudiciais governamentais, tais como as investigações legislativas. Restringia-se apenas às “*parties and witnesses in criminal cases, presumably to all stages of proceedings from arrest and examination to indictment and trial*”.² Na Alemanha a situação não é diferente, pois o princípio protege o acusado contra a obrigação em colaborar para a própria incriminação, independentemente se a prova é produzida em processo cível ou administrativo.³

No Brasil, o princípio *nemo tenetur se detegere* visa a repelir a responsabilidade criminal, exclusivamente. O Supremo Tribunal Federal afirmara que o princípio contra a auto-incriminação podia ser exercido em investigações criminais ou em

procedimentos penais,⁴ de forma a limitar sua área de incidência. A afirmação, porém, não excluiu a interpretação mais ampla posteriormente adotada. Da esfera penal expandiu-se a possibilidade de invocação do princípio contra a auto-incriminação para outros ramos do Direito, nos quais houvesse a necessidade de se prestar depoimento. A invocação do princípio pode dar-se em qualquer procedimento que se desenvolva perante os três Poderes do Estado, a fim de evitar, a quem reclama o direito, a produção de prova desfavorável a ser utilizada, exclusivamente, na esfera criminal.⁵ Significa proteger o indivíduo em face da possibilidade de sofrer persecução penal, presente ou futura, na qual desempenharia o papel de suspeito, indiciado ou acusado, e não que possa ser invocado apenas no curso de investigação ou de processo criminais.

A questão não se resume a saber se o princípio é invocado no processo penal ou em outros procedimentos de natureza distinta, mas, sim, se o prejuízo derivado da declaração teria ou não natureza penal. De acordo com Tonini, “*il presupposto è la semplice probabilità che dalla risposta su di un determinato fatto possa derivare la responsabilità penale del dichiarante; non è sufficiente che possa derivare una responsabilità soltanto di tipo civilistico od amministrativo*”.⁶ Aplica-se o princípio em casos cíveis ou administrativos, desde que haja possibilidade de responsabilização criminal. Caso contrário, o acusado ver-se-ia obrigado – pela distinta distribuição do ônus da prova e pelo dever de lealdade peculiares ao processo civil – a fornecer explicações passíveis de serem utilizadas em seu prejuízo no campo penal.

3. Reflexos no Direito Tributário

Sedimentado o entendimento de que o princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém está obrigado a descobrir-se, possui plena aplicação na obtenção da prova penal, necessário averiguar seus reflexos no campo tributário. Constitui uma questão de regulamentação legal expandir sua incidência aos demais ramos do Direito. Uma vez que está ligado ao campo probatório, a análise do princípio *nemo tenetur se detegere* consistirá em descobrir se em outros ramos também pode o acusado negar-se a produzir prova contrária a seu interesse.

A prática de ilícitos contra a ordem tributária se perfaz por condutas relacionadas a irregularidades na escrituração fiscal. Omissões, falsificações, utilização de documentos falsos, inserção de dados inexatos são condutas praticadas pelo contribuinte e cuja comprovação da materialidade depende da apresentação de documentos.

O art. 195 do Código Tributário Nacional dispõe, para os efeitos da legislação tributária, não ter aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou

limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes em exhibi-los. A Constituição Federal, em seu art. 145, § 1º, faculta à Administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Se é concedido o direito de instituir e arrecadar tributos, também se devem fornecer os meios de fiscalização aptos à consecução da finalidade. No exercício dessa identificação não se concede carta branca à fiscalização, pois, como não poderia deixar de ser, haverá de ater-se aos limites do indispensável para a atividade tributária. Na medida em que o Fisco extravasa o âmbito das operações e situações que ensejam fatos geradores de cada tributo de sua competência, é lícito ao contribuinte opor-se à atividade fiscalizadora, sem que tal comportamento represente embaraço à Fazenda e acarrete multa ou requisição e auxílio de força pública (art. 200, CTN).⁷

Por vezes, ao invés de fiscalizar, a Administração transfere ao contribuinte a obrigação em fornecer os dados necessários à identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas desempenhadas. Chega-se mesmo a tipificar penalmente a omissão do contribuinte por não prestar a contento as informações requeridas (art. 1º, I, da Lei 8.137/90). A fiscalização atua em um segundo momento, porquanto é exercida após fornecidos os dados pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Nesse contexto, insere-se o princípio *nemo tenetur se detegere* e se discute se é legítima a recusa do contribuinte em prestar informações à Administração tributária.

Apesar de o Código Tributário Nacional arrolar pessoas responsáveis pela prestação de informações ao Fisco (art. 197), em nenhuma parte do capítulo que trata da fiscalização (Capítulo I do Título IV, arts. 194 a 200), é feita alusão ao sujeito passivo da obrigação, cujo tratamento está disposto em título e capítulo anteriores. Para essas pessoas, que são detentoras de informações sobre bens, negócios e atividades do sujeito passivo, se houver descumprimento da ordem legal de autoridade administrativa, ressalvada a prerrogativa constante do seu parágrafo único – segredo profissional –, poderão cometer os delitos de desobediência ou prevaricação, conforme o caso, e não o ilícito previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/90.⁸

Para o sujeito passivo, a situação é distinta. O crédito tributário nasce no momento da ocorrência do fato gerador, devendo o contribuinte, ou prestar informações à autoridade fiscal de que praticou o fato gerador do tributo, para que se opere o lançamento, a teor do art. 147 do Código Tributário Nacional, ou pagar a exação sem a formalização da dívida pela autoridade fiscal e segundo o seu próprio acerto e liquidação, como estabelecido no art. 150 do mesmo diploma legal.

Na primeira hipótese, em que se impõe ao contribuinte a obrigação de prestar informações à autoridade fiscal, a opção da legislação foi por não conferir eficácia ao princípio *nemo tenetur se detegere* no campo tributário. Isso não significa que o contribuinte possa ser compelido a apresentar provas ou a prestar declarações para o lançamento regular dos tributos, tampouco que sua inércia deixará inoperante as autoridades fazendárias. A Administração dispõe de outros meios para efetuar o lançamento e a inércia do contribuinte, além de não impedir a constituição do crédito tributário, ocasiona o descumprimento de deveres de fazer previstos em lei. Caso o princípio *nemo tenetur se detegere* tivesse aplicação no Direito Tributário, não se poderia converter a obrigação acessória em principal relativamente à penalidade pecuniária pelo fato de o contribuinte omisso não ter colaborado para a formulação do correto lançamento.

A tese é correta se a omissão em declarar não deriva do intuito de se livrar de persecução penal, mas, sim, de evitar a incidência de tributos ou de obrigações acessórias. Somente quando se tratar da prática de fato punível haverá ensejo para a invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*. A obrigação de informar ao Fisco, estatuída em leis complementar e ordinária, cessa no momento em que se inicia o risco de auto-incriminação, cuja proteção é constitucionalmente assegurada pelo direito de permanecer calado. Será então possível permanecer calado ou inerte e deixar a incumbência de provar ao órgão acusador. O contribuinte não pode ser punido criminalmente por não declarar os rendimentos decorrentes do tráfico ilícito de entorpecentes, cuja revelação importaria na confissão da prática delitativa. Deverá responder pelo crime assemelhado aos hediondos, descumprirá a obrigação acessória, mas não poderá ser condenado pela infração descrita no art. 1º, I, da Lei 8.137/90, porquanto sua omissão encontra resguardo no direito de permanecer calado.

A Lei 8.137/90 define como crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, mediante várias condutas, entre as quais omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias (art. 1º, I). O art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.137/90 estabelece que “a falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”.

Relativamente a ambas as condutas, Pedro Luiz Amaral Marino afirma que não poderá haver punição, salvo pelo delito anteriormente praticado.⁹ Necessário ainda afirmar que a omissão penalmente relevante visa a suprimir ou a reduzir o tributo. Se a recusa em informar não se justifica por esses motivos, mas para livrar-se de possível incriminação penal, com maior razão se justifica a invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Entretanto, caso preste declarações falsas ou, por outra forma, procure obstruir ativamente a fiscalização pela Administração quanto à proveniência dos rendimentos ilícitos, não poderá beneficiar-se do princípio contra a auto-incriminação. A garantia constitucional tem sempre feitiço e finalidade éticos e não pode proteger abusos, nem acobertar violações. As liberdades públicas não são entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.¹⁰ O princípio contra a auto-incriminação destina-se à proteção do acusado e não pode ser colocado para tutelar atividades criminosas ou ilícitas geradoras de danos a terceiros. Entre a não-imposição da obrigação de veracidade (*Wahrheitspflicht*) e o acolhimento de um direito à mentira (*Recht zur Lüge*) há grande descompasso.¹¹ O princípio *nemo tenetur se detegere* permite ao acusado não contribuir para a reconstrução dos fatos, ao autorizar-lhe optar por omitir-se na produção da prova, mas não tolera comportamentos ativos para obstar o esclarecimento da verdade, a exemplo da dicção da mentira. Ele não é tão abrangente a ponto de autorizar condutas destinadas a induzir a erro as autoridades administrativa, policial e judiciária. O direito de defesa não compreende o direito de provocar lesões em interesses de terceiros, sob o risco de se conceder salvo-conduto para delinquir.

O dever de informar precede a configuração do crime contra a ordem tributária e, por essa razão, é exigível nas hipóteses em que não há risco de incriminação. Mas cometido o delito, seu autor não tem o dever de prestar informação nenhuma, útil para a comprovação de sua prática, que configure auto-incriminação.¹² Caso contrário, como conclui Hugo de Brito Machado, o contribuinte seria tratado diferentemente dos autores de quaisquer crimes, por mais hediondos que sejam seus cometimentos, pois, para estes, estaria assegurado o direito ao silêncio, vale dizer, o direito de não se auto-incriminarem.¹³

Ao art. 195 do Código Tributário Nacional deve-se dar interpretação conforme com a Constituição, para restringir seu alcance à exibição de livros, arquivos e documentos para fins tributários, excetuada a hipótese em que resulte concomitantemente risco de persecução penal. O exame de documentos e livros para efeitos de legislação tributária, se, simultaneamente, ocasionar risco de incriminação, não fica impedido. Contudo, não se pode impor ao contribuinte a obrigação em exibi-los, consoante prescreve a última parte do dispositivo legal. Isso porque não poderia a lei infraconstitucional excepcionar o princípio constitucionalmente previsto. Caso contrário, como bem alvitrado por Cernecchiaro, a Constituição seria cativa à lei ordinária ou à complementar, em autêntico absurdo jurídico.¹⁴ E conclui o autor: “Se a omissão não envolve crime, decorrem duas sanções: administrativa e penal. Em havendo crime, cuja descoberta ou confirmação envolvam as respostas, o contribuinte, silenciando, exerce regularmente o direito constitucional de calar-se”.¹⁵ Quando muito, haverá para o contribuinte um motivo de

ordem moral para prestar informações, embora seja duvidoso possa o exame de consciência pesar mais do que a condenação, a ponto de se auto-incriminar, como defende Cassone.¹⁶

Portanto, a autoridade fazendária poderá exigir do contribuinte, mediante notificação, que preste todas as informações úteis à atividade fiscalizadora. Por sua vez, ele tem o direito de se eximir de prestá-las, na hipótese de as informações requeridas serem incriminatórias e lhe acarretarem responsabilização penal, de modo a restar o autolançamento como solução. Recorrer-se-á ao arbitramento, previsto no art. 148 do Código Tributário Nacional, possivelmente mais oneroso ao contribuinte em termos patrimoniais. Mas para a Fazenda Pública, a negativa em informar não importa em prejuízo.¹⁷ Pode-se descumprir alguma obrigação acessória diante da recusa em prestar informações, mas a solução não será diferente: converter-se-á em obrigação principal, sem chance de compelir o contribuinte a cumprir a acessória, auto-incriminando-se. Caberá ao Fisco encontrar, por meios próprios, os elementos necessários à configuração da obrigação tributária a respeito da qual careça de informações passíveis de serem ofertadas pelo sujeito passivo, sem dele exigir prestações positivas capazes de acarretar-lhe prejuízo, sobretudo se houver processo penal já instaurado e em curso.

A Lei 8.212/91, em específica disciplina, apresentou solução para a inércia do contribuinte. Atribuiu ao sujeito passivo de contribuições sociais o dever de exibir os livros e documentos relacionados com os tributos, autorizou os órgãos da Administração a inscrever de ofício a importância reputada devida e estabeleceu caber à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário (art. 33, §§ 2º e 3º).

Nos Estados Unidos, a orientação é semelhante, como decidiu a Suprema Corte, em *Mathis v. U.S.* (1968):

The government contended that the Miranda warnings were not required because the questions were asked as “part of a routine tax investigation where no criminal proceedings might even be brought”, but the Court ruled otherwise because there is always the possibility that criminal prosecution will result.¹⁸

Por seu turno, o *Bundesgerichtshof* decidiu não haver obrigação de declarar apenas sobre aquilo que está sendo objeto de ação penal, conquanto persista o dever de informar quanto às demais circunstâncias.¹⁹ Parte-se de uma leitura restritiva do direito a não auto-incriminar-se que prende sua operatividade apenas à esfera processual.²⁰ Semelhantemente, o *Bundesverfassungsgericht* assinalou que uma informação prestada na raiz de um dever de declarar não pode empregar-se contra a vontade do acusado em eventual processo penal que se inicie contra ele.²¹ Entre desobrigar o acusado de prestar declaração ou exigir-lhe informações que

não serão utilizadas em processo penal, os tribunais germânicos optaram pela segunda alternativa, o que é passível de críticas.

Difícilmente o órgão acusador, de posse da confissão da prática de ilícito penal pelo sujeito passivo da obrigação tributária, omitir-se-ia em instaurar ação penal, mesmo que não pudesse valer-se da prova inservível. Firmada a culpabilidade do acusado de antemão, o manejo da ação penal ocorreria com a esperança de que provas outras pudessem suprir a impossibilidade de valoração da confissão feita em âmbito tributário.

Além disso, preferível seria evitar esse malabarismo psicológico de excluir a convicção da culpabilidade, formada por meio da prova inservível, e facultar ao contribuinte a recusa em fornecer todos os elementos que importem na responsabilidade criminal. Permaneceria, assim, preservada a estrutura do princípio contra a auto-incriminação no Direito pátrio, em que a proteção do acusado é conferida anteriormente à prestação de alguma declaração (*ex ante*) e impede a própria produção da prova. A proibição de valoração da prova contrariamente a quem a produziu é usual no *common law*, em que se defere às testemunhas imunidade processual pelos depoimentos prestados, mas persiste a obrigação em depor mesmo com o risco de auto-incriminação.

4. O princípio contra a auto-incriminação como causa de exclusão da ilicitude

A extensão do princípio contra a auto-incriminação tem similar significado em termos do que é permitido no Direito Penal. Algumas infrações penais têm por elementos constitutivos do tipo a recusa em fornecer uma razoável ou satisfatória informação à autoridade a quem se atribui a persecução penal ou em desempenhar determinada conduta por esta requerida. Se os crimes e contravenções não ensejam punição ao acusado que silencia ou se omite na prática da conduta descrita no tipo penal é porque algum de seus elementos constitutivos – tipicidade, ilicitude ou culpabilidade – resta excluído.

Não há consenso de opiniões a respeito da questão e as variadas posições defendem desde a atipicidade da conduta, passando pela presença de uma discriminante, até a ausência de culpabilidade. Também se argumenta que o princípio contra a auto-incriminação não constitui causa de exclusão da antijuridicidade, da culpabilidade ou mesmo causa de não-punibilidade genérica, malgrado repercuta na esfera do Direito Penal e impeça a configuração de delitos, em certas situações.²²

Na realidade, o recurso ao silêncio ou a recusa em praticar uma ação funcionam como a causa de exclusão da ilicitude consubstanciada no exercício regular de um direito, constitucionalmente previsto. Mesmo considerando que a Cons-

tituição Federal faça alusão apenas ao direito de permanecer calado e, gramaticalmente, limite ao testemunho oral o exercício do direito, o Supremo Tribunal Federal, fazendo relação sinedóquica, extraiu a positivação do princípio *nemo tenetur se detegere*, abrangente de inúmeras situações em que o acusado corre o risco de se incriminar involuntariamente. Por conseguinte, garante-se ao acusado não apenas o direito ao silêncio, mas também o direito de não colaborar na própria incriminação por qualquer outra forma. Comportando-se de modo a não produzir prova em seu desfavor, age o acusado no regular exercício de um direito cujo *status* é constitucional.

Não se pode exigir de quem atua em conformidade com a lei outra conduta. Oculta o exercício regular de direito, como toda causa de exclusão da ilicitude, a inexigibilidade de conduta diversa. Justifica-se a elisão da antijuridicidade porque, apesar de típica, a conduta realizada é lícita e outro comportamento não podia esperar-se do agente. A discriminante se assenta sobre o exercício de algo que é permitido. É insuficiente, porém, a conduta estar albergada por um direito. Torna-se imperioso se efetue o exercício do direito de maneira regular, sob pena de caracterizar o abuso ou o excesso. O direito de não produzir prova incriminatória não se coaduna com comportamentos ativos que, direcionados a essa não-produção, tencionem impedir sejam utilizados elementos coligidos independentemente da vontade do acusado.

O exercício regular de direito acarreta a exclusão da ilicitude e, por conseguinte, obsta a aplicação da sanção penal. Luiz Vicente Cernecchiaro vai mais adiante ao asseverar inviáveis as reprimendas penais e administrativas na hipótese de exercício do direito de permanecer calado, pois o comportamento ilícito deixa de sê-lo e configura o direito de não esclarecer.²³

O raciocínio encontra eco na legislação brasileira. O Direito Civil reconhece à exclusão da ilicitude acatada pelo juízo penal efeitos vinculantes sobre o juízo cível, conquanto o art. 935 do Código Civil estabeleça ser independente a responsabilidade civil da criminal. O art. 187, II, do mesmo diploma legal expressamente dispõe não constituírem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. A Lei 8.112/90 apresenta regulamentação semelhante ao excluir a responsabilidade administrativa na hipótese de absolvição decretada pelo juízo penal com fundamento na negativa de autoria ou na existência do fato. A vinculação estende-se às causas de exclusão da ilicitude, entre as quais se insere o exercício regular de direito.

A organicidade e unidade do ordenamento jurídico proporcionam a repercussão dos efeitos de uma decisão judicial, consolidados em uma esfera, sobre as demais. A absolvição penal por reconhecimento da negativa da autoria vincula no âmbito civil e administrativo, e o mesmo é válido para as justificativas penais.

Em decorrência, afastada a ilicitude da conduta pelo reconhecimento do exercício regular do direito de permanecer calado ou do direito de não colaborar de outra forma para a própria incriminação, nenhuma consequência cível ou administrativa que importe em sanção poderá ser inferida.

O médico do INSS que deixa de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas realizadas em pessoas absolutamente incapazes, sem autorização judicial, não pratica o crime do art. 16 da Lei 9.263/96, porquanto não pode ser compelido a incriminar-se involuntariamente. A ele não poderá ser imposta sanção penal, tampouco punição administrativa. Obviamente que a descaracterização do delito descrito no art. 16 da Lei 9.263/96 em nada prejudica a concretização do crime de realização de esterilização cirúrgica irregular (art. 15), cuja pena é superlativamente superior à daquela infração e para o qual é cabível a imposição de punição administrativa.

Na seara tributária, o reconhecimento da licitude da conduta não obsta a que sejam impostas obrigações acessórias ao contribuinte que se omite em dar prestações positivas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Embora ao contribuinte que deixe de prestar informações ao Fisco não se deva imputar a prática de ilícito penal (art. 1º, I, da Lei 8.137/90), não há óbice a que se converta a obrigação acessória – prestar informações – em principal, no tocante à penalidade pecuniária. Isso porque o tributo não constitui sanção de ato ilícito e pode ser exigido mesmo, e apenas, se a hipótese de incidência for lícita.

Convém aqui distinguir a hipótese de incidência, que é a descrição normativa da situação de fato, e o fato gerador. Não se pode incluir na hipótese de incidência tributária o elemento ilicitude.²⁴ Não é possível estabelecer como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação tributária – principal ou acessória – uma situação que não seja lícita. Entretanto, o fato gerador pode ocorrer em circunstâncias ilícitas, que são estranhas à hipótese de incidência do tributo, e, por isso, irrelevantes do ponto de vista tributário. O descumprimento de obrigação acessória acarreta a conversão em obrigação principal, relativamente à penalidade pecuniária, independentemente se permaneceu inadimplida por intermédio uma omissão lícita ou ilícita. “A ilicitude do ato praticado nada tem a ver com a relação tributária”.²⁵ Ocorrida a situação prevista em lei como necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, abstração há de ser feita acerca da licitude ou ilicitude eventualmente presente.

5. Conclusão

No Brasil, o princípio *nemo tenetur se detegere* visa a repelir a responsabilidade criminal. A invocação do princípio pode dar-se em qualquer procedimento que se desenvolva perante os três Poderes do Estado, a fim de evitar, a quem reclama o direito, a produção de prova desfavorável a ser utilizada, exclusivamente,

na esfera criminal.

A obrigação de informar ao Fisco, estatuída em leis complementar e ordinária, cessa no momento em que se inicia o risco de auto-incriminação, cuja proteção é constitucionalmente assegurada pelo direito de permanecer calado. Se a recusa em informar não se justifica para suprimir ou reduzir o tributo, mas para livrar-se de possível incriminação penal, com maior razão se justifica a invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Conquanto o princípio contra a auto-incriminação permita ao acusado não contribuir para a reconstrução dos fatos, ao autorizar-lhe optar por omitir-se na produção da prova, não tolera comportamentos ativos para obstar o esclarecimento da verdade, a exemplo da dicção da mentira. Ele não é tão abrangente a ponto de autorizar condutas destinadas a induzir a erro as autoridades administrativa, policial e judiciária.

Nesse panorama, a autoridade fazendária poderá exigir do contribuinte, mediante notificação, preste todas as informações úteis à atividade fiscalizadora. Por sua vez, ele tem o direito de se eximir de prestá-las, na hipótese de as informações requeridas serem incriminatórias. Caberá ao Fisco encontrar, por meios próprios, os elementos necessários à configuração da obrigação tributária a respeito da qual careça de informações passíveis de serem ofertadas pelo sujeito passivo, sem dele exigir prestações positivas capazes de acarretar-lhe prejuízo, sobretudo se houver processo penal já instaurado e em curso.

O recurso ao silêncio ou a recusa em praticar uma ação funcionam como a causa de exclusão da ilicitude consubstanciada no exercício regular de um direito, constitucionalmente previsto. Mesmo considerando que a Constituição Federal faça alusão apenas ao direito de permanecer calado e, gramaticalmente, limite ao testemunho oral o exercício do direito, o Supremo Tribunal Federal, fazendo relação sinedócica, extraiu a positivação do princípio *nemo tenetur se detegere*, abrangente de inúmeras situações em que o acusado corre o risco de se incriminar involuntariamente.

Na seara tributária, a despeito da licitude da conduta em face da invocação do princípio, não existe óbice a que sejam impostas obrigações acessórias ao contribuinte que se omite em dar prestações positivas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Embora ao contribuinte que deixe de prestar informações ao Fisco não se deva imputar a prática de ilícito penal (art. 1º, I, da Lei 8.137/90), não há impedimento a que se converta a obrigação acessória – prestar informações – em principal, no tocante à penalidade pecuniária. Isso porque o tributo não constitui sanção de ato ilícito e pode ser exigido mesmo, e apenas, se a hipótese de incidência for lícita.

Notas

¹ Couture, Eduardo J. Sobre el precepto *nemo tenetur edere contra se*. *Revista de Derecho Procesal*,

Buenos Aires, v. 1, p. 53-4, ene./jun., 1943.

² Tradução livre: “às partes e testemunhas em causas criminais, presumivelmente em todas as fases do procedimento, desde a prisão e interrogatório até o indiciamento e julgamento”. Levy, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 425.

³ Hellmann, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, 12, p. 617, 2002.

⁴ HC 79.244/DF.

⁵ MSPR 23.576/DF, HCML 78.814/PR, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCML 80.427/PE e HCML 80.530/PA.

⁶ Tradução livre: “o pressuposto é a simples probabilidade que da resposta sobre um determinado fato possa derivar a responsabilidade penal do declarante; não é suficiente que possa derivar uma responsabilidade somente de tipo civilista ou administrativa”. Tonini, Paolo. *La prova penale*. 2^a ed. Padova: Cedam, 1998, p. 56.

⁷ Martins, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3^a ed. São Paulo: RT, 1998, p. 207.

⁸ Marino, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio: o direito ao silêncio (art. CF, art. 5^o, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: *Direito Penal Tributário contemporâneo – estudos de especialistas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 116.

⁹ Marino, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰ Grinover, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2^a ed. São Paulo: RT, 1982, p. 251.

¹¹ Wessels, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, 5, p. 173, maio, 1966.

¹² Martins, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3^a ed. São Paulo: RT, 1998, p. 127.

¹³ Machado, Hugo de Brito. O direito ao silêncio e o dever de informar. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, 21, p. 413, 1^a quinzena de nov., 1993. Machado, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária – aspectos práticos e aplicação da lei. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, 83, p. 7, out., 1999.

¹⁴ Cernecchiaro, Luiz Vicente. Omitir informações. *Correio Braziliense*, Brasília, Suplemento Direito e Justiça, p. 3, 29/07/96.

¹⁵ Cernecchiaro, *op. cit.* p. 3.

¹⁶ Martins, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3^a ed. São Paulo: RT, 1998, p. 336-7.

¹⁷ Salomão, Heloisa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 26, p. 135, abr./jun., 1999.

¹⁸ Tradução livre: “O governo sustentava que as advertências Miranda não eram necessárias, porque as questões foram respondidas como ‘parte de uma rotineira investigação de tributos em que nenhum procedimento criminal poderia mesmo ser provocado’, mas o tribunal decidiu de outra maneira porque sempre há a possibilidade de resultar em persecução criminal”. Israel, Jerold H. Lafave, Wayne R.

Criminal procedure: constitutional limitations. 5^a ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 205.

¹⁹ Hellmann, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, 12, p. 618, 2002.

²⁰ Perini, Andrea. Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 2, p. 572, apr./giu., 1999.

²¹ Kirsch, Stefan. Derecho a no autoinculparse? In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 251.

²² Queijo, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 405 (Tese, Doutorado em Processo Penal).

²³ Cernicchiaro, Luiz Vicente. Omitir informações. *Correio Braziliense*, Brasília, Suplemento Direito e Justiça, p. 3, 29 jul., 1996.

²⁴ Machado, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 51.

²⁵ Machado, op. cit. p. 106.

Referências Bibliográficas

CERNECCHIARO, Luiz Vicente. Omitir informações. *Correio Braziliense*, Brasília, Suplemento Direito e Justiça, p. 3, 29 jul. 1996.

COUTURE, Eduardo J. Sobre el precepto *nemo tenetur edere contra se*. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. 1, p. 53-71, ene./jun., 1943.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2^a ed. São Paulo: RT, 1982, p. 288.

HELLMANN, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 615-20, 2002.

ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5^a ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 488.

KIRSCH, Stefan. Derecho a no autoinculparse? In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 247-64.

LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 562.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária – aspectos práticos e aplicação da lei. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, 83, p. 6-7, out., 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 440.

MACHADO, Hugo de Brito. O direito ao silêncio e o dever de informar. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, 21, p. 413, 1^a quinzena de nov., 1993.

MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio: o direito ao silêncio (art. CF, art. 5^o, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: *Direito Penal Tributário contemporâneo – estudos de especialistas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 113-8.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 422.

PERINI, Andrea. Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 2, p. 538-86, apr./giu., 1999.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 459. (Tese, Doutorado em Processo Penal).

SALOMÃO, Heloisa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 26, p. 129-42, abr./jun., 1999.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, p. 128.

WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, 5, p. 169-76, maio, 1966.

Princípios Constitucionais do Processo Penal – Questões Polêmicas

Fábio Ramazzini Bechara*

Pedro Franco de Campos**

1. Introdução

Trata-se de tema sempre recorrente, que demanda uma leitura mais ampla e acurada, abrangendo a concepção genérica dos princípios e suas múltiplas manifestações no Processo Penal.

2. Noção de princípios

Os princípios podem ser definidos como a base, o fundamento, a origem, a razão fundamental sobre a qual se discorre sobre qualquer matéria. A expressão “princípio geral” constitui um pleonismo, uma vez que a generalidade e a universalidade são ínsitas aos princípios. Trata-se de proposições mais abstratas que dão razão ou servem de base e fundamento ao Direito. Trata-se de um enunciado amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento resolvido num esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de fatos que oferece a vida real. São normas que têm uma estrutura deontica, uma vez que estabelecem juízos de dever-ser¹.

Já as suas características podem ser resumidas: a) idéias cardinais que constituem a origem ou o fundamento do Direito; b) estão dotadas de um alto grau de generalidade; c) gozam de grande compreensão no âmbito jurídico; d) pertencem

*Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal de Belo Horizonte e mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG

às mais amplas formulações do Direito; e) não requerem necessariamente formulações, mas, se estiverem formuladas, seu lugar mais lógico são as proposições normativas mais abstratas do ordenamento. A essência dos princípios gerais do Direito consiste na constituição de normas básicas reveladoras das crenças e convicções da comunidade a respeito dos problemas fundamentais de sua organização; centra-se em construir a base ou o fundamento do Direito, dando-lhe solidez para que sirva à finalidade de regulamentar ordenadamente a comunidade. Constituem as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica de uma nação. Os princípios gerais do Direito não são meros critérios diretivos nem juízos de valor simplesmente, são autênticas normas jurídicas em sentido substancial, pois estabelecem modelos de conduta. A causa geradora dos princípios gerais do Direito é a convicção social, o viver da comunidade, a sua idéia da vida, a consciência e crença social da época. O papel da consciência social e das crenças e convicções sociais como causa geradora dos princípios gerais do Direito merece especial destaque. A denominada consciência social requer certa valoração qualitativa².

É inegável que os princípios gerais do Direito não somente servem de orientação ao juiz, no momento de proferir a sua decisão, mas também constituem um limite ao seu arbítrio, garantindo que a decisão não está em desacordo com o espírito do ordenamento jurídico e que suas resoluções não violam a consciência social. São mais do que um elemento da insegurança jurídica, na medida em que contribuem para dotar o ordenamento jurídico em seu conjunto de seguridade, tanto no sentido de assegurar que condutas que se ajustem à justiça não se vejam reprovadas pela norma positiva, como permitindo resolver situações não contempladas em norma alguma positiva, mas que tenham relevância jurídica³.

Nessa perspectiva, inserem-se os princípios constitucionais, inclusive, em relação à sua incidência no processo penal, determinando suas premissas básicas e condicionando seus atores à consecução dos seus fins. Os princípios, como assinalado, podem ou não estar previstos no texto legal, todavia todos são positivados, na medida em que possuem vigência sociológica.

3. Dos princípios em espécie

3.1. Princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII, da CF)

Melhor denominação seria – “princípio da não-culpabilidade”. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.

O fundamento do princípio está na proibição do excesso, que em outras

palavras significa a impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado. O cumprimento da pena, a perda da primariedade, a execução civil da condenação, todos pressupõem o trânsito em julgado da decisão condenatória. De outro lado, é importante salientar que quando se instaura uma ação penal contra alguém, da mesma forma quando se decreta a prisão cautelar, há um ataque à inocência, com a presunção de culpabilidade e de responsabilidade pelo fato imputado. No entanto, tudo fica na esfera da “incerteza da inocência” até a sentença final, já que se trata de uma afirmação provisória de culpabilidade. Essa afirmação provisória de culpabilidade é absolutamente necessária, pois do contrário a excessiva e irrestrita observância do princípio esvaziaria o poder estatal de tutelar a coletividade por meio dos institutos da ação penal e da prisão cautelar, proteção essa que também possui proteção constitucional.

O princípio do “estado de inocência” tem reflexo nos processos da competência do Tribunal do Júri – foi abolido o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados, quando da pronúncia. Esta providência era adotada antes da vigência da CF e da Lei 9.033, de 2 de maio de 1995, dando nova redação ao § 1º do art. 408 do CPP. No entanto, mesmo depois da vigência da CF, mas antes da Lei 9.033/95, alguns julgados ainda determinavam o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, entendendo que isso não contrariava a norma constitucional. O raciocínio estava vinculado ao fato de que a expressão *culpados* não era utilizada pela lei (CPP) com o sentido de *condenados*, mas, sim, de *acusado de culpa* (RT 703/274). Hoje, com a alteração do CPP, a questão está encerrada.

Outra questão divergente refere-se à alienação cautelar de bens, nos termos do art. 34, § 5º, da Lei 6.368/76. Sustenta-se que tal venda implicaria violação à presunção de inocência, dada a sua natureza definitiva, o que caracterizaria verdadeira antecipação dos efeitos da condenação. Contudo, tal interpretação não se mostra correta, uma vez que o produto da alienação não é revertido à União, mas depositado em juízo, incidindo inclusive correção monetária. A finalidade do dispositivo em análise não é impor uma constrição abusiva ao patrimônio dos acusados da prática de tráfico de substância entorpecente, mas tão-somente evitar a depreciação do bem. O bem depreciado pode frustrar tanto o interesse do acusado na hipótese de absolvição como do Estado na de condenação.

Finalmente, demanda uma curiosa análise a recente Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, que possibilita a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime prisional menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse caso, tem-se uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação transitado em julgado, contudo a mitigação do princípio da presunção de inocência é justificada pelo princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, igualmente de índole constitucional.

3.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)

O mais importante princípio do sistema acusatório (separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador), também conhecido pelo nome de “princípio da bilateralidade da audiência”, consiste, em resumo, na possibilidade de as partes, em igualdade de condições, praticarem todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Atinge, também, a necessidade de cientificação da parte contrária, dos atos praticados por uma delas, por isso é chamado, pelos doutos, como o princípio que consagra o binômio: “ciência e participação”.

Pela redação do art. 5º, LV, da CF, fica evidente que o princípio do contraditório e da ampla defesa é de cumprimento obrigatório somente nos processos judiciais e administrativos, pois somente nesses é que se observa a existência de uma relação dialética de acusador e acusado ou de litigantes. Daí porque não há que se falar na incidência do princípio durante o inquérito policial, uma vez que se trata de mero procedimento administrativo, desprovido de qualquer litígio, resumindo-se a um método de investigação levado adiante pela polícia judiciária. Ocorre, todavia, que muito embora não se fale na incidência do princípio durante o inquérito policial, é possível visualizar alguns atos típicos de contraditório, os quais não afetam a natureza inquisitiva do procedimento. Por exemplo, o interrogatório policial e a nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante.

O contraditório abriga em seu conteúdo tanto o direito à informação como o direito à participação. O direito a informação no direito de ser cientificado, que por sua vez é respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação. Já o direito à participação consiste tanto no direito à prova como no direito à atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita. Quanto ao momento da sua observância, o contraditório pode ser prévio, real ou simultâneo, e, finalmente, diferido ou prorrogado. A CF não faz qualquer restrição quanto ao momento do exercício do contraditório, o que não seria razoável, dada a infinidade de situações de fato possíveis de acontecerem. É de se anotar que, no caso do contraditório diferido, sua admissibilidade é justificada tanto pelo propósito de preservação da eficácia de determinado ato, como a decretação da prisão cautelar, por exemplo, como também em razão do momento da persecução criminal, como na hipótese da perícia realizada durante o inquérito policial.

A ampla defesa, por sua vez, abriga em seu conteúdo o direito à autodefesa, o direito à defesa técnica e o direito à prova, que é o direito de se defender provando. O direito à autodefesa abrange o direito à audiência ou de ser ouvido, o direito de presença nos atos processuais, o direito ao silêncio e o direito de se entrevistar com o advogado. Já o direito à defesa técnica engloba tanto a defesa exercida pelo

defensor constituído, como a exercida pelo defensor dativo e o defensor *ad hoc*.

A Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, deu nova redação ao art. 185 e seguintes do CPP, que tratam do interrogatório judicial. Dentre as inovações, merece particular destaque o art. 188, que prevê a possibilidade de as partes intervirem no interrogatório, formulando perguntas que entenderem pertinentes e relevantes. Tal novidade pacifica antiga discussão em torno da natureza jurídica do interrogatório e consagra o seu caráter híbrido ou misto, seja por constituir um meio de defesa, seja por implicar igualmente meio de prova. É meio de defesa em razão da possibilidade do réu dar a sua versão a respeito da acusação, e é meio de prova, não somente porque seu conteúdo pode influenciar o juiz na formação da sua convicção, mas principalmente por se tratar de um ato contraditório, com a participação das partes. Mas a nova configuração do interrogatório trouxe também alguns questionamentos. O primeiro deles refere-se à ordem de reperguntas das partes. Há duas opiniões a respeito. Segundo alguns, diante da omissão legal, prevalece a dialética do processo, e, portanto, primeiro pergunta a acusação e depois, a defesa. Já para outros, como o interrogatório constitui prova da defesa, então, primeiro pergunta a defesa e depois, a acusação. O segundo questionamento refere-se à aplicação ou não deste formato do interrogatório judicial ao interrogatório policial, uma vez que o art. 6º, V, do CPP, faz expressa remissão ao art. 185 e seguintes. Porém, o citado dispositivo consigna expressamente que as disposições do interrogatório judicial somente incidirão no interrogatório policial “no que for aplicável”. Em assim sendo, considerando que no interrogatório policial não existe uma relação dialética entre acusador e acusado, não há que se falar em perguntas das partes.

É indiscutível que o interrogatório se insere no conteúdo do princípio da ampla defesa. Da mesma forma, o direito de presença, como, aliás, já assinalado. Como seria possível compatibilizar o interrogatório por meio de videoconferência frente tais garantias constitucionais? Em primeiro lugar, convém assinalar que o conteúdo da ampla defesa sofre certa limitação, como toda e qualquer liberdade pública, justamente em razão da necessidade de preservação de outros valores com igual índole constitucional que, por ventura, possa confrontar⁴. Na hipótese do interrogatório e da audiência a distância, o valor confrontado é a eficiência do processo⁵. O art. 5º, LXXVII, da CF, assegura o direito à rápida prestação jurisdicional, que deve ser o mais pronta possível, a fim de conservar sua utilidade e a adequação ao interesse reclamado. Por vezes, todavia, a função do processo pode se mostrar ameaçada, o que demanda a necessidade de aparelhamento do sistema a fim de evitar tal comprometimento. É exatamente nesse contexto de fundado receio de comprometimento da eficiência do processo que se insere a justificativa do emprego do sistema de videoconferência. O uso da tecnologia explica-se por razões de segurança ou ordem pública, ou ainda quando o processo possui parti-

cular complexidade que a participação a distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento⁶. É o receio da paralisia do processo. Trata-se de um tratamento processual diferenciado, não aplicável indiscriminadamente, mas somente aos casos que exijam procedimento especial. A compatibilização entre as garantias da ampla defesa e da eficiência do processo, no entanto, deve ser construída à luz do princípio da proporcionalidade⁷, que tradicionalmente atua como critério solucionador dos conflitos entre valores constitucionais, mas que constitui, na realidade, uma norma de sobredireito ou de conformação, que define a dimensão conceitual e o âmbito de aplicação de cada liberdade pública. O princípio da proporcionalidade constitui, enfim, uma solução de compromisso, que procura realizar o primeiro mandamento básico da fórmula política de um ordenamento, que é o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. Sua operacionalização perfaz-se por meio dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita. Nesse sentido, portanto, a participação a distância acarreta evidente mitigação do princípio da ampla defesa, notadamente do direito de presença, mas não o inviabiliza, já que o núcleo essencial está preservado, diante da possibilidade do acusado intervir no ato processual por meio da tecnologia, mas não fisicamente, resguardado o contato com o defensor. O que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por razões de segurança ou ordem pública, seja porque o processo guarde certa complexidade, e a participação a distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento. É evidente que não se pode presumir que em todo e qualquer processo haverá tal receio, da mesma forma que o uso da técnica não pode ser feito aleatoriamente.

3.3. Princípio da verdade real ou da busca da verdade

Por esse princípio, o *jus puniendi* só deve ser exercido contra aquele que praticou o crime, na medida de sua responsabilidade. A investigação, portanto, não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes, ressalvada a vedação constitucional das provas obtidas por meios ilícitos.

A partir do prima em exame, são excluídos os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc.

Aqui deve ser discutida a questão dos “acordos” no Júri, também chamados de “unificação de teses”. Essa prática odiosa, além de ferir o princípio da verdade real, vai contra o princípio da obrigatoriedade, que é consagrado na nossa sistemática para o Ministério Público.

É indiscutível que no âmbito da Justiça Penal verifica-se uma necessidade

insofismável em relação ao restabelecimento da verdade, dada a maior potencialidade lesiva que o poder estatal ostenta em relação às liberdades individuais. Isso fica evidente na possibilidade de ajuizamento da revisão criminal a qualquer tempo, bem como no poder supletivo do juiz na produção da prova, muito mais incisivo e freqüente que no Processo Civil.

3.4. Princípio da publicidade (art. 93, IX, da CF)

Previsto no art. 93, IX, da CF, o princípio da publicidade nada mais é do que uma garantia para o indivíduo, decorrente do próprio princípio democrático, que visa dar transparência aos atos praticados durante a persecução penal, de modo a permitir o controle e a fiscalização e evitar os abusos.

A publicidade subdivide-se em:

- a) geral, plena ou popular – atos podem ser assistidos por qualquer pessoa, não havendo qualquer limitação;
- b) especial, restrita ou das partes – atos só podem ser assistidos por algumas pessoas, geralmente as partes do processo ou quem, de alguma forma, tenha interesse justificado em relação ao objeto.

A publicidade absoluta pode acarretar, às vezes, situações não desejadas: sensacionalismo; desprestígio para o réu ou para a própria vítima e convulsão social.

Daí porque o art. 5º, LX, da CF, prevê a possibilidade de restrição à publicidade, quando for necessária para a preservação da intimidade e do interesse social.

Bem exemplificam esta situação as seguintes hipóteses previstas no CPP:

- a) art. 792, § 1º: admite-se a restrição da publicidade geral, quando a mesma puder resultar em escândalo, inconveniência ou perigo de perturbação da ordem;
- b) arts. 476, 481 e 482: trata-se da sala secreta, em que se presume a lesividade da publicidade plena em relação ao ânimo do jurado, o que poderia afetar sua isenção e imparcialidade;
- c) art. 272: a retirada do réu da audiência poderá ser determinada, quando a sua presença puder interferir no ânimo da testemunha a ser ouvida ou no bom andamento do ato.

3.5. Princípio da obrigatoriedade

Ocorrendo um fato criminoso, para não existir a impunidade, o Estado deve promover o *jus puniendi*, sem concessão de poderes discricionários aos órgãos

encarregados da persecução penal. A instauração do inquérito é obrigação da autoridade policial, e a propositura da ação penal, do Ministério Público.

É diferente do princípio da oportunidade – segundo o qual o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal tendo em vista o interesse público. O fundamento do princípio da oportunidade está vinculado à idéia de que o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes, podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar que dele possam advir mais inconvenientes do que vantagens. Esse princípio vigora na França, na Alemanha, na Noruega, dentre outros.

No Brasil, o princípio da oportunidade só vale para as ações penais de natureza privada e nas ações penais públicas dependentes de representação.

O princípio da obrigatoriedade significa, em outras palavras, o poder-dever da autoridade policial investigar e do Ministério Público ajuizar a ação penal pública. Ocorre, todavia, que o princípio sofre algumas mitigações, como, por exemplo, nas hipóteses de transação penal prevista na Lei 9.099/95 e, também, quando se admite a incidência do princípio da “bagatela” ou insignificância. No caso da transação penal, tem-se a denominada discricionariedade regrada ou obrigatoriedade mitigada, tendo em vista a possibilidade que o Ministério Público ostenta em optar pela via da ação penal ou pela via do consenso. É evidente que tal escolha não é totalmente discricionária, uma vez que os requisitos e critérios estão definidos em lei. Importante ressaltar que o Ministério Público, seja na hipótese em que ajuíza a ação penal, seja na hipótese em que oferece a proposta de transação penal, é o mesmo art. 129, I, da CF, que está sendo observado.

No Júri, como já assinalado no princípio da verdade real ou da busca da verdade, vigora a obrigatoriedade.

3.6. Princípio da oficialidade

Os órgãos encarregados da persecução penal devem ser oficiais, ou seja, pertencem ao Estado.

O inquérito policial somente pode ser instaurado pela polícia judiciária (art. 144 da CF e art. 4º e seguintes do Código de Processo Penal). A ação penal é pública incondicionada, de iniciativa exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da CF)

Não é um princípio absoluto em decorrência da permissão constitucional – art. 5º, LIX, da CF – da ação penal subsidiária. Na ação penal privada, o ofendido age em nome do Estado, contudo tal atuação restringe-se à ação de conhecimento, não se estendendo à execução, cuja legitimidade estatal é exclusiva.

3.7. Princípio do juiz natural – do juiz constitucional

O autor de um delito só pode ser processado e julgado perante o órgão a quem

a Constituição Federal, implícita ou explicitamente, atribui a função jurisdicional. Essa é a leitura que decorre do art. 5º, LIII e XXXVIII, da CF, e que consagra o princípio do juiz natural, segundo o qual:

- a jurisdição somente pode ser exercida por quem a CF houver delegado a função jurisdicional;
- as regras de competência devem ser objetivas e anteriores ao fato a ser julgado;
- é vedada a criação do Juízo ou Tribunal de Exceção, ou seja, após o fato e para o fato.

Assim, é possível a criação de um juízo ou tribunal autorizado pela Constituição Federal, como, por exemplo, os Juizados Especiais Criminais, que passou a julgar fatos ocorridos antes de sua criação, contudo, sua existência e respectiva competência já se encontravam previamente delimitadas no art. 98, I.

O STJ, em acórdão da lavra do Min. Vicente Cernicchiaro assim definiu o princípio do juiz natural:

Juiz natural significa o juízo pré-constituído, ou seja, definido por lei, antes da prática do crime. Garantia constitucional que visa impedir o Estado de direcionar o julgamento, afetando a imparcialidade da decisão (HC 4.931/RJ, *DJU* de 20 de outubro de 1997, p. 53.136).

A Lei 9.299/96 transferiu para a Justiça Comum a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil, bem como dos crimes praticados com arma da corporação, estando o policial de folga. Sustentou-se a inconstitucionalidade da lei em relação aos fatos anteriores à sua edição, por afronta ao princípio do juiz natural. Porém, tal posicionamento não vigorou, uma vez que a lei sob análise apenas retirou das mencionadas infrações penais a qualificação de crime militar, o que, por razões constitucionais, impede o seu processo e julgamento pela Justiça Militar (art. 124, *caput*, da CF).

Do art. 5º, LII, da CF, igualmente decorre o princípio do promotor natural, segundo o qual ninguém será criminalmente processado senão pela autoridade competente, ou seja, pelo órgão do Ministério Público, dotado de amplas garantias pessoais e institucionais, com atribuições previamente fixadas e conhecidas. Com isso, o STF já vetou, por mais de uma vez, a designação de promotor de justiça para exercer as funções de outro, já regularmente investido no respectivo cargo.

3.8. Princípio do duplo grau de jurisdição

A previsão expressa ou implícita do princípio no texto constitucional é bastante discutida. Segundo alguns, o princípio decorre da estrutura atribuída ao

Poder Judiciário pela Constituição Federal, dividido em instância. Para outros, o acolhimento do princípio deriva do art. 5º, LV, cuja redação menciona os “recursos” enquanto expressão do contraditório e da ampla defesa. Finalmente, para uma terceira opinião, o citado princípio advém do Pacto de São José da Costa Rica, que é um tratado internacional de direitos humanos, que ingressa no ordenamento a partir do disposto no art. 5º, § 2º, da CF.

O princípio do duplo grau de jurisdição implica a possibilidade ou o direito ao reexame de uma decisão judicial, da forma mais plena e ampla possível, presumindo-se que a partir da sua revisão reduz-se a probabilidade de erro judiciário. O efeito devolutivo dos recursos apresenta-se como sua característica fundamental, justamente porque gera a oportunidade da revisão.

Seu fundamento político assenta-se na máxima segundo a qual nenhuma decisão judicial pode ficar sem controle.

Duplo grau de jurisdição e o recurso oficial, anômalo, obrigatório e necessário

O recurso de ofício, que contraria o princípio da voluntariedade dos reclamos e que implica reapreciação de causas por um outro órgão judiciário, nada mais é do que uma *providência* imposta pela lei no sentido do reexame necessário de algumas sentenças, em algumas matérias, dependendo da situação adotada.

Na verdade, não é um recurso propriamente dito, mas sim uma condição objetiva para a eficácia da decisão, que só transita em julgado ou preclui após sua reapreciação pelo segundo grau de jurisdição. Para muitos autores, é considerado uma *extravagância judiciária e arcaica, hoje totalmente desnecessária*.

Uma questão ainda polêmica refere-se à prevalência ou não do recurso de ofício, na hipótese do art. 411 do Código de Processo Penal diante do Texto Constitucional da exclusiva iniciativa da ação penal pública pelo Ministério Público.

1ª posição: não existe mais o recurso de ofício.

Com o advento da nova Constituição Federal banuiu-se da administração da Justiça Criminal o sistema inquisitivo e implantou-se o sistema acusatório, cuja característica principal é, exatamente, a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e julgar. Com efeito, é o que dispõe expressamente o art. 129, I, da CF ao estabelecer como função institucional do Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública. Assim, consistindo a apelação de ofício forma de iniciativa da ação penal e sendo esta, quando pública, privativa do Ministério Público, segue-se como tendo sido revogados pelo art. 129, I, da CF as normas que obrigam os juízes a recorrer de ofício (arts. 574, I e II, do CPP e 7º da Lei 1.521) pela excrescência jurídica que encerram e pela dicotomia decorrente do princípio processual (RT 659/305-6). No mesmo sentido: RT's 677/374; 684/336; 698/

384 e RJDTCrim 13/124, e RJTJERGS 151/110.

2ª posição: ainda prevalece o recurso de ofício.

O impropriamente denominado recurso *ex officio* não foi revogado pelo art. 129, I, da CF, que atribui ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, e, por sua extensão a de recorrer das mesmas. A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão “recurso *ex officio* revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso no sentido próprio e técnico (STF – 2ª T, HC 74.714-1/PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 22 de agosto de 1997, p. 38.761).

O princípio do duplo grau de jurisdição não afeta a soberania das decisões do Tribunal do Júri. Como leciona o Professor Frederico Marques: “Os veredictos são soberanos, porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão punitiva”. E, arremata, quando analisa a questão do recurso interposto contra a decisão do Júri: “O Tribunal, portanto, não decide sobre a pretensão punitiva, mas apenas sobre a regularidade do veredicto”.

Finalmente, a revisão criminal excepciona o princípio da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, na medida em que é potencialmente capaz de desconstituir a coisa julgada originada a partir das suas decisões de mérito. O direito à revisão criminal não deixa de ser uma manifestação do princípio do duplo grau jurisdicional, que atua como uma garantia contra o erro judiciário. Importante registrar que a expressão “soberania dos julgamentos” é técnico-jurídica e instituída como garantia individual, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir a sua liberdade. Dessa forma, a soberania não pode ser invocada contra ele. Aliás, os tribunais, de forma unânime, têm admitido a revisão criminal contra decisões do Tribunal do Júri.

Em relação aos limites do julgamento da revisão criminal, o TJSP, em acórdão da lavra do Desembargador Walter Guilherme, não só conheceu da revisão, mas também deferiu o pedido, absolvendo o peticionário. O fundamento está no seguinte raciocínio:

(...) A soberania dos veredictos tem o sentido de impossibilidade de outro órgão jurisdicional modificar a decisão dos jurados, para absolver o réu condenado ou para condenar o réu absolvido pelo Tribunal do Júri, produzindo efeito no processo enquanto relação jurídico-processual não decidida. Assim, transitada em julgado a sentença do juiz presidente, é cabível a revisão do processo findo, o que foi decidido na esfera revisional não fere a soberania do Júri.

4. Conclusão

O presente estudo teve por finalidade simplesmente alinhar alguns dos inúmeros questionamentos que envolvem a temática dos princípios constitucionais no processo penal, sem, todavia, qualquer pretensão em esgotar o assunto. O rol dos princípios constitucionais não se restringe ao analisado, pelo contrário, modifica-se e amplia-se constantemente, dado o caráter aberto e abstrato que qualifica a sua textura.

Notas

¹ Flóres – Valdez, Joaquín Arce y, op. cit. p. 63.

² *Ibidem*. p. 63/64 e 69/70.

³ *Ibidem* p. 82/89

⁴ Siracusano, Fabrizio. “*L’esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*” a cura di Enzo Zappalà, Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 220. “*È indispensabile che la compressione del diritto di difesa trovi un adeguato bilanciamento nel proseguimento di finalità e di valori di eguale importanza.*”

⁵ Bargis, Marta. “*L’esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*” a cura di Enzo Zappalà, Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 49. Diz a autora que “*il diritto di difesa potrà subire le limitazioni derivanti dell’impiego della teleconferenza solo quando tale strumento si riveli indispensabile per tutelare esigenze ritenute prevalenti dal legislatore*”. A fls. 50 conclui “*che l’efficienza del processo è tutelata in quanto enucleabile dai principi costituzionali che regolano la funzione giurisdizionale, potendo dunque costituire uno degli interessi da bilanciare com altri valori costituzionalmente protetti.*”

⁶ Art. 146-bis do CPP italiano.

⁷ Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito Constitucional/Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Malheiros, 2001, p. 269.*

Tópicos Jurídicos

Persistência não Exige Idade nem Tempo de Advocacia

Celso Spitzcovsky*

Daniela Dias Graciotto**

*Advogado, atua também como professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo no Complexo Jurídico Damásio de Jesus, na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus – FDDJ, na Universidade Paulista – Unip e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pela Editora Damásio de Jesus, publicou as obras *Direito Administrativo: questões de provas preambulares de concursos jurídicos*, *Concursos Públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência* e *Curso de Direito Constitucional*

** Advogada e aluna do Complexo Jurídico Damásio de Jesus

O tema relacionado aos limites impostos pela Constituição aos editais de concurso público revela-se inesgotável devido às inúmeras vertentes existentes, demandando comentários sempre que nova situação se apresenta.

Neste texto, discutiremos a discordância da co-autora, aluna do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, contra o edital de abertura do XII Concurso para Provisamento de Juiz Federal Substituto da 3ª Região, devido à exigência de alguns itens que obrigavam o candidato a comprovar, no momento da inscrição: I – idade superior a 25 anos; II – certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB comprobatória da inscrição em seus quadros por um período de, no mínimo, 2 anos; requisitos que a co-autora não possuía. Além de abordarmos esse caso, explicitaremos outros que apresentaram problemas parecidos.

Voltemos, então, a falar da situação enfrentada pela co-autora; ela precisou recorrer perante a comissão de concurso, tendo seu pedido indeferido com base no disposto na Lei 5.010/66, com a redação dada pela Lei 7.595/87, as quais consignavam essas exigências.

Inconformada com o evidente desrespeito ao seu direito líquido e certo, recorreu da referida decisão, por meio do Mandado de Segurança 2004.03.00.058988-6, para salvaguardar seu direito violado, conseguindo a liminar pleiteada por intermédio de decisão proferida pelo eminente Des. Federal da 3ª Região André Nabarrete, Relator do processo do qual destacamos o seguinte trecho:

(...) Há que se considerar ainda se as exigências de idade mínima de vinte e cinco anos e de dois anos de exercício profissional estão em conformidade com os princípios constitucionais. Penso que não. É fácil ver que o legislador pretendeu assegurar com tais condições a maturidade e experiência do candidato. Para isso, todavia, teve de eleger um discrimen, o qual, porém, é nitidamente arbitrário. Preferiu vinte e cinco anos de idade, mas podia ter definido vinte e seis, vinte e sete ou qualquer outra. Idêntica é a situação da experiência mínima, à qual se pode agregar ainda o óbice de que a mera inscrição na OAB não tem relação direta e necessária com experiência profissional. Ressalto que não se trata de negar as peculiaridades da função, as quais, entretanto, podem ser avaliadas pelo próprio concurso, sem que seja necessário desatender ao princípio fundamental de igualdade.

O conteúdo da liminar concedida reflete com exatidão o dos princípios constitucionais balizadores da matéria, em particular, o da razoabilidade.

Com efeito, o eminente magistrado deixou clara sua posição, no sentido de que os requisitos de idade mínima e tempo de advocacia revelam-se arbitrários, não servindo para apurar a eficiência do candidato.

Cumpramos observar que o art. 21 da Lei 5.010/66, com a redação dada pela Lei 7.595/87, a qual exige idade superior a 25 anos e inscrição na OAB por 2 anos para o exercício do cargo de juiz federal, não foi recepcionado pela Constitui-

ção Federal – CF de 1988, por não observar a correlação lógica exigida para a restrição de norma constitucional, desrespeitando o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça – STJ a respeito de lei diversa que limitava a idade para ingresso no cargo de juiz substituto, conforme a ementa abaixo transcrita:

Concurso para ingresso na magistratura de carreira. Limite de idade. A Lei 6.750/79, art. 46, V, que impõe limite de idade para inscrição de Concurso para Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Juiz de Direito dos Territórios Federais perdeu o vigor com a promulgação da CF de 88. Posto que é incompatível com as disposições contidas nos arts. 5º e 7º, XXX, da Lei Maior. Recurso ordinário provido (ROMS 635/DF; Recurso ordinário em Mandado de Segurança 1990/0009954-4, 2ª T, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. em 16/11/92).

Tal entendimento também se encontra consubstanciado na seguinte ementa do STJ: “A lei não pode criar limitações que a Constituição expressamente procreveu, entre as quais, discriminações no critério de admissão por motivo de idade (RDA 184/141)”.

Ora, se a CF superveniente dispõe em sentido contrário à lei anteriormente editada, é elementar a sua revogação. É cristalino o descompasso da restrição imposta nos incisos I e V do art. 21 da Lei 5.010/66 com os direitos previstos na Magna Carta no art. 7º, XXX:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(....)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Outrossim, sobreleva notar que o disposto no referido comando constitucional aplica-se, indubitavelmente, aos servidores públicos, conforme expresso no art. 39, § 3º, no qual, aliás, mais uma vez, faz a CF referência ao princípio da razoabilidade nos seguintes termos: “§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

Insta lembrar que, a respeito do tema, foi editada, em 2003, pelo Supremo Tribunal Federal – STF a seguinte ementa, traduzindo a jurisprudência da mesma forma pacífica nesse egrégio Tribunal: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (Súmula 683 – DJU de 09/10/03, publicada também nos DJUs de 10 e 13/10/03)”

A flagrante inconstitucionalidade dos itens do edital revela-se também cristalina em razão do instrumento utilizado. Com efeito, não poderia jamais um edital, mero ato administrativo, e, nesse caso, produzido pelo Poder Judiciário, vir a restringir os efeitos de norma constitucional. Principalmente se a lei que disciplinava a matéria não fora recepcionada pela ordem constitucional vigente.

É oportuna, dessa forma, a transcrição de acórdão proferido recentemente pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Mandado de segurança. Idade mínima para inscrição em concurso público para provimento do cargo de juiz de direito substituto. O acesso aos cargos públicos civis não pode ser impedido, de regra, em razão da idade, considerando o disposto pelo art. 7º, XXX, da CF/88. Somente se mostraria possível a imposição de limite de idade nas hipóteses explícita ou implicitamente previstas pela Carta Federal. Segurança concedida (Pleno, MS 70.006.128.177, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 30/06/03).

Cumprе consignar que as restrições dos editais, por serem desarrazoadas, afrontam a CF, a qual estatui ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social, no primado do trabalho (art. 193), de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, fundamento também da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Nesse contexto, cabe, ainda, ressaltar que os requisitos do edital do XII Concurso para Provimento de Juiz Federal Substituto da 3ª Região impugnados não contêm, consoante bem observou o eminente desembargador, relação de correspondência com a finalidade maior de um concurso público, ou seja, aferir a eficiência do candidato, afrontando, pois, a redação do inciso II do art. 37 da CF: mormente quando preconiza que as provas e títulos deverão estar *de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego*.

Em outras palavras, as exigências de idade mínima do candidato e de tempo mínimo de exercício de profissão para a qual se exija o grau de bacharelado em Direito não traduzem a eficiência do candidato empossado no cargo de juiz federal. Tampouco significa que o candidato sem esses requisitos não cumprirá eficientemente suas funções, uma vez empossado no cargo. Tem-se, assim, que os fatores de discriminação previstos nos editais só se legitimam se compatibilizados com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego oferecidos, conforme já tivemos oportunidade de esclarecer.

Em outras palavras, pode-se concluir que o tempo por si só não pode ser utilizado como fator de discriminação, a menos que a natureza do cargo ou emprego assim se justifique. Em arremate, tempo é elemento neutro, que jamais pode ser tomado como fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia.

Nesse contexto, cumpre designar, uma vez mais, a necessidade de se estabelecer uma correlação lógica entre a exigência formulada e a finalidade a ser alcançada.¹

Esse também é o entendimento do Mestre Adilson Abreu Dallari, conforme se apura do excerto colacionado:

Como regra, a idade não mais pode ser erigida em fator obstativo da acessibilidade, excetuados, evidentemente, o limite mínimo para o trabalho adulto e o máximo, que coincide com o estabelecido para a aposentadoria compulsória. Isso porque, para os admitidos em regime de emprego, o art. 7º, XXX, o impediria, já que ali se dispõe ser proibida a adoção de critério de admissão por motivo de idade. A mesma vedação se impõe para os admitidos no regime de cargo, ex vi do art. 39, § 2º, de acordo com o qual aos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas aplicam-se, entre outros incisos do art. 7º, o mencionado inciso XXX.²

Não é diferente a posição dos tribunais, os quais, em suas decisões recentes, vêm decidindo, como desarrazoadas, as exigências dos editais que não se coadunam com a natureza do cargo a ser preenchido por concurso público, a exemplo da seguinte ementa de decisão do STF, que se coaduna com a citada Súmula 683 do mesmo Tribunal:

A estipulação de limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da CF (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil aplicável aos servidores por força do disposto no art. 39, § 2º, da CF), quando tal limite possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (...) (RE 19784/MG, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 19/05/98).

Nesse mesmo diapasão, dispõe a ementa de decisão do egrégio Tribunal Federal da 3ª Região, cuja transcrição se faz oportuna:

O art. 39, § 2º, da Constituição da República, combinado com o art. 7º, XXX, prescreve o limite de idade para ingresso no serviço por intermédio de concurso. A discriminação somente é possível se houver adequação no tocante às funções de cargo e idade. Remessa oficial a que se nega provimento (TRF, 3ª Região, 4ª T, REO 90.03.03029101, Rel. Des. Lúcia Figueiredo, DJU de 30/09/91).

Melhor sorte não merece a exigência de exercício da advocacia por um período mínimo de dois anos, por afrontar os princípios da eficiência, isonomia e do amplo acesso ao trabalho, também porque impede a participação de servidores públicos que não podem advogar.

Outrossim, a utilização desse critério acaba por atingir resultado inverso do preconizado pela CF, pois penaliza exatamente os eficientes. Imagine-se, por hipótese, que um bacharel em Direito recém-formado consiga lograr êxito logo no primeiro concurso público prestado. Se posteriormente desencantar-se com a

carreira e resolver prestar novo concurso, estará impossibilitado de participar pelo simples fato de não possuir o tempo de advocacia exigido no edital, sendo penalizado por sua competência, o que não se pode admitir.

Cumprido consignar que o constituinte, ao proclamar o princípio da isonomia no *caput* do art. 5º, pretendeu conferir a igualdade material aos cidadãos brasileiros, estabelecendo a igualdade de todos, não só perante a lei, mas no próprio texto legal. A igualdade que a CF proclama, contudo, não impede que a lei dê tratamento desigual aos seus destinatários. Quanto à possibilidade de lei vir a fazer tais distinções, preleciona o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello: “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”.³

Destarte, resta evidente que a aplicação do princípio constitucional em tela destina-se a impossibilitar discriminações de caráter gratuito, que não se coadunem com a finalidade pública a ser atingida. A esse respeito, cabe transcrever as lições de Adilson Abreu Dallari: “Ressalvados os requisitos de capacidade civil e habilitação legal, toda e qualquer outra condição deve guardar total pertinência com o trabalho que vier a ser executado, sob pena de nulidade, pois a regra geral é a proibição de distinções puramente discriminatórias”.⁴

Tem-se, também, por ilegal o momento em que é feita a exigência da comprovação dos mencionados requisitos pelo edital do concurso em tela, pois é ofensora do princípio da eficiência. Assim, o momento legítimo para a cobrança das exigências formuladas no edital é aquele que precede o início efetivo das atribuições, ou seja, a posse.

De acordo com essa afirmação, encontramos a lição do eminente Des. João de Deus Bringel, transcrita *ipsis litteris*:

Inscrição não é pré- investidura. É ato, apenas, de relacionar candidatos a um certame que finda no preenchimento de cargos, não se podendo, por isso, exigir os requisitos para a investidura no ensejo da inscrição, eis que tais condições deverão ser provadas, apenas, pelos candidatos aprovados (MS 2000.07712-6/CE, julgado em 22/03/01).

De resto, outra não é a orientação já consolidada no STJ, a teor da Súmula 266/02: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.”

Esse já era também o entendimento do STF antes mesmo da edição da súmula acima transcrita, conforme a decisão abaixo colacionada:

Constitucional. Servidor público. Concurso público. Habilitação legal. Cargo público: requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I, da CF).

I – A habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigida no

momento da posse. No caso, a recorrente, aprovada em primeiro lugar no concurso público, somente não possuía a plena habilitação, no momento do encerramento das inscrições, tendo em vista a situação de fato no âmbito da universidade, habilitação plena obtida, entretanto, no transcorrer do curso: diploma e registro no Conselho Regional. Atendimento, destarte, do requisito inscrito em lei, no caso (art. 37, I, da CF).

II – RE conhecido e provido (RE 184.425/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 12/06/98, Informativo do STF 114).

Segue colacionado o recente entendimento consubstanciado do STJ a respeito do tema:

Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Requisitos. Limitação. Idade mínima. Impossibilidade.

1 – Uniforme e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça sobre não se poder limitar o acesso a cargos públicos impondo-se limite de idade. Aplicação, pela Administração, do princípio da razoabilidade dos atos públicos, levando-se em consideração a natureza do cargo pretendido. 2 – A exigência de idade mínima em concurso público deve ser aferida no momento da posse, por ser tal requisito relativo à atuação da função, e não na ocasião da inscrição para o provimento do cargo.

3 – Precedentes do STF (RE 156.404/BA) e STJ (RMS 1.511/CE e 14.156/PE).

4 – Recurso conhecido e provido para, reformando o venerando acórdão de origem, conceder a ordem e determinar que seja feita a inscrição definitiva do impetrante no referido certame público. Custas ex lege. Sem honorários advocatícios, a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF (ROMS 13.902/PE; ROMS 2001/0145351-4, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 17/12/02).

É evidente que a exigência do preenchimento dos requisitos no momento da inscrição é inconstitucional, por desconsiderar a regra constante do *caput* do art. 37 da CF sobre a observância ao princípio da razoabilidade na Administração Pública.

Ademais, sendo no momento da posse que se encerra o ciclo de ingresso na Administração Pública, não se atende à finalidade maior do concurso a exigência antecipada de títulos que só serão necessários se o candidato comprovar, nas fases do concurso, aptidão para o exercício das funções.

A respeito disso, já consignamos:

Ao assim proceder, estaria a Administração restringindo, de forma indevida, posto que desarrazoada, a participação de candidatos que possam não preencher a exigência no momento da inscrição, mas que, certamente, pode-

rão fazê-lo no momento da posse.⁵

Dessa forma, os argumentos desenvolvidos ao longo deste trabalho demonstram de maneira cristalina que o ingresso em carreiras públicas demanda persistência, a qual não exige nem idade nem tempo de advocacia.

Notas

¹ Spitzcovsky, Celso. *Concursos públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2004, p. 210.

² *Regime dos servidores da administração direta e indireta: direitos e deveres*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 60-61.

³ *Apud* Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

⁴ *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2^a ed. São Paulo: RT, 1990, p. 34.

⁵ Spitzcovsky, Celso. *Op. cit.*, p. 154.

Pishing Scam: Nova Modalidade Criminosa na Internet

Alexandre Pontieri*

Os usuários de internet devem ficar atentos a mais uma modalidade de crime cometido pela rede mundial de computadores: o *pishing scam*.

O *pishing scam* utiliza-se do envio de *e-mails* (correio eletrônico) para a caixa postal de diversos usuários. Esses *e-mails* normalmente vêm com a aparência de serem de grandes corporações, preferencialmente bancos, os quais informam sobre novos serviços, solicitando o preenchimento de dados pessoais.

O que ocorre na verdade é que, ao acessar essas falsas páginas corporativas, o usuário estará sendo enganado, pois programas altamente sofisticados entrarão na sua máquina, apoderando-se de informações pessoais como, por exemplo, senha bancária – normalmente para aqueles que utilizam o serviço de *internet banking*.

O *pishing scam* é um meio de fraude eletrônica que procura enganar o usuário por meio de mensagens e *links* de *sites* que pareçam de instituições reconhecidas pelo público em geral.

Recentemente alguns *hackers* criaram um falso *site* da Polícia Federal onde informavam a respeito de fraudes que estavam ocorrendo no universo virtual. Informavam, ainda, que para o usuário se proteger destas “extorsões cibernéticas” deveria “baixar” em sua máquina um programa antivírus. Na verdade ao fazer

* Advogado em São Paulo, pós-graduação em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação da UNIFMU/SP e pós-graduado em Direito Penal pela ESMP/SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo

isso o usuário estaria instalando em seu computador um programa inimigo, que posteriormente “roubaria” as informações que ali estivessem contidas. Um verdadeiro cavalo-de-tróia, ou *Trojan*, como o da Grécia antiga.

Esses casos já estão sendo analisados pelos tribunais, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça analisando alguns *habeas corpus*:

Habeas Corpus 34.715/PA, Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima, data do julgamento 28/09/04, publicado no *DJ* de 18/10/04, p. 308.

(....)

I – Pacientes denunciados por integrarem quadrilha formada por 31 pessoas que tinha como finalidade criar falsas páginas de internet de instituições bancárias, nas quais os correntistas que acessavam a rede eram induzidos, a partir de mensagens que recebiam por *e-mail*, a fornecer os dados de suas contas correntes e senhas, os quais permitiam o saque das quantias nelas depositadas.

II – Tese arrolada nesta impetração de que os pacientes não são criminosos contumazes, como também não oferecem riscos ao regular andamento processual.

III – No mérito, verifico que a facilidade com a qual os pacientes cometeram o delito, bastando que tivessem acesso à internet de qualquer computador para a utilização do programa por eles desenvolvido, demonstra a enorme periculosidade dos denunciados, representando, indubitavelmente, insegurança aos correntistas de todo o País a liberdade dos réus. Decreto prisional devidamente fundamentado, sem que tenha sido constatado qualquer vício.

IV – Parecer pela denegação da ordem.

E o mesmo Superior Tribunal de Justiça:

Habeas Corpus 34.965/PA, Rel.: Min. Gilson Dipp, data do julgamento 10/08/04, publicado no *DJ* de 20/09/04, p. 315.

Criminal. HC. Fraudes por meio da internet. Prisão preventiva. Gravidade do crime. Necessidade da custódia demonstrada. Presença dos requisitos autorizadores. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Pedido de extensão. Supressão de instância. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

I – Hipótese em que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de estelionato e formação de quadrilha, pois seria integrante de grupo hierarquicamente organizado com o fim de praticar fraudes por meio da internet, concernentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras do Brasil e do exterior.

II – O réu ocupava, em tese, a função de programador, responsável técnico pelo *software* e pelos *e-mails* por onde circulavam grande quantidade de informações bancárias.

III – Não há ilegalidade na decretação da custódia cautelar do paciente, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, pois a fundamentação encontra amparo nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e na jurisprudência dominante.

IV – A gravidade do delito pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedente.

V – A liberdade do réu poderia, facilmente, ensejar a reiteração da atividade delitiva, tendo em vista que praticada via computador.

VI – Condições pessoais favoráveis do agente não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se a manutenção da custódia encontra respaldo em outros elementos dos autos.

VII – O pleito de extensão dos efeitos do *decisum* que concedeu liberdade provisória a alguns co-réus não foi examinado pelo Tribunal *a quo*.

VIII – A análise da matéria por esta Corte ocasionaria indevida supressão de instância.

IX – Ordem parcialmente conhecida e denegada.

O certo é que as fraudes por meio eletrônico tendem a aumentar cada vez mais, e em ritmo muito rápido, diante da facilidade e técnica de especialistas em desenvolver programas com alto poder de burlar os programas de combate a vírus.

Cabe, assim, um cuidado extremado, seja por parte dos usuários ao acessarem seus correios eletrônicos, evitando páginas com conteúdo desconhecido e suspeito, além das próprias empresas que de forma costumeira vêm seus *sites* vinculados a operações de *pishing*, principalmente os bancos, que promovem ostensiva publicidade das facilidades da tecnologia em operações bancárias a seus clientes.

Acórdãos Inteiros Teores

Corte Especial

Mandado de Segurança

2003.01.00.020670-7/DF

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

Impetrante: Antônio Zacarias Lindoso

Impetrado: Des. Federal do TRF-1ª Região

Publicação: DJ 2 de 15/04/05

Ementa

Processual Civil. Requisição de precatório. Atividade do Tribunal no processamento: natureza jurídica. Honorários advocatícios. Verba de natureza alimentar. Parcelamento.

I. Sendo a atividade do presidente do Tribunal, no processamento do precatório, de natureza administrativa e não jurisdicional (STF – ADI 1.098-1/SP), pode ele corrigir eventuais erros materiais ou inexatidão de cálculos, assim como mandar proceder à atualização da verba, mas não pode interferir na classificação do crédito feita (e a salvo de recursos) pelo juízo emissor da requisição do precatório, de natureza jurisdicional.

II. Os créditos de honorários advocatícios, contratados ou de sucumbência, constituem verba de natureza alimentar (STF – RE 146.318-0/SP), estando, nessa condição, excluídos do pagamento parcelado a que se refere o art. 78 – ADCT, ainda que os serviços sejam prestados por sociedade de advogados, visto que a verba não perde a natureza alimentar pelo fato de ser o serviço prestado pelo profissional organizado em sociedade simples.

III. Concessão do mandado de segurança.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, conceder a segurança.

Corte Especial do TRF-1ª Região – 17/02/05.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de mandado de segurança contra ato do então Presidente deste Tribunal, Des. Federal Catão Alves, que, recebendo requisição de precatório da 7ª Vara Federal – DF, em questão relativa ao crédito-prêmio do IPI, determinou, no Ofício 15, de 31/03/02, endereçado ao Juízo requisitante, que “... os honorários de advogado não poderão ser excluídos do parcelamento porque não se pode dar duplo tratamento aos créditos de um único precatório. (Pagamento parcelado e pagamento integral.)”

O parcelamento a que se refere o presidente é o constante do art. 78 do ADCT/88, com a redação da EC 30, de 14/09/00, que determina, ressalvados os

créditos definidos em lei como de pequeno valor e os de natureza alimentícia, que os precatórios pendentes na data da publicação da emenda e os que decorram de ações ajuizadas até 31/12/99 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos.

Sustenta o impetrante – Advogado Antônio Zacarias Lindoso –, invocando precedentes, que os honorários advocatícios (a hipótese é de honorários de sucumbência) têm natureza alimentar, estando, pela própria previsão constitucional, excluídos do regime constitucional de parcelamento, pedindo o pagamento integral do precatório.

Neguei a liminar, nos termos do despacho de fls. 154, em atenção a precedente desta Corte Especial, no Mandado de Segurança 2002.01.00.005440- 8/DF, Relator o Des. Federal Aloísio Palmeira Lima, sobrevivendo as informações confirmatórias do ato impugnado (cf. fls. 158), tendo o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador-Regional da República Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, opinado, preliminarmente, por que se julgue prejudicado o *writ*, por falta de objeto, pelo fato de o impetrante pedir a inclusão dos valores no orçamento de 2004, o que somente seria possível até 1º de julho de 2003.

No mérito, manifesta-se pela denegação da ordem, invocando dois precedentes desta Corte Especial. (Cf. parecer de fls. 163/166.)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Admissibilidade – Afasto a preliminar levantada pela PRR, de perda de objeto da segurança, pelo fato de o impetrante pedir a inclusão dos valores no orçamento de 2004, o que somente seria possível até 1º de julho de 2003, pois o que se pretende, na realidade, é a remoção do obstáculo à expedição do precatório para pagamento integral – em face do referido ato da Presidência da Corte –, tendo a expedição para o exercício de 2004 um aspecto secundário e operacional, legado ao pedido de liminar.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro (voto retificado), João Batista Moreira, Selene Maria de Almeida, Fagundes de Deus, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa, Tourinho Neto, Carlos Fernando Mathias, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Assusete Magalhães e Aloísio Palmeira Lima. Deixou de votar por não ter presenciado a leitura do relatório o Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. Impedido o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Mário César Ribeiro.

Isso por um lado. Por outro, como a discussão da admissibilidade do mandado de segurança em casos como o presente – contra decisão da Presidência do Tribunal, redirecionando a requisição de pagamento de precatório recebida da primeira instância –, tenho por bem tratar expressamente do tema, para dar pela admissibilidade, considerando que, segundo os precedentes, são de natureza eminentemente administrativa os atos emanados da Presidência do Tribunal nos processos de precatório.¹

Esta própria Corte, julgando o MS 2002.01.00.005440-8/DF, Relator o Des. Federal Aloísio Palmeira Lima, decidiu que “A decisão do presidente do Tribunal para requisitar aos órgãos da Administração a inclusão em orçamento de verba destinada ao pagamento de precatório, equipara-se a ato administrativo, não jurisdicional, de acordo com reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cabível, portanto, a impetração do mandado de segurança contra decisão proferida pela Corte Especial, proferida em agravo regimental.”

Tendo o precedente feito alusão a julgados do STF, anoto que a Corte Maior, *au grand complet*, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1098-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decidiu que “Observadas as balizas constitucionais e legais, cabe ao tribunal, mediante dispositivos do regimento, disciplinar a tramitação dos precatórios, a fim de que possam ser cumpridos.”; que “A ordem judicial de pagamento (§ 2º do art. 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional. A respaldá-la tem-se sempre uma sentença exequenda.”; e que “Constatado erro material ou inexatidão nos cálculos, compete ao presidente do Tribunal determinar as correções, fazendo-a a partir dos parâmetros do título executivo judicial, ou seja, da sentença exequenda.” (Cf. DJ 25/10/96.)

Tal o contexto, *admito o mandado de segurança*, afastando as intermináveis e recorrentes discussões em torno da aplicação da Súmula 121 do (extinto) Tribunal Federal de Recursos. (“Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional, emanado de relator ou presidente de Turma.”)

Mérito – Ao despachar o pedido, inicialmente, neguei a liminar nos seguintes termos:

Cuida-se de mandado de segurança contra ato do Presidente desta Corte, determinando que os honorários advocatícios devidos ao impetrante (de sucumbência) sejam pagos de forma parcelada, nos mesmos moldes pelos quais será pago o principal, em função da EC 30, de 13/09/00.

Sustenta o impetrante, no essencial, e invocando precedentes, que os honorários advocatícios constituem verba de natureza alimentar, estando, por via de conseqüência, abarcados pela exceção – ao parcelamento – feita pelo próprio texto da EC, quando se refere a créditos de natureza alimentícia. Pede

a concessão de liminar, até mesmo em face da exigüidade do prazo para inclusão da verba no orçamento de 2004.

A matéria debatida neste mandado de segurança comporta muita discussão, existindo precedentes que efetivamente prestigiam a tese do impetrante, como está demonstrado com as peças instrutórias, mas a decisão mais recente da Corte Especial deste Tribunal, que devo prestigiar, tomada na sessão de 12/12/02, não reconhece a natureza alimentícia aos honorários advocatícios, porque não incluídos no rol das verbas dessa natureza, previstas no § 1º-A do art. 100 da Constituição, com a redação da EC 30, de 2002.²

Em face do exposto, e pedindo vênias ao ilustre impetrante, indefiro a liminar. Notifique-se para informações, em dez dias; e, depois, ouça-se a Procuradoria Regional da República. Intimem-se.

Neguei a liminar em atenção ao precedente da Casa, sem discussão da questão em debate – saber se os honorários advocatícios têm (ou não) natureza alimentícia –, para, em conseqüência, serem ou não excluídos do parcelamento (em dez prestações anuais) de que trata o art. 78 do ADCT/88, por força da EC 30, de 14/09/00, à semelhança do que já dispusera o art. 33 do ADCT/88, que mandara pagar em oito anos os precatórios pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição.

Na matéria, os precedentes são nos dois sentidos. Nesta Corte Especial, os MS's 2001.01.00.026946-4/DF e 2001.01.00.019295-5/DF, cujos acórdãos, relatados pelo Des. Federal Tourinho Neto, foram publicados em 12/11/01, entenderam que “Os honorários devidos aos advogados são créditos de natureza alimentícia, devendo ser incluídos em ordem própria para pagamento e não estão sujeitos a parcelamento.”

Já no citado MS 2002.01.00.005440-8/DF, Relator o Des. Federal Aloísio Palmeira Lima, julgado em 14/04/03, entendeu-se de forma oposta, ao afirmar que “Os honorários de advogado não foram incluídos no rol das verbas de natureza alimentícia, previstas no § 1º-A do art. 100 da Constituição Federal de 1988, com a redação introduzida pela Emenda 30 de 2000.”; o mesmo ocorrendo no MS 2002.01.00.008289-0/DF, Relator para o acórdão o Des. Federal Cândido Ribeiro, julgado em 11/05/04, quando afirmou que “A Constituição Federal, que no seu art. 100, § 1º-A enumera os débitos de natureza alimentícia, não contempla os honorários advocatícios”.

A divergência também se registra no Superior Tribunal de Justiça, onde a 2ª Turma, no Recurso em Mandado de Segurança 1.392-0/SP, Relator o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 05/04/95, entendeu que “Os honorários advocatícios constituem verba de caráter alimentar, achando-se incluída na ressalva do art. 100, *caput*, da Constituição”.

Nesse precedente, disse o Relator, louvando-se no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que “Efetivamente, os alimentos foram previstos desde os seus primórdios como sendo a quantia pecuniária indispensável à manutenção ou sobrevivência de uma pessoa. A indispensabilidade é a sua característica precípua. Assim, obviamente, se destinam a satisfazer seus gastos futuros. Não aos passados, pois que tanto não tiveram a característica da indispensabilidade que sem estes a pessoa não se manteve”.

Mais adiante, destaca, ainda com base no parecer: “Ora, no caso dos honorários de profissões liberais, como o dos advogados, desempenhado, quase sempre, no decorrer dos anos, é com eles que o profissional se sustentou no passado e virá a se sustentar no futuro. Portanto, de natureza sendo alimentar hão de receber tratamento especial como o dado pelo venerando acórdão”.

Mais adiante, em 02/11/02, ao julgar o ROMS 12.059/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, voltou a Turma a decidir que “Os honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais, possuem natureza alimentar”.

Já no ROMS 2003.022302-2, julgado em 10/02/04, a 1ª Turma, sendo Relator para o acórdão o Min. Luiz Fux, entendeu que:

.... 2. A *ratio essendi* do art. 1º da Emenda 30 dirige-se exatamente àquelas verbas *necessarium vitae* que são devidas e em relação às quais as partes não podem praticamente sobreviver, razão pela qual merecem um tratamento constitucional privilegiado.

3. Deveras, a verba decorrente dos honorários de sucumbência – cuja retribuição é aleatória e incerta – dependente do êxito da parte a qual patrocina, não podem ser consideradas da mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* previstos na Carta Magna.

Diferente não ocorre no âmbito do STF, segundo a pesquisa que me foi dado fazer. No RE 141.639-4/SP, julgado em 10/05/96, a 1ª Turma, Relator o Min. Moreira Alves (*DJ* 13/12/96), entendeu que “Quando a Constituição excepciona do precatório para a execução de créditos de natureza outra que não alimentícia os créditos que tenham tal natureza, a exceção só abarca a execução de condenação em ação que tenha por objeto cobrança específica desses créditos, inclusive, portanto, dos honorários de advogado, e não a execução de condenação a pagamentos que não decorrem de créditos alimentares, ainda que nessa condenação haja uma parcela de honorários de advogado a título de sucumbência, e, portanto, a título de acessório da condenação principal. Neste caso, o acessório segue o principal.”, entendimento que a Turma voltou a adotar em 03/11/98, ao julgar o RE 143.802-9/SP, Relator o Min. Sydney Sanches. (Cf. *DJ* de 09/04/99.)

Antes disso, em 13/11/96 – depois, portanto, do dito precedente da 1ª Turma –, a 2ª Turma, julgando o RE 146.318-0/SP, Relator Min. Carlos Velloso, decidiu,

a propósito do art. 33 do ADCT, que “Os honorários advocatícios e periciais têm natureza alimentar. Por isso, excluem-se da forma de pagamento preconizada no art. 33, ADCT.”

No voto, o eminente Relator, ao reportar-se ao acórdão em causa, anotou que “Os honorários do perito, que comumente são chamados de salário do perito, são remuneração por serviços prestados, por pessoa que exerce profissão liberal. A honorária equivale a salário. É retribuição, é pagamento, é estipêndio, é prêmio pago aos profissionais liberais. O profissional liberal vive do que recebe como honorária, assim como qualquer trabalhador vive do seu salário, de seus vencimentos. Embora a honorária não tenha a natureza jurídica de salário, dele não se distingue em sua finalidade que é a mesma. A honorária é, em suma, um salário *ad honorem* pela nobreza do serviço prestado. Tem, portanto, caráter alimentar, porque os profissionais liberais dele se utilizam para a sua manutenção e de seu escritório ou consultório.”

Com a vênia da divergência, inclusive nesta Corte, que pode eventualmente ter contado com o meu voto, tenho, depois deste estudo mais detido, que este é o entendimento que melhor soluciona a questão, pois efetivamente não se tem como negar que os honorários advocatícios, contratados ou de sucumbência, embora não tenham tecnicamente natureza salarial, têm a mesma finalidade, de ensejar a sobrevivência do profissional liberal da advocacia e dos seus dependentes, pelo que a segurança há que ser concedida.

Não me parece decisivo no debate, com todas as vênias, o fundamento de que os honorários advocatícios devem, em termos de natureza jurídica, seguir a sorte do pagamento principal ao qual estejam agregados, somente tendo natureza alimentar quando sejam objeto de ação específica de cobrança; tampouco o fundamento, assaz restritivo, de que somente têm natureza alimentar se forem entendidos como alimentos naturais, como o estritamente necessário para a manutenção da vida da pessoa: o *necessarium vitae*.

A concepção mais técnica de alimentos não está restrita às chamadas provisões de boca – os alimentos naturais –, pois alcança também os alimentos civis, que cobrem também as necessidades culturais da pessoa, intelectuais, morais etc: os alimentos *necessarium personae*.

A subsistência do ser humano não se resume em alojamento e comida, mas, diversamente, se mede pelo padrão possível de vida, “segundo a faculdade do patrimônio”, na expressão das Ordenações,³ abrangendo o necessário às necessidades da vida da pessoa, em sentido lato – necessidades naturais e espirituais –, segundo os haveres e qualidade da pessoa.

Discute-se se o mesmo entendimento se aplica aos casos em que os profis-

sionais do Direito atuam em sociedades de advogados, pois costuma-se afirmar que créditos de pessoa jurídica não podem ser classificados como de natureza alimentar.

Mas a objeção, examinada com mais aproximação, não procede, pois o fato de o trabalho da advocacia ser prestado em sociedade civil, como permite a Lei 8.906, de 04/07/94, como uma forma de retirar a atividade desses profissionais da informalidade, inclusive para finalidade tributária, não quer dizer que os créditos por eles titulados, de natureza alimentar, mudem de natureza quando o advogado atua em sociedade, pois também aí o que recebem, como destacou o precedente do STF, “É retribuição, é pagamento, é estipêndio, é prêmio pago aos profissionais liberais. O profissional liberal vive do que recebe como honorária, assim como qualquer trabalhador vive do seu salário, de seus vencimentos.”

É de anotar-se, por oportuno, que, em face do Código Civil, as sociedades de advogados, como as dos demais profissionais que atuam na prestação de serviços técnico-profissionais, são classificadas, no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado, como sociedades simples, sem a natureza de sociedade empresária (antigas sociedades comerciais), que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 982).

Trata-se, portanto, de uma pessoa jurídica que obviamente tem fins econômicos, pois os advogados trabalham para amearhar o seu sustento e o dos seus, mas que não têm fins empresariais, somente perseguidos pelos empresários – aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966).

Pouco importa, portanto, para definir a natureza alimentícia dos honorários de advogado, que o profissional trabalhe sozinho em seu escritório ou em sociedade formal de advogados, ou que os honorários sejam contratados ou de sucumbência, sendo irrelevante, por outro lado, em face da natureza alimentar da verba, o fato de o precedente do STF, no RE 146.318-0/SP, ser anterior à EC 30, de 14/09/00, que deu a atual redação do § 1º-A do art. 100 da Constituição.

Se nada do que foi dito valesse, ainda assim teria que ser concedida e segurança, considerando-se que a classificação do precatório, como alimentar ou não, é tarefa jurisdicional do juízo de onde provém a sentença exequenda e não do presidente do tribunal que o processa, autoridade que, como se viu, desempenha atividade eminentemente administrativa e não judicial.

Relembre-se que o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1098-1/SP, decidiu que “Observadas as balizas constitucionais e legais, cabe ao tribunal, mediante dispositivos do regimento, disciplinar a tramitação dos precatórios, a fim de que possam ser cumpridos.”; que “A ordem judicial de pagamento (§ 2º

do art. 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional. A respaldá-la tem-se sempre uma sentença exequenda.” ; e que “Constatado erro material ou inexatidão nos cálculos, compete ao presidente do tribunal determinar as correções, fazendo-a a partir dos parâmetros do título executivo judicial, ou seja, da sentença exequenda.” (Cf. DJ de 25/10/96.)

O presidente do tribunal não é um mero executor do ato de requisição, pois lhe competem os atos regimentais de processamento e a correção de eventuais erros materiais ou de cálculo, a partir dos parâmetros do título, mas a classificação da verba como alimentícia ou não é tarefa jurisdicional da primeira instância, que somente pode ser modificada em recurso próprio, segundo os mecanismos da execução.

A ele é que, nos termos do art. 730, I, do CPC, compete, não opostos os embargos, ou se rejeitados, requisitar o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente. Aliás, a Resolução 258, alterada pela Resolução 373 do CJF, atribui – força de expressão, pois essa competência vem da lei – ao juiz da execução a incumbência de indicar nas requisições, entre outros dados, a natureza do crédito (art. 5º, I).

Conclusão – Em face do exposto, peço vênia à divergência e concedo a segurança, para determinar que o precatório em causa, de natureza alimentícia, seja pago de forma integral, sem nenhum parcelamento.

É como voto.

A Sra. Dra. Procuradora Regional da República Denise Vinci Túlio: — Excelentíssimo Senhor Presidente, demais Des. Federais integrantes desta Corte Especial, Senhor Advogado, demais presentes, o Ministério Público Federal, nesta oportunidade, vem reiterar posicionamento já manifestado no caso anterior, inclusive, porque hoje temos novos integrantes na Corte Especial.

Gostaria de lembrar que na oportunidade anterior algum dos Senhores, não me recordo quem foi, pediu vista, então não houve decisão naquela oportunidade quanto a essa questão da natureza alimentícia ou não dos honorários de sucumbência.

Primeiramente, gostaria de relembrar que, naquela oportunidade, foi aventada uma questão preliminar sobre a possibilidade de o presidente da Corte proceder à reclassificação do precatório, quando ele já vinha do juízo da execução como sendo de natureza alimentar. Parece-me que essa possibilidade está expressa não apenas na Resolução 258 do Conselho da Justiça Federal, no art. 1º, parágrafo único, quando dispõe que compete ao presidente do tribunal aferir a regularidade formal dos requisitos constantes dos precatórios, como também do próprio Regi-

mento Interno desta Corte. “O art. 22, inciso XXX, letra *i* dispõe que: “Compete ao presidente do Tribunal decidir a expedição da ordem de pagamento devido pela Fazenda Pública Federal. “Também em decisão, dispõe o art. 364, § 2º, do Regimento Interno, que reza: “Da decisão do presidente caberá recurso administrativo à Corte Especial Administrativa em cinco dias”. Portanto os termos são claros, fala-se em decisão.

Penso que não poderia mesmo ser diferente, sob pena de se amesquinhar a função do presidente da Corte nessa matéria. A pensar-se diferente, estaria funcionando como um mero chancelador dos pedidos de precatório. Portanto se a verba não é alimentar e foi erroneamente classificada como tal, a classificação pode e deve ser corrigida pelo presidente, sob a constatação de que os requisitos não foram cumpridos.

Quanto à natureza dos honorários advocatícios de sucumbência, não creio que se possa atualmente, *data venia* das razões expendidas pelo douto advogado na tribuna, entendê-los como de natureza alimentar. A Emenda Constitucional 30, de 2000, dispôs de forma exaustiva sobre as verbas que têm essa natureza. O legislador constituinte, na ocasião, ainda que derivado, justamente porque a questão já era debatida, já era tormentosa, preocupou-se em especificar, em deixar quais seriam, sob o seu ponto de vista, as verbas de natureza alimentar e nelas, naquele rol que está hoje expresso no art. 100, § 1º, letra *a*, da Constituição, não constam os honorários sucumbenciais, o que parece também ser bastante lógico, tendo em vista a natureza aleatória desses honorários. Não se trata de honorários contratuais com os quais o advogado possa contar para a sua sobrevivência diuturna, porque esses honorários são aleatórios.

Temos, aqui na Corte Especial, o precedente que já foi anunciado pelo Relator, cuja relatoria na ocasião foi do Des. Federal Aloísio Palmeira, no MS 2002.01.00.005440-8/DF. Essa decisão ficou ementada nos seguintes termos: “Os honorários de advogado não foram incluídos no rol das verbas de natureza alimentícia, previstas no § 1º, letra *a*, do art. 100, da Constituição Federal de 1988, com a redação introduzida pela Emenda 30, de 2000”. E temos também um precedente do Supremo Tribunal Federal, um julgamento publicado no *Diário da Justiça da União* de 3 de maio de 2004, é o Recurso Ordinário em MS 17.536/DF, Relator Min. José Delgado, que também ratifica a mesma posição. Leio parte da ementa: “Deveras, a verba decorrente dos honorários de sucumbência, cuja retribuição é aleatória e incerta, depende do êxito da parte a qual patrocina. Não podem ser considerados da mesma categoria dos alimentos, *necessarium vitae*, previstos na Carta Magna”.

Confesso que não conhecia o texto da lei mencionada pelo ilustre advogado da tribuna e vou procurar ler a íntegra do texto, mas me parece do que foi lido que,

se a lei assim dispôs, ela está contrária àquilo que está definido na Constituição Federal.

Mantenho a posição até aqui defendida de que os honorários sucumbenciais não constituem verba alimentar e, portanto, devem seguir o tratamento normal dos precatórios, obedecendo a previsão constitucional. Nessa condição, o parecer do Ministério Público é pela denegação da segurança.

**Voto Vogal
Preliminar
Vencido**

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, quanto ao cabimento do mandado de segurança, acompanho o Relator, tendo em vista que já está pacificado que se trata de decisão administrativa.

Mas há uma outra preliminar que já foi afastada pelo eminente Relator, suscitada pelo Ministério Público, de perda do objeto. Entendo que, efetivamente, este mandado de segurança perdeu o objeto, tendo em vista que ele visava à inclusão do precatório no orçamento de 2004, para o que teria de ter dado entrada no Tribunal até 1º de julho de 2003. Desse modo, ainda que fosse possível cumprir os prazos legais mencionados pelo ilustre advogado, art. 17 da Lei 1.533/51, não teria sido possível incluir esse precatório no dia 1º de julho, já que ajuizado o mandado de segurança 24 horas antes do término do prazo. Portanto, entendo que perdeu o objeto e, por isso, acolho esta preliminar. Julgo extinto o processo por perda do objeto.

Declaração de impedimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — Senhor Presidente, o ato é meu, declaro-me impedido.

**Voto Vogal
Preliminar**

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Compreendo as razões expendidas pelo Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, rogo vênias a Sua Excelência para acompanhar o voto do eminente Relator.

**Voto Vogal
Preliminar**

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Acompanho o Relator, também pedindo vênia ao Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, quanto à preliminar relativa à perda do objeto.

Decisão Preliminar

A Corte Especial, por unanimidade, afastou a primeira preliminar de admissibilidade do mandado de segurança. O Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, dentro desta mesma preliminar, levantou outra relacionada à perda do objeto, tendo em vista que a solicitação foi feita para que o precatório fosse incluído no exercício de 2004, e nesse sentido julgou extinto o processo pela perda do objeto. Não votou o Des. Federal Ítalo Mendes porque não assistiu ao relatório. Ausentes os Des. Federais Mário César Ribeiro, Jirair Aram Meguerian e Souza Prudente. Convocado para compor *quorum* o Des. Federal Leomar Amorim.

Voto (no gabinete) Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, há muita divergência, como pretendi demonstrar, mas me parece que aquele julgamento do Supremo mais recente, do Min. Carlos Mário Velloso, expressa melhor entendimento, e eu já concederia a segurança por ele, mas, se este não valer, temos o outro: “Compete ao juiz de primeira instância, no tempo e no modo adequados, classificar o crédito”. Se a parte não recorreu, essa matéria está sepultada, o presidente do Tribunal não pode, com a devida vênia, reclassificar essa matéria porque ela é jurisdicional.

Em face do exposto, peço vênia à divergência e concedo a segurança, para determinar que o precatório em causa, de natureza alimentícia, seja pago de forma integral, sem nenhum parcelamento.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Senhor Presidente, já tive oportunidade de votar nessa matéria, adotando o mesmo entendimento de que os honorários advocatícios sucumbenciais têm natureza ou caráter alimentar. Tenho por desinfluyente o seu volume ou o seu quantitativo, porque o que realmente interessa ou importa é o princípio.

Assim, acompanho o Relator.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Senhor Presidente, do voto do eminente Relator extraio uma assertiva que considero irresponsável, incontestável. Os honorários remuneram serviços prestados por profissionais liberais e são equivalentes a salários. Como acentuou o Min. Carlos Velloso, no julgamento aludido por Sua Excelência, deles depende o profissional para alimentar-se e aos seus, porque têm a mesma finalidade destes. Se os vencimentos e salários têm natureza alimentar, o mesmo deve ser dito em relação aos honorários.

Por isso, pedindo vênias aos que entendem de modo contrário, acompanho o eminente Relator, concedendo a segurança.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, se não me falha a memória, já tive oportunidade de votar essa questão em outra oportunidade nesta Corte Especial, acompanhando o entendimento de que os honorários advocatícios não têm natureza alimentar. Naquela oportunidade, impressionou-me e me parece também a outros integrantes desta Corte, porque se tratava de uma sociedade de advogados e de uma quantia bem significativa de honorários.

Melhor raciocinando e reexaminando a matéria, vejo que não pode ser examinada por esse aspecto, já que não se pode decidir que os honorários devidos a uma sociedade de advogados não são de natureza alimentar e que os devidos a um pequeno advogado o são. Faço esta introdução para justificar minha mudança de posição porque, diante do voto do eminente Relator e dos precedentes citados, convenço-me de que esta é a melhor interpretação.

Assim, acompanho o eminente Relator.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente, já tive oportunidade, na época em substituição nesta Corte, de me manifestar sobre questão semelhante e, àquela altura, já me impressionou, mesmo não querendo me prender à literalidade, a redação do art. 100, § 1º, *a*, que diz: “os débitos de

natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil em virtude de sentença transitada em julgado.”

Chamou-me a atenção o verbo *compreender*. Até do ponto de vista literal, parece-me que a enumeração não é exaustiva. O que se quis nesta disposição foi deixar indiscutível que estas espécies enumeradas são de natureza alimentícia, mas que não há exclusão de outras semelhantes. *Compreender* é diferente de *restringir-se*. Isto, do ponto de vista do Direito positivo.

Vejo também que as profissões liberais, principalmente a Medicina e a advocacia, em alguns países, já foram consideradas, na maioria deles, como cargos públicos ou para-públicos. Na Alemanha, no começo do Século XX, foi criado o conceito de profissões estadualmente vinculadas: advogados, médicos, parteiras, topógrafos etc., considerando seus titulares como semifuncionários.

Ao prestar estas informações, destaca Vital Moreira que na Alemanha o estatuto das ordens profissionais é decisivamente influenciado pela concepção publicística das profissões liberais como função pública, cuja titularidade é atribuída mediante nomeação, autorização ou admissão pública.

Em nossa Constituição, a advocacia é considerada indispensável ao exercício da jurisdição, o que torna esta atividade semelhante a um cargo público. Então, aliando aquele meu entendimento, de que não é exaustiva a enumeração do art. 100, § 1º, *a*, e de que, teoricamente, as profissões liberais, especialmente a advocacia, são assemelhadas às funções públicas, concluo que a remuneração do advogado é, senão idêntica, análoga aos salários. O problema que existe é quanto ao fato de que, em certas ocasiões, esses honorários são vultosos. Já tivemos caso aqui de honorários de cem milhões de reais. Penso que o fato de ocorrerem essas condenações em honorários vultosos se deve a uma ilogicidade de nossa lei processual civil ao permitir que os honorários sejam fixados sobre o valor da causa. Não vejo relação de percentual sobre o valor da causa com o trabalho desenvolvido pelo advogado. Causas de valores vultosos podem demandar pequeno trabalho do advogado, enquanto que causas de menor valor podem demandar grande trabalho. A remuneração do advogado, no meu ponto de vista, deveria ser feita sempre em função do trabalho realizado, e não em função do valor da causa. Mas aquela ilogicidade fica por conta do legislador, se algum dia entender que deve ser resolvida.

Outro ponto que me leva a refletir é o fato de que o advogado recebe uma quantia vultosa, mas isto não significa que ele tenha todo mês esse valor. É um valor que se distribui, às vezes, ao longo de toda sua vida. O advogado tem uma

grande causa na vida e normalmente não tem com frequência honorários tão vultosos.

Então, à míngua de um critério que possa fixar o limite de valores, concluo que, enquanto não houver um critério legal ou jurisprudencial para tal limitação, devem se considerar os honorários como de natureza alimentar.

Acompanho o Relator.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, ouvi com atenção o relatório, a sustentação do nobre advogado e da douta representante do Ministério Público.

A questão jurídica que se coloca é singela, diz respeito à natureza jurídica dos honorários advocatícios. É isto que estamos discutindo. Qual é a categoria jurídica dessa parcela? Inicialmente concordo com o eminente Relator quando afirma que o conceito de alimentos em sede de Direito Civil não é sinônimo tão-somente de provisões de boca, na expressão de Sua Excelência, ou seja, comida, no âmbito do Direito Civil, não significa simplesmente o dinheiro necessário para se comprar alimentos e moradia. Não; é muito mais do que isto. A doutrina civilista desenvolveu o conceito de que nessa expressão estão contidas todas as necessidades de uma pessoa. Os alimentos servem para custear educação, remédios, moradia, alimento em sentido estrito, lazer, informação, enfim, o conceito de alimentos envolve todas as necessidades de um indivíduo. Este deve ser um dos motivos pelos quais os honorários advocatícios, por vezes, parecem fugir ao conceito clássico de alimentos, porque alguns, como já abordou o meu colega, o eminente Des. Federal João Batista Moreira, são em valores muito altos. Mas, como Sua Excelência apontou, esses honorários em valores altos não são essenciais ao conceito, à essência do que vem a ser a sua natureza alimentar – é isso que estou a dizer. Mas temos aqui a letra da Constituição. O art. 100, com seu § 1º, *a*, introduzido pela Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000, deixou estatuído quais os débitos de natureza alimentar *ex vi* do entendimento do constituinte derivado. A outra indagação jurídica que se coloca é se essa nomenclatura é *numerus clausus* ou é apenas exemplificativa? Na Inglaterra, os juízes e os juristas dizem que o Parlamento pode tudo, salvo transformar homem em mulher, ou seja, o Parlamento, mesmo sendo soberano, não pode mudar a natureza das coisas, é o que diz o Min. Mário Velloso e o que dizia Napoleão também, que, apesar de general, gostava de Direito Civil. O legislador não pode afrontar a natureza das coisas, e, para se compreender bem a natureza jurídica dos honorários advocatícios, penso que deve ser desconsiderada a forma como são ganhos,

ou seja, se aleatórios ou não decorrentes de um contrato, de uma obrigação de fazer e não um contrato de resultado. Não é a forma, a maneira como os honorários são ganhos, ou seja, de uma forma eventualmente aleatória que dão a sua característica. O que explicita a natureza alimentícia de uma determinada parcela é: para que serve aquela parcela? Se é para sobrevivência, se é para cobrir, se é para financiar as atividades da vida de um indivíduo, então, ela tem natureza alimentar. Por isso, também não me impressiona, *data venia* do eminente civilista Min. Moreira Alves, a sua afirmação de que os honorários não têm natureza alimentícia, porque são uma parcela acessória da condenação, são uma parcela da condenação para o credor, mas para o advogado aquilo são seus alimentos; por isso, com estas modestas considerações, pedindo vênias a eventual divergência, acompanho o eminente Relator.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhor Presidente, o eminente Relator mencionou jurisprudência do Pretório Excelso que, na sua alta sapiência, equiparou os honorários de advogado aos débitos decorrentes de salários, e o fez bem; no entanto, creio que melhor seria instituir-se, *de lege ferenda*, um teto para os honorários que seriam havidos como de natureza alimentícia porque, do contrário, valores expressivos, vultosos, como já ocorreu no julgamento da 5ª Turma, em que milhões de reais estavam em causa, também seriam considerados de natureza alimentar. Não temos lei, obviamente, que faça essa distinção por mim preconizada.

No caso que acabo de citar, tive oportunidade de votar, perfilhando entendimento desta Corte Especial de que o art. 100, § 1º, *a*, estabeleceu os débitos de natureza alimentícia em *numerus clausus*. Examinando, todavia, o assunto, ou melhor, meditando detidamente sobre ele, à vista do voto do Relator e da sustentação oral desenvolvida pelo ilustre advogado, conluo em sentido diverso do assentado naquela oportunidade, para acompanhar o voto do Relator.

Voto Vogal Mérito Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Senhor Presidente, a questão foi muito bem colocada pelo eminente Relator, demonstrou divergência neste Tribunal, no STJ e no Supremo Tribunal Federal, então, dispense-me de maiores comentários.

A grande questão a saber é se os honorários de advogado se incluem na categoria de verba alimentar. Dispensamo-nos de considerações outras e, sem querer me ater à literalidade da Constituição Federal, entendo que o legislador constituinte derivado, ao acrescentar o § 1º, *a*, do art. 100, quis delimitar, esclarecer o que se entende por verba de natureza alimentar, está aí na Constituição. Penso, com todas as vênias, que o intérprete não pode aumentar esse rol, criar outras figuras não postas pelo constituinte. Se levarmos para a categoria do rendimento da verba obtida, acrescentaríamos muitas outras: a verba obtida pelo camelô na venda de suas mercadorias tem natureza alimentar, ninguém nega isso, qualquer verba proveniente de uma atividade pessoal é alimentar. Peço vênias, e não tenho nenhum medo de ficar isolado, para firmar meu entendimento que as verbas alimentares devem ser aquelas constantes da norma constitucional.

Quanto à questão, que, aliás, nem diz respeito a este mandado de segurança, mas foi levantada pelo Relator, acho interessante abordar, da natureza jurídica do ato do juiz que requisita o pagamento do precatório; entretanto, todos nós sabemos que a execução contra a Fazenda Pública é diferente da execução normal, a Fazenda Pública não está sujeita à penhora, o sistema de pagamento é diferente, tanto que o art. 730 diz que a Fazenda será intimada para opor embargos no prazo de dez dias; não sendo opostos os embargos, o juiz requisitará o pagamento. Ora, a requisição do pagamento é um ato administrativo do juiz. Não há uma sentença do juiz determinando o pagamento, não há um ato jurisdicional. É um ato meramente administrativo, oficiando-se ao presidente do tribunal pedindo aquele pagamento.

Outra questão que precisa ser colocada é se o juiz classifica erroneamente esse crédito alimentar. O presidente do tribunal tem obrigação de submeter-se a isso? Disse, não me lembro quem, que houve preclusão; mas que preclusão, se a Fazenda não é intimada desse ato que classificou a verba como alimentar ou não alimentar? Que preclusão é essa?

Então, com todas as vênias, penso que a questão relativa à classificação da natureza da verba poderá sim ter natureza jurisdicional, quando a matéria for colocada na execução, se a parte promover a execução como tal e a sentença deliberar sobre isso, dando a oportunidade à parte de recorrer. O que ocorre na prática não é isso. Não existe nenhuma lei mandando intimar a Fazenda da expedição do precatório, da classificação da verba e, portanto, a decisão, nesse caso, tem natureza eminentemente administrativa e, como tal, o presidente, no exercício do seu poder de fiscalizar a ordem de pagamento dos precatórios, tem a prerrogativa de examinar e verificar se a classificação está correta ou não.

Com todas as vênias, discordo também nessa parte do eminente Relator, por entender que o presidente pode sim reexaminar a classificação das verbas, salvo

se houver sentença deliberando sobre essa questão.

Então, esse é o meu entendimento, Senhor Presidente, com todas as vênias, discordo do Relator por entender que os honorários de advogado não possuem natureza alimentícia e porque a classificação da natureza da verba é administrativa e, portanto, o presidente tem sim a prerrogativa de reconsiderar se entender que está equivocada aquela classificação.

Voto Vogal Mérito

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, depois do voto veemente do colega Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, realmente há mais questionamentos a serem feitos, mas lembro a Sua Excelência que, a meu ver, a emenda constitucional, quando assim trouxe no § 1º, *a*, ao contrário, trouxe ali exatamente as condições de vencimentos, proventos, pensões e salários, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários, indenizações por morte e invalidez, fundados na responsabilidade civil.

Na Roma antiga – vou me valer das sábias palavras do Des. Federal Carlos Fernando Mathias, que gosta de fazer essas incursões no passado –, o *honorarium* significava forma gratuita. O advogado poderia exercer sua função, mas sem remuneração. E aí tivemos na época a Lei Cíntia, em 2005 antes de Cristo. Essa lei vedava as doações remuneratórias. Duvida-se, ali, que o ministério privado do advogado fosse gratuito. Seria enganoso, então, o termo *honorarium*. Alexandre Gustavo de Castro Corrêa, no *Direito Romano e Contrato do Trabalho* afirma que *em nenhum momento, ao contrário da opinião comum, o ministério do advogado foi puramente gratuito, pois, nos primeiros tempos de Roma, a assistência do patrono representou compensação, aliás, insuficiente nos serviços prestados pelo cliente. A Lei Cíntia, pretendendo exigir do advogado completa renúncia do mais legítimo interesse, cortando-lhe, por assim dizer, as mãos, fora promulgada por ignorância dos verdadeiros caracteres do antigo patronato, do qual restaram exíguos vestígios. Ela nunca foi, aliás, executada rigorosamente, como também não foram os atos legislativos posteriores, tentando revigorar a lei sem adaptações.* Portanto, Senhor Presidente, com os bem lançados e judiciosos argumentos do Relator, há de haver remuneração, o advogado não pode trabalhar sem se remunerar, é claro que a remuneração dele significa salário, provento, contraprestação de serviço prestado. E isso significa sua sobrevivência. Não vejo como desvincular a atividade de advogado, porque, se ele não tem outra atividade funcional a não ser a de advogado, o alimento dele é extraído da contraprestação de serviço, é lógico que o poder constituinte, o legislador constituinte não iria tecer elementos tão óbvios

para serem lançados na Carta Constitucional.

Lembro mais, no voto do Senhor Relator, nas palavras do Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e do Des. Federal João Batista, não podemos fazer deste julgamento um casuísmo. Aqui não se busca verificar os valores e atrelar esse valor ao direito, o que se pretende nesta assentada é verificar-se o alcance da Norma Constitucional e sua aplicação, a sua interpretação. No caso, não há dúvida de que o trabalho deve ser remunerado, e a nomenclatura que se dá à verba é uma só: alimentos, sem os quais não pode sobreviver o trabalhador, no caso, o advogado.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho integralmente o voto do Senhor Relator.

Voto Vogal **Mérito**

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Senhor Presidente, ouvi com atenção todas as intervenções, os pontos de vista dos magistrados e, a meu ver, a discussão toda está centrada na interpretação do § 1º, *a*, do art. 100, da Constituição. Esse artigo diz o seguinte: “os débitos de....(lê).... transitada em julgado”. A questão que se coloca é essa: essa enumeração é número fechado, *numerus clausus*, ou número aberto? O dicionário Aurélio indica como significado do verbo *compreender* o seguinte: *conter em si, abranger, incluir*. Ora, todos esses significados, além de outros, mas esses são os pertinentes ao sentido do verbo *compreender*, em nenhum momento restringem o sentido de verba de natureza alimentícia aos exemplos citados no § 1º, *a*, da Constituição.

Com essas considerações, acompanho o Relator.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, senhores juízes, vou manter o entendimento que sempre tive quanto à natureza dos honorários do advogado como de natureza alimentar. E a Corte, como lembrou o Juiz Olindo Menezes e foi também lembrado pelo nobre advogado da tribuna, em 2001, assim decidiu por unanimidade. Também, recentemente, em outubro do ano passado, a 3ª Turma, da qual faço parte juntamente com o Juiz Olindo Menezes e o Juiz Cândido Ribeiro, assim decidiu no agravo de instrumento. Honorários é um nome pomposo e bonito que se dá ao pagamento do advogado. Em vez de dizer pagamentos dizemos honorários. É um nome pomposo, mas não é o nome que dá a essência às coisas. Portanto mantenho meu entendimento. Honorários advocatícios têm natureza alimentar, *data venia* Juiz Antônio Sávio de Oliveira Chaves, que

entende de maneira contrária, e outros que também assim entendem. E também acompanho o Relator quando diz que, se a decisão do juiz de primeiro grau é uma decisão judicial, não pode o presidente, administrativamente, alterá-la. Não é necessário um ato administrativo alterando uma decisão judicial.

Acompanho o Relator.

Voto Vogal **Mérito**

A Exma. Sr. Des. Federal Assusete Magalhães: — Senhor Presidente, a Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000, ao mesmo tempo em que introduziu o art. 78 do ADCT introduziu também o § 1º, *a*, ao art. 100, da Constituição Federal. O art. 78 do ADCT determinou parcelamento de precatórios, excetuados aqueles de natureza alimentícia. E essa mesma emenda constitucional, de 13 de setembro de 2000, explicitou no § 1º, *a*, o que seria débito de natureza alimentícia, que compreende aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil em virtude de sentença transitada em julgado.

Ouvi com a maior atenção o douto voto do eminente Relator, também dos eminentes pares que me precederam, mas, *data venia*, entendo que não se pode dar a esse § 1º, *a*, do art. 100, introduzido pela Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000, interpretação ampliativa. Tenho, ao contrário, que o constituinte quis exatamente reduzir-lhe a extensão. Os honorários de sucumbência, assim, não estariam compreendidos como os créditos de natureza alimentícia ali previstos. Registro, a propósito, que se alguma dúvida houve a respeito da natureza jurídica dos honorários como créditos de natureza alimentícia, essa dúvida, a meu ver, deixou de ocorrer a partir do advento da Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000.

Os precedentes do STF invocados pelo eminente Relator, o primeiro, de relatoria do eminente Min. Moreira Alves, é de 1996, o do Min. Sidney Sanches é de 1998, e o outro, do não menos eminente Min. Carlos Mário Velloso, que considera os honorários como de natureza alimentar, esse precedente é de 13 de dezembro de 1996, isto é, antes da Emenda 30, de 13 de setembro de 2000 que, a par de introduzir o art. 78 do ADCT, também introduziu o § 1º ao art. 100, da Constituição. Assim, tenho para mim que diante da clareza do dispositivo, da redação do § 1º, *a*, do art. 100, da Constituição, e pedindo vênias aos votos divergentes e aos que assim entendem, penso que os honorários não se enquadram como crédito de natureza alimentícia. E destaco que há precedentes.

Os precedentes mais recentes desta Corte Especial são exatamente nesse sentido. Há um precedente no MS 2002.01.00.005440-8/DF, relatado nesta Corte Especial, em 12 de dezembro de 2002, pelo Des. Federal Aloísio Palmeira Lima, e a ementa diz exatamente o seguinte:

Os honorários de advogado não foram incluídos no rol das verbas de natureza alimentícia, previsto no § 1º, *a*, do art. 100, da Constituição Federal de 1988, com a redação introduzida pela Emenda 30, de 2000. Mandado de segurança conhecido. Segurança denegada.

Outro precedente também recente desta Corte Especial, julgado no dia 12 de fevereiro de 2004, Relator para o acórdão o Des. Federal Cândido Ribeiro, também concluiu no mesmo sentido:

A Constituição Federal que, no seu art. 100, § 1º, *a*, enumera os débitos de natureza alimentar, não contempla os honorários advocatícios.

Registro que a Primeira e a Segunda Turmas do egrégio STJ, em decisões também recentes, têm decidido no mesmo sentido, No REsp 653864/SP, relatado pela Min. Eliana Calmon, a Segunda Turma do STJ decidiu, unanimemente, nesse sentido, que os honorários advocatícios oriundos da sucumbência não têm natureza alimentar.

Por outro lado, a Primeira Turma do STJ, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 17536/DF, Relator para o acórdão o Min. Luiz Fux, decidiu, por maioria, no mesmo sentido. Isso em 10 de fevereiro de 2004. Como eu disse, as decisões do STJ já foram tomadas à luz da nova disposição constitucional. Os precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal invocados pelo eminente Relator são todos anteriores ao advento da Emenda 30, de 12 de setembro de 2000, que introduziu a nova redação ao § 1º, *a*, do art. 100, da Constituição Federal.

Assim como já vinha votando em situações anteriores, mantenho meu posicionamento nesse sentido e acompanho também a divergência no que diz respeito à questão de não se tratar, no caso, de matéria jurisdicional, porque ficou esclarecido que não houve discussão ou controvérsia nos autos da execução a respeito da natureza jurídica desses honorários, porque se isso tivesse ocorrido, teria ocorrido realmente a preclusão, a matéria seria recorrível. Mas não é o que ocorreu, pelo que pude sentir pela informação do eminente advogado. Requereu-se ao juiz, e assim expediu-se o precatório, e ele fez um ofício ao presidente do Tribunal nesse sentido. A União não foi intimada de qualquer decisão que resolvesse controvérsia sobre a natureza jurídica desses honorários.

Assim, pedido a mais respeitosa vênua ao eminente Relator e à douta maioria desta Corte Especial, acompanho a divergência.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Senhor Presidente, serei muito breve, porque a minha posição com relação à matéria é bem conhecida, sempre votei pelo reconhecimento do caráter alimentar da verba honorária. Portanto, não falarei muito porque, com tudo o que foi dito aqui, estou de pleno acordo. Por outro lado, só vou fazer um registro porque tenho votos, inclusive longos, sobre essa matéria, onde sempre fui voto vencido.

A eminente Des. Assusete Magalhães acaba de citar a última decisão desta Corte Especial em que fui o Relator completo – porque já fui Relator depois dessa matéria, mas elas estão dependendo de voto-vista – e nessa última decisão fui voto-vencido; o Relator para o acórdão foi o eminente Des. Cândido Ribeiro. Creio que o Des. Daniel Paes Ribeiro, ao fazer referência a um precedente, se percebi bem, era exatamente esse, então só em homenagem a isto, por que não vou dizer mais? Porque as razões de eu reconhecer que o caráter alimentar da verba honorária estão precisamente neste voto, alguém dirá, mas não estou dizendo, não, fui vencido, ou voto vencedor, ou voto vencido, ou copiando o acórdão, não é nada disso, estou vendo, com um certo conforto, que esta minha posição, hoje, está sendo prestigiada majoritariamente de forma expressiva, não quer dizer que os votos vencidos nesta assentada não sejam judiciosos, tanto que já fui também vencido nesse sentido; estou fazendo referência ao MS 2002.01.00.008289-0/DF, de que fui o Relator, fui voto vencido, e o eminente Des. Cândido Ribeiro agasalhou a tese, que hoje está sendo vencida, mas Sua Excelência teve uma folgada maioria, inclusive os argumentos apresentados, muitos se impressionavam pela expressão da verba, outros, porque era uma sociedade, por qualquer razão, todas respeitáveis. Portanto o presidente, que está hoje vendo que praticou o ato não reconhecendo o caráter alimentício, estava cumprindo, é possível, não me lembro, porque quando estive no exercício da Vice-Presidência, é possível até que tenha tido alguma posição contrária à minha convicção, tanto que, nas sessões administrativas da Corte Especial, sempre ressalvo a minha posição, mas como era em administrativa, acompanhava a posição majoritária. Então isso é tudo o que tenho a dizer, porque todos os argumentos sobre essas matérias, inclusive com relação à natureza do ato do juiz de 1ª grau ser jurisdicional ou administrativo, também nessa parte estou de pleno acordo com o Des. Antônio Sávio. Ainda recentemente, no último processo em que fui Relator, houve uma questão de ordem nesse sentido, em que adiantei a minha posição, que é irrelevante na medida em que sempre estive convencido do caráter alimentar dessa verba. Isso é tudo que eu teria a dizer com relação a isso, e não estou naquela posição cômoda de acompanhar o Relator. Estou acompanhando o Relator, mas tenho votos fundados em diversos preceden-

tes, ainda que, àquela altura, tenha sido vencido em todos.

Vou pedir vênias à douta Procuradora Regional da República, Doutora Denise Vinci Túlio, porque é sempre uma alegria ouvi-la, com essa competência, com essa firmeza. Vou pedir vênias ao Des. Antônio Sávio, em parte. Permita-me apenas um minuto, já que a eminente Des. Maria do Carmo Cardoso teve a bondade de lembrar algumas referências minhas, mas eu gostaria de lembrar também Otávio Augusto que, em pleno século de ouro de Roma, sabe o que ele fazia com os advogados? Quem cobrasse honorário era obrigado a defender em décuplo. Mas não ficou isso no Império Romano não. Durante a Idade Média, nada mais nada menos que Santo Tomás de Aquino foi chamado a se pronunciar e, todos aqui, não estou dizendo coisa nova, que lemos a Suma Teológica, em que há uma passagem em que Santo Tomás diz: “Muito embora o Direito e a Justiça sejam bens incorpóreos, o seu patrocínio exige o esforço, portanto é legítima a cobrança por esse trabalho”. Com isso, os advogados, sobretudo, não poderão jamais negar a Santo Tomás o título de *doctor mirabilis*.

Quanto ao voto, acompanho o Relator.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Antes de ingressar na magistratura, atuei durante sete anos como advogado. Ao deixar esta Casa, por aposentadoria, pretendo retornar a essa nobre atividade de advogado. O que me impressiona, em primeiro lugar, com a devida vênias daqueles que votaram pela classificação dos créditos de honorários como de natureza alimentar, é, devo confessar, uma certa piedade e compaixão com os grandes escritórios de advocacia, que recebem mais de mil, duas mil ou três mil causas por ano e têm um grande número de precatórios que podem ser cumpridos na ordem geral dos precatórios, deverem ser classificados como de natureza alimentícia, porque esses grandes escritórios de advocacia de causas tributárias, que não aceitam uma causa de aposentado da Previdência, que esses advogados milionários necessitem de ter aquela preferência, porque podem até morrer de fome. Precisam de alimentos. A norma do art. 100 do § 1º da Constituição Federal é uma norma de caráter eminentemente social. A teologia da norma visa, exatamente, dar preferência para aqueles que, quase que numa situação de carência, precisam receber aquele crédito que há contra as entidades públicas, porque necessitam daquele pagamento para sua própria subsistência, é isso que indica a leitura da norma.

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários daqueles que prestam serviços com vínculo de subordinação, os empregados das empresas, os empregados das sociedades comerciais. Fala também de

vencimentos de servidor público; de proventos decorrentes de aposentadoria; de pensões, viúvas que recebem pensões e suas complementações; de benefícios previdenciários, daqueles que precisam, para sobreviver, do pagamento de um benefício previdenciário; de indenizações e, deve-se ressaltar que se trata de indenizações por morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil, em todos esses casos, em virtude de sentença transitada em julgado.

Essa enumeração, com a devida vênia, é exaustiva, não é exemplificativa, a fim de que se possa elastecer a norma para abranger, como neste caso, credores que, muitas vezes, não estão nessa situação de necessidade, precisando de alimentos para a sua sobrevivência. Caso se entendesse que essa enumeração pudesse ser exemplificativa, os legisladores constituintes, orientados por bacharéis em Direito, por juristas, teriam, evidentemente, incluído na norma que, repito, é de caráter eminentemente social, a par dos salários, vencimentos, proventos, pensões, benefícios previdenciários, indenizações por morte ou invalidez, os honorários de advogado.

Pensaríamos aí, também nos honorários de advogado, daquele advogado que tem um escritório em um bairro afastado, que tem cinco, dez causas por mês, ou dez causas por ano. Não poderíamos nivelar por baixo essa situação de carência com os grandes escritórios de advocacia, cujos rendimentos ultrapassam milhares de reais, chegam à casa dos milhões e milhões de reais, que pagam muito Imposto de Renda numa atividade nobre, como já ressaltei, e perfeitamente lícita. E quais são os alimentos desses supostos necessitados de alimentos? São aqueles que viajam pela Europa, fazem turismo, têm carros importados, têm um dos padrões de vida mais altos do País. É por isso que digo que sinto piedade e compaixão dessa tentativa de nivelamento por baixo dos advogados.

E o que dizer dos pequenos prestadores de serviços, das pequenas empresas que prestam serviços, das entidades públicas que, por uma razão ou outra, não recebem pagamento e precisam recorrer à Justiça e, por sentença judicial, ter garantido o direito de receber aquele crédito? Aí teríamos de interpretar a norma constitucional para incluir no art. 100, § 1º, da Constituição os pequenos prestadores de serviço, os pequenos empresários cuja atividade deve ter o retorno da remuneração, mas não ocorreu na época oportuna, aí entram esses créditos na ordem geral dos pagamentos, porque, com essa interpretação que se está dando aqui, os grandes escritórios de advocacia não podem entrar na ordem geral de pagamento, não podem esperar, têm que ter o privilégio do pagamento o mais breve possível. Essa interpretação extensiva vai alcançar situações jurídicas de pessoas que não estão a necessitar de alimentos com essa preferência que é dada à categoria de pessoas que necessitam do pagamento imediato dos seus créditos para poderem sobreviver. Essa interpretação extensiva conduz a situações extremamente privilegiadas, ferindo e afrontando, com a devida vênia, o preceito constitucional. É por isso que essa interpretação tão generosa, tão extensiva, tão ampliativa, como ressaltou a Des. Federal Assusete Magalhães, termina afrontando a norma constitucional.

Se se desse uma interpretação de modo que essa preferência limitasse o crédito de honorários, tudo bem, são pequenos honorários de pequenos escritórios de advogado, cuja sobrevivência depende do pagamento do crédito com preferência. Mas, aqui, se abriu um campo de privilégio para favorecer exatamente aqueles que não necessitam desse pagamento do seu crédito de forma privilegiada.

Quanto à questão do poder de revisão do presidente do tribunal, ele não pode ser um mero expectador passivo desses precatórios. Diante de uma situação dessas, que afronta a Constituição, o presidente do tribunal não deve ordenar um pagamento que, a princípio, viola a norma constitucional, exatamente por isso, ele deve dar a devida classificação para que os honorários de advogado, até num precatório no valor de 3 ou 4 milhões, entre na ordem geral dos precatórios. O advogado, o credor de seus honorários, uma parcela tão grande, tão significativa, receberá o pagamento no devido tempo, sem precisar dessa preferência que é concedida àqueles que necessitam realmente dessa preferência e que devem receber esse privilégio.

Acompanho a divergência inaugurada pelo Des. Federal Antônio Sávio.

Notas

¹ Cf. STJ – 2ª Turma – ROMS 12.695/SP, Relatora Min. Eliana Calmon, *DJ* de 08/04/02.

² Cf. Mandado de Segurança 2002.01.00.005440-8/DF, Rel. Juiz Aloísio Palmeira – *DJ* de 14/04/03, p. 2.

³ Cf. Yussef Said Cahali, *Alimentos*, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., p. 18/21.

Primeira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2001.01.00.034485-0/MG

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

Embargante: Fortunata Cardoso Ferreira

Advogados: Dra. Adriana Castanheira e outros

Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Davi Duarte de Oliveira

Publicação: *DJ* 2 de 08/04/05

Ementa

Processual Civil. Embargos infringentes. Averbação de tempo de serviço urbano. Início de prova material. Necessidade (Súmula 27/TRF-1ª Região). Documentos juntados com

a apelação. Impossibilidade.

I. “Não é admissível a prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural” (Súmula 27/TRF-1ª Região).

II. Pelo princípio processual da disponibilização da prova, esta deve ser produzida pela parte durante a instrução processual. Não se conhece de documentação, mesmo que útil à caracterização do assim chamado início razoável de prova material se esta é coligida aos autos com as razões de recurso após sentenciada a causa. Inexistente a hipótese de força maior, não se cogitando de documento novo.

III. Se a sentença constitui título judicial correto – formal e materialmente –, porque proferida com a prova disponibilizada pela autora até então, não pode ser reformada em juízo de apelação por não portar, no particular, *error in iudicando*, sobre não deter nulidade alguma.

IV. Embargos infringentes aos quais se nega provimento.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 08/03/05.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Fortunata Cardoso Ferreira interpõe Embargos Infringentes nos autos da Apelação Cível 95.01.31795-1, em que pleiteia o reconhecimento do tempo de serviço prestado no meio urbano.

A Segunda Turma, por maioria, negou provimento à apelação da autora, vencido o Exmo. Sr. Des. Jirair Aram Meguerian, que proferiu o seguinte voto:

A autora apelante instruiu a inicial com telegrama a ela endereçado, em 1971, no endereço comercial, na empresa onde as testemunhas afirmam que trabalhava na época.

II. Da mesma forma, a peça juntada quando do recurso, em que ela assina termo de notificação fiscal pela empresa, não deixa de ser razoável início de prova material, sendo irrelevante a juntada após sentença, já que dela teve vista a parte contrária, quando das contra-razões. Confira-se, no particular, precedente do colendo STJ, a saber:

“Processual Civil e Previdenciário. Trabalhador urbano. Contagem de

tempo de serviço. Início razoável de prova material. Juntada de documentos na apelação. Indispensável. Inteligência do art. 397 do CPC. Precedentes da corte.

Recurso especial não conhecido.” (REsp 63.426-SP, Ministro Adhemar Maciel, STJ – 6ª Turma, DJ 11/03/96).

“Recurso especial. Incidente de falsidade: recurso cabível; divergência jurisprudencial. Natureza do incidente de falsidade. Documentos juntados com a apelação. Embargos declaratórios protelatórios.

I. Apesar da reconhecida divergência jurisprudencial, o recurso cabível em incidente de falsidade em autos apartados, nos termos de precedente da 3ª Turma, que ressalva circunstâncias especiais, e a apelação.

II. A natureza do incidente de falsidade está calcada na realidade dos autos, como assinalado pelo próprio recorrente, o que está fora do alcance do especial.

III. A juntada de documentos com a apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles dizer nas contra-razões, tudo com a cobertura do art. 397 do CPC.

IV. Não podem ser considerados protelatórios os embargos com a finalidade de pré-questionamento, sob a guarita da Súmula 98 desta Corte.

V. Especial conhecido e provido, em parte.”(sic) (REsp 41158/MG, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, STJ – 3ª Turma, DJ 30/09/96).

“Recurso especial. Documentos. Juntada na apelação.

Documentos podem ser juntos com as razões de apelação e serão apreciados até o ponto em que não importem em substancial alteração do pedido.

Prova do preparo dos autos, para corrigir erro da sentença. Recurso conhecido e provido.”

(REsp 1592/RJ, Ministro Gueiros Leite, STJ – 3ª Turma, DJ 23/04/90).

Pelo exposto, confirmadas as alegações pela prova testemunhal, com a devida vênua do eminente relator, dou provimento à apelação e julgo procedente a ação. Condene o réu a averbar o tempo de serviço urbano da autora de 1º/05/67 a 31/05/73 e expedir a competente Certidão de Tempo de Serviço. Deverá o réu repor, devidamente atualizadas, as custas adiantadas pela autora, isenta das remanescentes, consoante Lei do Estado de Minas Gerais 12.427/96. Pagará, ainda, o INSS honorários advocatícios que arbitro em quantia equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

O voto vencedor, da lavra do Exmo. Sr. Des. Carlos Moreira Alves, Relator, tem o seguinte teor:

IV. Em nenhum momento a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau manifestou entendimento de que não seja a ação declaratória instrumen-

to idôneo para reconhecimento e averbação de tempo de serviço, urbano ou rural, julgando improcedente a demanda sob fundamento de inexistência de início razoável de prova material a amparar a pretensão deduzida pela autora.

Esse início razoável de prova documental é exigência da legislação previdenciária, como se vê na disposição inscrita no § 3º do art. 55 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, bem como no enunciado nas Súmulas 27 desta Corte e 149 do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A comprovação de tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Lei 8.213/91, art. 55, § 3º).

“Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural” (Súmula 27/TRF-1ª Região);

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção do benefício previdenciário” (Súmula 149/STJ).

No caso em exame, observa-se que a autora, procurando ver reconhecida a prestação de serviços urbanos no período compreendido entre maio de 1967 e maio de 1973, limitou-se a juntar aos autos, com a inicial, fotocópia de justificação judicial instruída apenas com testemunhos (fls. 8/28), não se podendo realmente considerar, tal como entendeu a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau, nenhum desses elementos como início razoável de prova documental da alegada prestação de serviços, até porque, junto ao primeiro grau da jurisdição, sequer apresentou ela documento capaz de permitir a identificação do endereço onde funcionava a afirmada empregadora.

É certo que, procurando suprir a ausência de elementos documentais, juntou a autora, agora recorrente, com o recurso de apelação, documentos relativos a ação fiscal junto à firma Danúbio Calçados Congonhas Ltda., referentes aos meses de janeiro e fevereiro de 1.969, onde consta sua assinatura no campo reservado ao notificado. Tais documentos, porém, embora consubstanciem início razoável de prova material quanto à alegada prestação de serviços, não podem ser levados em conta no julgamento do apelo, pois não consubstanciam documentos novos e somente foram apresentados junto ao segundo grau da jurisdição, conseqüentemente, após encerrada a fase instrutória, sequer aludindo a parte a qualquer impossibilidade de sua apresentação no momento reservado pela lei processual civil.

Eis a ementa, no que interessa:

Previdenciário. Tempo de serviço urbano. Reconhecimento. Razoável início de prova material. STJ, Súmula 149. TRF-1ª Região, Súmula 27. Lei 8.213/91, art. 55, § 3º.

I. *Omissis*

II. Existência de documentos nos autos que, substanciando embora início razoável de prova material, não podem ser levados em conta no julgamento do recurso interposto contra o decreto de improcedência da ação, pois não se cuida de documentos novos e só foram apresentados junto ao segundo grau da jurisdição, conseqüentemente após encerrada a fase instrutória, sequer aludindo a parte à impossibilidade de fazê-los juntar os autos no momento processual próprio.

Sustenta a embargante que os documentos juntados aos autos comprovam o exercício efetivo do tempo de serviço pleiteado, notadamente aqueles juntados em grau de recurso, nos quais constam a sua assinatura. Requer o provimento dos embargos, para que prevaleça o voto vencido do eminente Des. Federal Jirair Aram Meguerian que lhe reconhecera o direito à averbação do tempo referente ao período indigitado.

Regularmente processados; com impugnação, vieram-me conclusos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — A controvérsia desses embargos está centrada na possibilidade, ou não, de se validar a juntada de documentos probatórios – e não meramente informativos –, com as razões de recurso.

2. A divergência é tão-só de natureza processual, visto que o próprio voto condutor reconhece a documentação como sendo hábil a consubstanciar o início razoável de prova material para efeito de comprovação do tempo de serviço que a autora, ora embargante, objetiva averbar (1º/05/67 a 31/05/73).

3. Sempre mantive o entendimento versado, por maioria, no venerando acórdão embargado. Repiso que este Tribunal é uma Corte de apelação e não uma Corte de instrução.

4. Com efeito, há o assim chamado princípio processual da disponibilidade da prova; essa deve ser disponibilizada pela parte no processo nos momentos próprios da instrução cognitiva da causa.

5. *Data venia*, não vejo como modificar decisão monocrática proferida corretamente, nos aspectos formais e materiais. A prova documental produzida pela parte autora, no momento próprio – durante a instrução –, mostrou-se insuficiente

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

para que fosse deferido a esta o direito vindicado, conforme conclusão do MM. juiz *a quo*. Não há, ao que entendo, nenhum erro de procedimento e muito menos *error in iudicando*, porque como dito, a prova disponibilizada pela parte até então, não autorizava outro dispositivo se não o de improcedência do pedido.

6. Não diviso a questão como ora exposta contida de formalismo excessivo em técnica processual. Para alterar-se decisão de 1º grau, deve-se considerar a impugnação recursal com relação de pertinência aos elementos constantes da instrução e à avaliação judicial operada na sentença.

7. A qual fundamento poderia se reformar sentença que não tem a inquirir-lhe nenhum defeito *in iudicando*, sobre não deter o processado nulidade alguma?

8. Não desconheço a autorizada jurisprudência do colendo STJ, que abroquela tese contrária ao entendimento que mantenho a propósito. Além daquela referida no outro voto-vencido (REsp 93426/SP – Ministro Ademar Maciel, 6ª Turma. *DJ* de 11/03/96; REsp 1592/RJ – Ministro Gueiros Leite, STJ, 3ª Turma), ainda encontra-se no repertório jurisprudencial daquela Alta Corte: REsp 466751/AC – Ministro Luiz Fux, 1ª Turma – 23/06/03 e REsp 431716/PB – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – 4ª Turma – *DJ* de 19/12/02.

9. Reiterando vênias à jurisprudência retro referida a qual, respeitosamente, não acedo, nego provimento aos embargos infringentes mantendo o acórdão embargado.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Peço licença à divergência para manter o voto que proferi na Turma e que é o condutor do acórdão embargado, pela circunstância de que há norma legal expressa estabelecendo momento próprio para a juntada de documentos aos autos, só permitindo que a parte o faça em grau de apelação quando houver justificativa para que não o tenha feito no momento processual próprio, assim na fase instrutória da lide. Não desconheço a orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, mas essa orientação jurisprudencial há de ser ponderada em face dessa circunstância, qual seja a de não haver a parte se preocupado em juntar os elementos instrutórios na fase própria do processo, nem em justificar o motivo da inércia.

Com essas considerações, renovando meu pedido de licença à divergência, acompanho o eminente Relator, rejeitando os embargos infringentes.

Voto Vogal

Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Senhor Presidente, também peço vênias a Vossa Excelência, ao eminente Relator e à Des. Assusete Magalhães para acompanhar a divergência na linha de entendimentos que já sustentei em outros julgados, principalmente considerando a hipótese de se tratar de tempo de serviço para fins previdenciários, em que não se deve dar muita ênfase ao formalismo. O que a lei exige é que haja prova testemunhal com início de prova documental. Ainda que tardiamente juntada aos autos, entendo que deve prevalecer o bom direito. Com todas as vênias, acompanho a divergência.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Senhor Presidente, admito a juntada tardia do documento, sobretudo diante da informação do ilustre Relator de que dele teve vista a parte contrária. O próprio Relator cita decisões do STJ nesse sentido. Assim, com a devida vênias, acolho os embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva: — Senhor Presidente, acompanho o Relator, porque considero que o momento de se juntar documento é efetivamente o momento da instrução. Não há de se reabrir instrução dentro do Tribunal. Temos que entender que nossos atos são presididos pela formalidade. Nesse ponto, se não foi feita a prova a tempo, não há de se manter aberto, com tanta benevolência, o prazo para se juntar documento. Se ainda tivesse passado pelo crivo do juiz de 1º grau, isso foi juntado à revelia dele, foi juntado, segundo entendi, com a peça recursal, como se tivesse documento escondido na manga para, posteriormente, fazer prova. Não acredito que tenha sido nesse sentido, mas a conotação pode ser essa. Se começarmos a admitir juntada de documento na Corte de apelação, penso que não vamos trilhar o bom caminho. Um pouco constrangida com o fato de ver um tempo de serviço provado e não valorizado, prefiro ficar com a forma, nesse particular.

Segunda Seção

Inquérito

2004.01.00.046799-4/PI

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Autora: Justiça Pública
Procurador: Dr. Marco Túlio Lustosa Caminha
Indiciado: A apurar
Publicação: DJ 2 de 18/04/05

Ementa

Penal. Prescrição em perspectiva ou virtual. Falta de amparo legal. Violação de dispositivos do CP. Órgão jurisdicional exercendo função legiferante. Impossibilidade. Prejulgamento da causa. Condenação hipotética. Análise do mérito sem o devido processo legal. Negado provimento ao agravo regimental. Determinada a remessa dos autos ao procurador-geral da República. Art. 28 do CPP.

I. A prescrição com base na pena em perspectiva, presumida, antecipada ou virtual não encontra amparo legal, sendo certo que o acolhimento da tese viola dispositivos do CP, o qual somente prevê a possibilidade de se decretar a extinção da punibilidade, com fulcro na prescrição, tendo por base o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime ou, ainda, pela pena concretamente aplicada.

II. A adoção da tese da prescrição virtual fere a idéia de tripartição dos Poderes visto que um órgão jurisdicional estaria exercendo função legiferante ao criar uma nova hipótese de prescrição e, conseqüentemente, de extinção da punibilidade com base em uma pena hipotética.

III. A prescrição em perspectiva configura um prejulgamento em detrimento do réu, o qual, no curso do processo, pode vir a ser absolvido, o que demonstra a utilidade no prosseguimento da persecução penal, pois não se pode furtar ao acusado a possibilidade de obter uma declaração de sua inocência.

IV. A condenação hipotética analisa o mérito sem o devido processo legal e sem contraditório, o que, como é sabido, é vedado no processo penal brasileiro.

V. Negado provimento ao agravo regimental, bem como determinada a remessa dos autos ao procurador-geral da República com fulcro no art. 28 do CPP.

Acórdão

Decide a Segunda Seção, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, bem como determinar a remessa dos autos ao procurador-geral da República com fulcro no art. 28 do CPP.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 23/02/05.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar conduta imputada a Ademir Moreno Benvindo, ex-Prefeito de Bom Jesus/PI, o qual, em tese, adquiriu bens sem a devida licitação, bem como desviou verbas públicas federais oriundas do Convênio Sepre/MPO 68/97, firmado com o Ministério do Planejamento.

Instado a se manifestar, o eminente Procurador-Regional da República Dr. Luís Wanderley Gazoto requereu, com fulcro na prescrição em perspectiva, o arquivamento dos autos nos seguintes termos:

2. Da falta de interesse processual

O desvio de verbas e aquisição de bens sem a devida licitação por prefeitos encontram tipicidade penal no DL 201/67, que assim estabelece:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

III. desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

(...)

XI. adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

(...)

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, *com a pena de detenção, de três meses a três anos*.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Tomando em consideração a data dos crimes e o prazo de prescrição estipulado no Código Penal, de plano, constata-se que não existe qualquer probabilidade de se alcançar utilidade prática com eventual denúncia do indiciado:

- os crimes, se é que existiram, foram praticados em 1997, há mais de 6 (seis) anos;
- a pena para desvio de verba e falta de licitação é de 3 (três) meses a 3

(três) anos de detenção;

- somente se o indiciado fosse condenado a mais de 2 (dois) anos é que se evitaria a prescrição baseada na pena *in concreto* (CP, art. 110, § 2º);

- a experiência nos dá a certeza de que, em caso que tais, tomando-se em consideração a pessoa do investigado, os motivos dos crimes e as demais circunstâncias judiciais arroladas no art. 59 do CP, conclui-se que não há qualquer possibilidade de imposição de pena superior a 2 (dois) anos de reclusão; sendo, portanto, inevitável a ocorrência da prescrição retroativa, relativa ao período que medeia entre a data dos crimes e a atual (CP, art. 109, inciso VI).

3. *Requerimento*

Assim sendo e tendo em vista que, após o advento da Lei 7.209/84, a prescrição retroativa passou a ser forma da prescrição da pretensão punitiva, com todos os seus efeitos, não havendo interesse público em obter um decreto condenatório inútil, o Ministério Público Federal requer o arquivamento do presente inquérito policial. (fls. 112/114).

O pleito em questão fora indeferido à falta de amparo legal (v. fls. 116/117).

A fls. 120/128 a douta PRR/1ª Região insistiu no requerimento de arquivamento alegando em síntese que:

1. o exercício da ação penal pública somente encontra amparo se aliado à possibilidade da obtenção de resultado prático;

2. a persecução penal não é algo que se faça desorganizadamente, razão pela qual a CRFB atribuiu privativamente ao MP tal função, esperando, de seu exercício, tratamento eficiente;

3. a ação penal somente pode ser movida se, razoavelmente, houver probabilidade de produzir os efeitos desejados;

4. é formalismo promover-se a ação penal pública meramente para dar cumprimento à letra da lei, prevendo-se, de antemão, o seu insucesso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Ressalto, inicialmente, que processarei o requerimento em questão como agravo regimental de decisão do relator em processo de competência de Seção (v. art. 292, inciso II, alínea *a*, do RITRF-1ª Região).

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

Com efeito, entendo que o agravo não merece ser provido visto que a prescrição com base na pena em perspectiva, presumida, antecipada ou virtual não encontra amparo legal, sendo certo que o acolhimento da tese violaria dispositivos do CP, o qual somente prevê a possibilidade de se decretar a extinção da punibilidade, com fulcro na prescrição, tendo por base o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime ou, ainda, pela pena concretamente aplicada.

In casu, não ocorre nenhuma das previsões retromencionadas, inexistindo sentença condenatória e, portanto, pena concretizada, restando certo, outrossim, que a adoção da tese ministerial feriria a idéia de tripartição dos Poderes visto que um órgão jurisdicional estaria exercendo função legiferante ao criar uma nova hipótese de prescrição e, conseqüentemente, de extinção da punibilidade com base em uma pena hipotética.

Configuraria, ademais, um prejulgamento em detrimento do réu, o qual, no curso do processo, pode vir a ser absolvido, o que demonstra a utilidade no prosseguimento da persecução penal pois não se pode furtar ao acusado a possibilidade de obter uma declaração de sua inocência.

Revela-se, assim, que a condenação hipotética analisa o mérito sem o devido processo legal e sem contraditório, o que, como é sabido, é vedado no processo penal brasileiro.

Ressalto, por fim, que o reconhecimento de tal modalidade de prescrição é repudiado pelo STJ.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Processual Penal. Recurso em habeas corpus. Trancamento de inquérito. Falta de justa causa. Prescrição antecipada.

I. O trancamento de inquérito, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses excepcionais em que, *prima facie*, mostra-se evidente, v.g., a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, não sendo cabível quando há apuração plausível de conduta que, em tese, constitui prática de crime.

II. Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada, que tem como referencial condenação hipotética. Precedentes.

Recurso desprovido. (RHC 12.360/BA; Rel. Ministro Felix Fischer; DJ 16/09/02)

Recurso em habeas corpus. Arts. 4º e 5º da Lei 7492/86. Crimes contra o sistema financeiro. Inépcia da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal. Reiteração de pedido. Prescrição antecipada. Inaplicabilidade.

I. Em se tratando de recurso ordinário cujos fundamentos são os mesmos de *habeas corpus* já julgado por este mesmo Órgão, o seu não-conheci-

mento, nesta parte, é medida que se impõe.

II. Somente ocorre a prescrição regulada pela pena em concreto após o trânsito em julgado para a acusação, não havendo falar, por conseguinte, em prescrição em perspectiva, desconsiderada pela lei e repudiada pela jurisprudência.

III. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, improvido. (RHC 11.249/RJ; Rel. Ministro Hamilton Carvalhido; DJ 18/03/02)

Assim, por todas as razões susomencionadas, nego provimento ao agravo regimental, oportunidade em que, nos termos do art. 28 do CPP, determino a remessa dos autos ao procurador-geral da República.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, já proferi voto divergindo desse entendimento que foi esposado pelo Des. Federal Hilton Queiroz e acompanhado pelo Des. Federal I'talo Mendes. Na verdade, a prescrição em perspectiva ou virtual, e tem várias denominações, é a que vem sendo aceita pela doutrina. Há ainda uma certa resistência, de poucos, porque é a questão prática. E, se não for dada a prescrição em perspectiva, na verdade, está havendo um constrangimento ilegal, porque o denunciado está respondendo um processo que, na verdade, praticamente está prescrito, em razão da pena que virá a ser cominada, concretizada, que não pode passar além do mínimo. Vossa Excelência diz: “Mas pode haver nova definição”. Ora, mas os fatos têm que estar narrados na denúncia. Quando o juiz examina a prescrição em perspectiva ou virtual, examina-a de acordo com os fatos que estão narrados na denúncia, e dali o julgador não pode se afastar. Se há um outro fato, dá margem a uma nova denúncia, mas aqueles fatos ali é que são balizadores para a sentença. Isso está nos arts. 383/384 do Código de Processo Penal. Agora, todo aparelhamento judicial que, na verdade, dá prosseguimento a uma ação inútil é pura perda de tempo.

E, assim sendo, farei juntar voto que tenho sobre a questão, em que cito várias definições doutrinárias e alguns acórdãos. Desse modo, peço vênias aos Des. Federais Hilton Queiroz e I'talo Mendes e dou provimento ao agravo regimental, para manter o posicionamento do Ministério Público que requereu a prescrição em perspectiva.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — A questão da prescrição penal antecipada é assaz interessante e instigante, não sendo preciso dizer quem é contra ao entendimento, pois efetivamente a letra da lei não enseja o seu reconhecimento. Mas é preciso começar a mudar!

Costuma-se afirmar que – e nessa linha são a maioria dos precedentes – a prescrição não pode ser avaliada em função de uma condenação hipotética, decorrente de um julgamento antecipado, somente podendo ser proclamada diante de uma condenação real e concreta, e que, a propósito da alegada futura condenação ao mínimo legal, podem vir à tona nos autos, ao longo da instrução, circunstâncias desfavoráveis ao acusado, que poderão elevar a pena além da previsão do julgador.

Não existe nenhuma dúvida a respeito do acerto desse entendimento, analisada a questão apenas do ponto de vista da dogmática jurídica, pois efetivamente a prescrição, matéria de reserva legal, está submetida ao princípio *numerus clausus*, não podendo ser proclamada senão nos casos legalmente previstos, nos quais não se inscreve a chamada prescrição em perspectiva, projetada ou virtual, que traduz até mesmo uma contradição, considerando-se que, proclamada de forma antecipada, leva em conta uma pena em concreto que ainda não existe!

Todavia, é preciso considerar também a visão existencial do tema, radicada, no caso, no lado utilitário da questão que busca saber se, a despeito da juridicidade da negativa da prescrição antecipada, é útil ao aparelho judicial do Estado, tão assoberbado de feitos, levar à frente a persecução penal quando de logo se sabe, indubitavelmente, que a sentença a ser proferida, se der pela condenação, não terá nenhuma eficácia, não passando de uma perda de tempo. Em casos como o presente – e é o próprio MPF, por um de seus mais lúcidos procuradores-regionais da República, o Dr. Paulo Queiroz, que pede o reconhecimento da prescrição –, iríamos tocar para frente um processo inútil, natimorto, em franca perda de tempo que poderíamos empregar em processos mais eficazes.

Em tais circunstâncias, parece claro que não está presente o interesse de agir como condição da ação, dada a inutilidade do futuro provimento penal condenatório, o que não resulta alterado, no resultado final, pelo argumento de que a instrução processual poderá revelar circunstâncias desfavoráveis ao acusado, que poderiam autorizar uma pena-base (art. 59 – CP) além do mínimo legal. Esse fundamento, de escassa dimensão prática, não é suficiente para desautorizar o reconhecimento da prescrição virtual.

Como ensinam os doutos, o fenômeno prescricional põe em confronto dois imperativos caros ao Direito: o anseio de segurança nas relações jurídicas e a busca de justiça. “Quando se reconhece a pretensão – força de coagir o violador do

direito a realizar a prestação a que faz jus o titular do direito violado – atua-se em nome da justiça. A busca eterna da justiça, porém, longe de realizar a plenitude da paz social, gera intranqüilidade e incerteza no tráfico jurídico que urge coibir. É preciso, por isso, estabelecer um modo harmônico de convivência de valores entre os dois valores em choque. Isso a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal, e com isso atende aos desígnios de justiça”¹.

Na advertência Benjamim Cardoso, “O jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã”. É preciso, portanto, em casos como o presente, dar atenção também ao lado prático da persecução penal, que, como fim último da atuação da justiça criminal, insere-se no referido imperativo da segurança nas relações jurídicas. Se o Estado não exerceu o direito de punir em tempo socialmente eficaz e útil, não convém levar à frente as ações penais fadadas de logo ao completo insucesso.

Em face do exposto, peço vênha ao ilustre Relator, Des. Federal Hilton Queiroz, acompanho a divergência.

É o voto.

Nota

¹ Cf. Humberto Theodoro Júnior, Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil Brasileiro, in *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil* (escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves), Editora Revista dos Tribunais – 2003, Coordenação de Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas.

Terceira Seção

Conflito de Competência

2004.01.00.029496-2/GO

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

Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Autora: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Réus: Organização Hospitalar Centro Oeste Ltda. e outros

Suscitante: Juízo Federal da 4ª Vara/GO

Suscitado: Juízo Federal da 9ª Vara/GO

Publicação: DJ 2 de 06/04/05

Ementa

Processual Civil. Competência. Princípio da identidade física do juiz. Exceção. Afastamento por qualquer motivo.

I. Na hipótese, a remoção, de uma vara para outra, dentro da mesma seção judiciária, do juiz que realizou a instrução processual, insere-se na expressão “afastado por qualquer motivo” contida dentre as exceções ao princípio da identidade física do juiz previstas no art. 132 do CPC.

II. Conflito conhecido, mas julgado improcedente, declarada a competência do suscitante, Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, vencida a Relatora, declarar competente o Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, suscitante, nos termos do voto divergente do Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 26/10/04.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator p/ acórdão.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: —Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, em substituição na 2ª Vara da mesma Seção Judiciária, em face de decisão proferida pelo anterior substituto daquela 2ª Vara, que declinou da competência para processar e julgar ação ordinária, em razão de sua remoção para a 9ª Vara da mesma Seccional e da declaração de suspeição pelo Titular da 2ª Vara.

Sustenta o Juízo suscitante que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem fixado a competência para sentenciar o feito do magistrado removido que presidiu a audiência de instrução e julgamento, ainda mais quando o seu deslocamento se deu dentro da mesma comarca ou seção judiciária, tendo em vista a atual redação do art. 132 do CPC, que não mais contempla a transferência (remoção) como causa de desvinculação do juiz quando já concluída a instrução.

Por tais razões, suscitou o presente conflito, para que seja definido qual o juiz competente para sentenciar o feito em questão, a fim de se evitar eventual

nulidade.

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo conhecimento do conflito, para declarar-se competente o Juízo suscitante.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Inicialmente, determino a retificação da autuação, para que se faça constar, como Suscitante, o Juízo Federal da 4ª Vara de Goiás e, suscitado, o Juízo Federal da 9ª Vara de Goiás.

Nos autos da Ação Ordinária 94.00.00445-1, ajuizada pelo então Inamps contra Organização Hospitalar Centro Oeste Ltda. e outros, em tramitação na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, o Juiz Federal Substituto da 9ª Vara, João Bosco Costa Soares da Silva, na condição de substituto legal do Titular da 2ª Vara, que se declarou suspeito (fls. 5), realizou audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvidas duas testemunhas (cf. fls. 6/10).

Retornando os autos ao Titular da 2ª Vara, este, diante da suspeição anteriormente argüida, encaminhou os autos para o novo substituto legal, o Juiz Federal Substituto da 4ª Vara daquela Seccional Carlos Roberto Alves dos Santos (fls. 11) que, por sua vez, determinou a remessa dos autos ao Juiz Federal Substituto João Bosco Costa Soares da Silva, em razão de este haver concluído a audiência de instrução (fls. 12).

Recebendo os autos, o Juiz Federal João Bosco Costa Soares da Silva determinou o retorno dos mesmos ao Juiz Federal Carlos Roberto Alves dos Santos, em razão de haver sido designado para exercer suas funções de forma definitiva perante a 9ª Vara Federal de Goiás, circunstância que, no seu entender, prejudica suas funções em relação à 2ª Vara (fls. 13/14).

O Juiz Carlos Roberto Alves dos Santos, porém, divergindo desse entendimento, suscitou o presente conflito negativo de competência, ao argumento de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem fixado a competência do magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento para sentenciar o feito, ainda que tenha sido removido para outra vara dentro da mesma comarca ou seção judiciária, em razão da atual redação do art. 132 do CPC, que não mais contempla a transferência (remoção) como causa de desvinculação do juiz quando já concluída a instrução (REsp 19.826-0/PR – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

O acórdão do STJ citado pelo MM. Juízo suscitante está assim ementado, *verbis*:

Processo Civil. Princípio da identidade física do juiz. CPC. Art. 132. Sentença proferida por juiz diverso do que conduziu e concluiu a instrução. “Transferência” (rectius, remoção) para outra vara da mesma comarca. Recurso desacolhido.

I. Encontrando-se já encerrada a instrução do feito, a simples remoção do juiz que a tenha conduzido e concluído, máxime se realizada para outra vara da mesma comarca, não faz cessar a sua vinculação, incumbindo-lhe proferir a sentença.

II. Interpretação que se coaduna com a nova redação do art. 132, dada pela Lei 8.367/93, que não mais contemplou a remoção – impropriamente denominada de “transferência” pelo legislador de 1973 – como causa de desvinculação nas hipóteses em que finda a fase instrutória.

No mesmo sentido, lembro do acórdão dessa 3ª Seção, da lavra da Des. Federal Selene Maria de Almeida, no CC 2001.01.00.029792-2/GO, publicado no DJ de 10/01/02, assim ementado, *in verbis*:

Processual Civil. Conflito de jurisdição. Remoção de juiz federal. Princípio da oralidade. Princípio da identidade física do juiz. CPC, art. 132. Coleta de prova oral.

(...)

II. A inteligência do art. 132 do CPC, com a redação da Lei 8.637/93 leva a concluir pela efetiva intenção, por parte do legislador, de suprimir as hipóteses de transferência/remoção do elenco de ressalvas, e não de inseri-las na expressão “afastado por qualquer motivo”, como pretende o suscitado.

III. Remoção que ocorreu sem efetiva mudança territorial, por estar o juiz suscitado na mesma circunscrição territorial em que se encontrava no momento em que se vinculou, ao colher prova oral, não faz cessar a vinculação. Precedentes do STJ.

IV. Conflito de jurisdição conhecido para declarar competente o suscitado.

Assim como os precedentes citados, considero que ao incluir a expressão “afastado por qualquer motivo” a nova redação da lei não fez compreender a “transferência” que ela própria deixou de mencionar entre as causas de desvinculação expressamente previstas na redação original do art. 132.

Em síntese, tenho que a Lei 8.367/93 retirou do texto do art. 132 do CPC, que consagra o princípio da identidade física do juiz, a palavra “transferência”, para admitir a desvinculação do magistrado que concluiu a instrução do feito em virtude de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, hipóte-

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira e Fagundes de Deus. Ausente, eventualmente, a Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente.

ses nas quais não se enquadra o caso dos autos, em que o magistrado suscitado foi removido da 2ª Vara Federal de Goiás para a 9ª Vara da mesma Seccional, o que não lhe retira a competência para sentenciar o feito em questão.

Em face do exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juiz Federal da 9ª Vara de Goiás João Bosco Costa Soares da Silva.

É como voto.

Voto Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, vou pedir vênia à eminente Relatora para divergir do seu douto voto por entender que a situação sob exame está enquadrada na expressão “afastado por qualquer motivo”, contida no art. 132 do CPC e que contempla exatamente essas hipóteses em que o juiz, depois de concluir a instrução, é afastado da vara a que, anteriormente, estava vinculado. E leio aqui em nota a esse art. 132 do CPC do Theotônio Negrão:

(....) “6. Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio a ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o *afastamento do juiz* que colheu a prova oral não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz” (STJ, 4ª Turma, REsp 227.364-AL, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 24/04/01.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Citei, em meu voto, precedente também do Ministro Sálvio de Figueiredo, específico para o caso de remoção ou transferência de juiz para outra vara dentro de mesma Seção Judiciária.

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Observo ainda mais que na Justiça Federal, principalmente nos últimos tempos, há uma grande movimentação de juízes, tantos titulares como de substitutos, não só de varas dentro da mesma seção judiciária, como de seções judiciárias diversas. Logo, se formos aplicar o princípio da identidade física tal como acolhido no voto da eminente Relatora, isso causará grandes transtornos aos serviços judiciários, e já que esse princípio não é absoluto como dito, entendo que melhor atende aos interesses do jurisdicionado e do próprio tribunal que ele seja afastado no caso.

Portanto, voto pela improcedência do conflito e pela competência do suscitante.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente, creio que são ponderáveis os argumentos do Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. Entre um juiz em movimento ter que levar consigo os processos para sentenciar e o juiz que fica ter de repetir a prova oral, se isto for necessário, quer me parecer que o transtorno maior será ter de levar o processo para sentenciar, por parte daquele que sai da vara. Considerando esse aspecto e tendo em vista que a lei usa a expressão “afastamento por qualquer motivo”. Inicialmente, como estava aqui na ementa lavrada pela eminente Relatora, que só dizia *afastamento*, fui tentado a pensar que se tratava de afastamento por motivos disciplinares, em virtude de eleição para entidade de classe, disponibilidade etc., porque não precisaria usar *afastamento* e ao mesmo tempo falar em licença, convocação, promoção, aposentadoria, que são formas de afastamento. Parece que a lei quis ampliar ao máximo possível, incluindo nessa cláusula aberta todas as demais hipóteses de afastamento.

Portanto, acompanho a divergência.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhor Presidente, embora a posição da Relatora seja juridicamente aceitável e possua amparo em precedente do STJ, entendo que, havendo sido suprimido do art. 132 do Código de Processo Civil o termo “removido” e incluído o trecho “afastado por qualquer motivo”, o legislador quis ampliar, ou seja, alargar as hipóteses em que o magistrado responsável pelo início e conclusão da instrução não fique vinculado ao feito. E, em consequência, entendo que, até mesmo por uma questão de administração dos processos, conforme já foi salientado pelo Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, e, também, pelo Des. Federal João Batista Moreira, é de todo conveniente que o juiz, titular ou substituto, que permanecer na vara, julgue o processo.

Peço vênia à Relatora para divergir e, portanto, acompanhar o voto divergente do Des. Federal Daniel Paes Ribeiro.

Quarta Seção

Conflito de Competência

2004.01.00.054470-8/MG

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

Autor: DNA Propaganda Ltda.
Advogado: Dr. José Helvécio Ferreira da Silva
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Robson Gonçalves Valadares
Suscitante: Juízo Federal da 6ª Vara/MG
Suscitado: Juízo Federal da 23ª Vara/MG
Publicação: DJ de 12/04/05

Ementa

Conflito negativo de competência. Ação anulatória de débito e execução fiscal. Modificação de competência. Provimento 68/99 da Corregedoria deste Tribunal. Inaplicabilidade.

I. O Provimento 68 da Corregedoria-Geral deste Tribunal não é instrumento hábil para subjugar os princípios que norteiam o processo em prol, tão-somente, da sistemática de distribuição. Os efeitos práticos da aplicação deste provimento demonstram completa inobservância aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica.

II. Conferindo a devida relevância aos princípios que regem o processo, pela economia e celeridade processual, bem como pela razoabilidade e segurança jurídica na prestação jurisdicional a fim de evitar-se a prolação de decisões conflitantes sobre o mesmo objeto, impõe-se a reunião, para julgamento conjunto pelo mesmo Juízo da ação de conhecimento – seja anulatória ou declaratória – e da ação de execução embasada no título que se pretende anular.

III. Conflito de competência conhecido e julgado procedente para declarar competente o Juízo suscitado, da 23ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, para processar e julgar o feito de origem.

Acórdão

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao conflito de competência, nos termos do voto da Des. Federal Relatora.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 16/03/05.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais em face do MM. Juízo da 23ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, nos autos de ação anulatória de débito fiscal proposta por DNA Propaganda Ltda. em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

O MM. juízo suscitado sustentou que as Regras de Organização Judiciária não conferem jurisdição ao juízo da Vara Especializada em Execuções para julgar a ação anulatória.

Aduziu que, caso seja aceito o raciocínio de julgamento simultâneo, todas as demais ações anulatórias e declaratórias de inexistência de relação jurídica tributária deveriam ser julgadas pelos juízes das Varas de Execuções Fiscais, esvaziando-se a competência das Varas Federais Cíveis.

Asseverou, outrossim, que a prova produzida em audiência vinculou o juiz que deverá proferir a sentença em obediência ao princípio da identidade física do magistrado (art. 132 do CPC).

O MM. juízo federal suscitante, por sua vez, assentou que se impõe a reunião dos feitos em face da possibilidade de existência de decisões conflitantes.

O Ministério Público Federal, com fundamento em julgados do egrégio Superior Tribunal de Justiça, opina pela procedência do conflito para que se declare a competência do juízo da vara especializada, o suscitado.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Insurge-se o MM. juízo federal suscitante da decisão do MM. juízo da Vara Especializada em Execuções Fiscais que, reconhecendo sua incompetência para julgamento da ação anulatória de débito, determinou o retorno dos autos para a 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

Entendo que merece acolhimento a tese sustentada pelo MM. juízo suscitante, não obstante entendimento já manifestado por esta colenda Quarta Seção, inclusive em precedente da minha lavra, no sentido de ser plenamente aplicável o Provimento 68, da Corregedoria deste Tribunal, em casos como o presente.

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

Revedo o posicionamento anteriormente exarado, passo a expor as seguintes razões.

Discute-se a possibilidade de reunião, para julgamento pelo mesmo juízo, da ação de conhecimento – anulatória ou declaratória – com a ação de execução fundada no mesmo título que naquela se pretende anular.

Entendo que a solução para tal controvérsia encontra base nos princípios que regem o processo civil: razoabilidade, celeridade, economia e principalmente, segurança jurídica.

O Provimento 68, de 16/04/99, da Corregedoria deste Tribunal, em seu art. 2º, § 4º, assim dispõe:

Existindo, na Seção Judiciária, uma ou mais Varas de Execução Fiscal, todos os processos da classe 3000 – execuções e das subclasses 4200 – execuções diversas por título extra-judicial, 4300 – Execução diversa por carta e 4400 – execução diversa-outras deverão ser distribuídos para as varas aludidas, juntamente com seus apensos e dependentes, excluídos, ainda que tenham sido originariamente distribuídos por dependência aos mencionados feitos, os processos das classes 1000 – ações ordinárias e 2000 – mandado de segurança.

Contudo, entendo que o provimento da Corregedoria-Geral deste Tribunal não configura instrumento hábil a afastar e subjugar os princípios que norteiam o processo em prol, tão-somente, da sistemática de distribuição.

Os efeitos práticos da aplicação deste Provimento demonstram completa inobservância ao princípio da razoabilidade e da segurança jurídica.

Isto porque, diante da existência do débito constante em título executivo, o credor terá direito ao ajuizamento da execução fiscal. Por outro lado, o devedor, exercendo seu direito de defesa, poderá opor embargos à execução ou ação de conhecimento visando à desconstituição ou declaração de nulidade do título. Poderá ocorrer, ainda, a hipótese de o devedor, anteriormente ao ajuizamento da execução, promover ação preventiva, com o fito de anular o título ou ver declarada a inexistência de relação jurídica obrigacional.

Convém destacar, neste tópico, posicionamento adotado pelo egrégio STJ, no julgamento do Recurso Especial 573.659/SP, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 19/04/04, no seguinte sentido:

Se por um lado é certo que a conexão ou a continência, por si só, não têm o condão de modificar a competência atribuída pelas normas de organização judiciárias, por tratar-se de competência absoluta; por outro, impossível não reconhecer, até mesmo por questão de bom-senso, que a ação anulatória e a de execução fiscal referentes ao mesmo débito devem ser apreciadas pelo mesmo juízo, na medida em que o resultado de uma terá influência direta

sobre o da outra.

O fato de a Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo conferir ao juízo do Setor das Execuções Fiscais da Fazenda Pública da Capital competência tão-somente para o julgamento das execuções fiscais e seus embargos não pode ser considerado óbice ao *simultaneus processus*, eis que as ações anulatórias, assim como os embargos, funcionam como oposição à ação de execução, tendo por escopo final o seu insucesso. Em face dessa identidade de finalidade, o juiz competente para julgar os embargos também o é para a ação que visa anular o título executivo.

O forte vínculo entre a ação executiva e uma das ações de conhecimento porventura promovidas pelo devedor é evidentemente claro, a partir do momento em que ambas giram em torno do mesmo objeto. Enquanto por meio da execução se pretende ver satisfeito crédito constante em título, a ação de conhecimento, declaratória ou anulatória, visa desconstituir este mesmo título.

A repercussão dos efeitos entre elas, mormente as conseqüências que uma poderá gerar no resultado e no trâmite da outra, é que impõe a reunião das ações, a fim de que seja resguardada a segurança jurídica imprescindível à prestação jurisdicional.

O processamento e o julgamento dessas ações em juízos diversos ocasiona tumulto processual, na medida em que qualquer ato levado a efeito em um dos feitos poderá gerar conseqüências no outro, sem que o juízo competente para apreciação deste tenha conhecimento dos incidentes e decisões proferidas naquele.

Mister destacar, por oportuno, que, em julgamento de ação rescisória, a controvérsia em questão refletiu justamente o tumulto processual perpetrado pela não-reunião das ações executiva e anulatória. Com efeito, naquele julgamento, a questão controvertida centrava-se no fato de que, depois de formada a relação processual no feito executivo, oferecidos os embargos à execução – julgados improcedentes –, observou-se que já havia, em favor da devedora, sentença acobertada pela coisa julgada material em ação de conhecimento, que anulava o auto de infração e, por conseqüência, todo o lançamento do crédito tributário que respaldava o feito executivo. Pretendia-se, pois, por meio daquela rescisória, desconstituir a sentença prolatada nos autos dos embargos à execução (Ação Rescisória 1999.01.00.016400-2/DF).

O colendo Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados recentes, admite a utilização da ação anulatória como sucedâneo dos embargos à execução, impondo, assim, a conexão entre os feitos. Tal entendimento foi consolidado pela 1ª Seção, no julgamento do Conflito de Competência 38045/MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 09/12/03, nos termos da ementa que ora colaciono:

Processo Civil. Execução fiscal e ação anulatória do débito. Conexão.

I. Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional.

II. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência.

III. Assim como os embargos, a ação anulatória ou desconstitutiva do título executivo representa forma de oposição do devedor aos atos de execução, razão pela qual quebraria a lógica do sistema dar-lhes curso perante juízos diferentes, comprometendo a unidade natural que existe entre pedido e defesa.

IV. É certo, portanto, que entre ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, há evidente laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos, prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (CPC, art. 106). Cumpre a ele, se for o caso, dar à ação declaratória ou anulatória anterior o tratamento que daria à ação de embargos com idêntica causa de pedir e pedido, inclusive, se garantido o juízo, com a suspensão da execução.

(sem grifo no original)

Outros dois precedentes daquela egrégia Corte merecem especial destaque, confirmando o posicionamento já consolidado, *in verbis*:

Processual Civil. Ação anulatória de débito fiscal e execução fiscal. Conexão. Art. 103 do CPC. Regra processual que evita a prolação de decisões inconciliáveis.

I. Dispõe a lei processual, como regra geral que é título executivo extrajudicial a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei (art. 585, VI, do CPC).

II. Acrescenta, por oportuno que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução. (§ 1º, do 585, VI, do CPC).

III. A finalidade da regra é não impedir a execução calcada em título da dívida líquida e certa pelo simples fato da propositura da ação de cognição, cujo escopo temerário pode ser o de obstar o processo satisfativo desmoralizando a força executória do título executivo.

IV. À luz do preceito e na sua exegese teleológica colhe-se que, a recí-

proca não é verdadeira; vale dizer: proposta a execução torna-se despicienda e portanto falece interesse de agir a propositura de ação declaratória, porquanto os embargos cumprem os desígnios de eventual ação autônoma.

V. Conciliando-se os preceitos tem-se que, precedendo a ação anulatória, a execução, aquela passa a exercer perante esta inegável influência prejudicial a recomendar o *simultaneus processus*, posto conexas pela prejudicialidade, forma expressiva de conexão a recomendar a reunião das ações, como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis.

VI. O juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo.

V. Refoge à razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada.

VI. Reunião das ações no juízo suscitante da execução fiscal, competente para o julgamento de ambos os feitos.

VII. Precedentes do egrégio STJ, muito embora nalguns casos somente se admita a conexão quando opostos embargos na execução e depositada a importância discutida.

VIII. Recurso Especial desprovido.(REsp 517.891/PB, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29/09/03)

Processual Civil. Ação anulatória. Execução fiscal. Conexão. Reunião dos processos. Arts. 105 e 109 do CPC.

I. O processo de execução, por sua índole eminentemente satisfativa, não é predisposto ao accertamento do direito das partes, por isso normalmente não culmina com sentença de mérito. Todavia disso não decorre a impossibilidade de se estabelecer conexão entre a execução e a ação de conhecimento na qual se questiona o título executivo em que aquela se fundamenta.

II. Não se pode olvidar que ação anulatória ajuizada com o escopo de desconstituir título executivo tem a mesma natureza cognitiva da ação de embargos e pode até mesmo a esta substituir, conforme vem entendendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, razão por que há de se reconhecer a conexidade, independentemente do ajuizamento de embargos de devedor, entre a ação de execução e a declaratória que a precede quando fundadas no mesmo título, com a conseqüente reunião dos processos no juízo em que se processa a declaratória.

III. Recurso especial conhecido e provido.(REsp 492.524/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ de 16/11/04)

Destarte, conferindo a devida relevância aos princípios que regem o processo, pela economia e celeridade processuais, bem como pela razoabilidade e segurança jurídica na prestação jurisdicional para que se impeça a prolação de decisões

conflitantes sobre o mesmo objeto, entendo forçoso reconhecer-se a necessidade de reunião, para julgamento conjunto, da ação anulatória e do feito executivo.

Por fim, devo ressaltar que a alegação do MM. juízo suscitado no sentido de que a prova produzida em audiência teria vinculado o juízo suscitante não merece acolhida, em face da expressa previsão legal de se mandar repetir as provas, caso necessário (art. 132, parágrafo único).

Outrossim, conforme corretamente explicitado pelo MM. juízo suscitante *o art. 132 só se aplica se o juiz/juízo for competente para o julgamento da ação, não quando for reconhecida sua incompetência por razões de ordem pública como é o caso do art. 105 do CPC* (fls. 57).

Pelo exposto, julgo procedente o presente conflito, para declarar competente o MM. Juízo Federal da 23ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o juízo suscitado, para processar e julgar o feito de origem.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Preferia, como disse, que a matéria fosse decidida em uma sessão de composição plena, mas, em face dos votos já proferidos – se eu acompanho a Relatora são cinco votos e não há possibilidade de alteração com a composição plena – e como sempre ressaltei em votos orais e escritos que toda lógica jurídica está em que as ações anulatórias sejam julgadas pelo juiz da execução fiscal que está julgando a legitimidade do mesmo débito, vou acompanhar a Relatora. Naturalmente que a Corregedoria deverá tomar conhecimento do fato e adotar as providências para rever o seu provimento, o que também será uma situação bastante constrangedora, porque ficam as decisões judiciais contrárias às decisões normativas do próprio Tribunal.

Primeira Turma

Apelação Cível

2000.01.99.123608-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Apelante: Janete Catarina da Cunha
Advogados: Dr. Sandro Guimarães Sá e outros
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Guilherme Luiz Leão Boelsums

Publicação: DJ 2 de 18/04/05

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Dependente designado (art. 16, IV, da Lei 8.213/91, na redação original). Óbito ocorrido na vigência da Lei 9.032/95, que excluiu a pessoa do dependente designado do rol de dependentes da Previdência Social. Direito adquirido à percepção do benefício: inexistência. Apelação não provida.

I. “O menor designado como dependente pelo ex-segurado, na forma do art. 16, IV, da Lei 8.213/91, não tem direito a perceber pensão por morte se a condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Lei 9.032/95, já se encontrando a pessoa do menor designado excluída do rol dos dependentes da Previdência Social.” (REsp 441310/RN, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJ 04/11/02, p. 247).

II. Ressalva do entendimento do Relator.

III. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 16/03/05.

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

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Janete Catarina da Cunha, representada por sua genitora, Sra. Maria Aparecida Fortunata da Cunha, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando assegurar o direito à concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, em razão do falecimento de sua tia, Sra. Maria Beatriz Fortunato, ocorrido aos 22/05/95.

Após a instrução do processo, foi proferida a sentença de fls. 41/43, julgando improcedente o pedido, sob o fundamento de que o requerido não lesou direito adquirido da requerente, visto esta possuir mera expectativa de direito. Deixou de condenar a requerente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por se encontrar sob o pálio da justiça gratuita.

A autora interpôs o recurso de apelação de fls. 44/48, sustentando, em síntese, ter adquirido o direito a perceber o benefício pleiteado a partir do momento

em que preencheu todas as condições e requisitos estabelecidos pela Lei 8.213/91. Afirma que a lei nova não pode prejudicar o direito adquirido, não havendo se falar em revogação do inciso IV da Lei 8.213/91 pela Lei 9.032/95.

Em contra-razões, o INSS pugna pela manutenção da sentença (fls. 54/56).

O Ministério Público Federal opina pelo não- provimento do recurso (fls. 65).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de recurso de apelação, interposto pela autora, insurgindo-se contra a respeitável sentença de fls. 41/43, que julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que o requerido não lesou direito adquirido da requerente, visto esta possuir mera expectativa de direito. Deixou de condenar a requerente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por se encontrar sob o pálio da justiça gratuita.

A autora, em suas razões de apelação, sustenta, em síntese, ter adquirido o direito a perceber o benefício pleiteado a partir do momento em que preencheu todas as condições e requisitos estabelecidos pela Lei 8.213/91. Afirma que a lei nova não pode prejudicar o direito adquirido, não havendo se falar em revogação do inciso IV da Lei 8.213/91 pela Lei 9.032/95.

A autora pretende o reconhecimento do seu direito à percepção da pensão por morte, em decorrência do falecimento de sua tia, Sra. Maria Beatriz Fortunato, tendo em vista a sua condição de dependente designada, ocorrida aos 26/04/94, de acordo com a previsão constante do art. 16, IV, da Lei 8.213/91, na sua redação original, *verbis*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

(...)

IV. A pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida.

O deslinde da questão cinge-se à verificação da existência ou não de direito adquirido do dependente designado na forma do art. 16, IV, da Lei 8.213/91, à pensão por morte, quando o óbito da instituidora da pensão somente ocorreu na vigência da Lei 9.032/95.

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

No caso, a designação da autora como dependente da ex-segurada se deu aos 26/04/94 e o óbito ocorreu aos 22/05/95, quando já em vigor a Lei 9.032/95, que extinguiu a previsão legal da figura do dependente designado, dando nova redação ao art. 16 da Lei 8.213/91, passando a considerar como dependentes do segurado apenas:

- I. O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
- II. os pais;
- III. o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

A matéria em desate foi objeto de interpretações divergentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que, ao final, consolidou o entendimento no sentido de que a concessão de benefício previdenciário se vincula ao princípio do *tempus regit actum*, de modo que o direito à pensão por morte só surge com o óbito do segurado, em cujo momento é que devem ser analisadas as condições legais para a sua concessão, arredando a tese do direito adquirido.

Nesse sentido é a decisão unânime da Terceira Seção do STJ nos Embargos de Divergência no REsp 201.050/AL, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* de 17/09/01, p. 106, *verbis*:

Embargos de divergência em recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Menor designado. Superveniência da Lei 9.032/95. Inexistência de direito adquirido.

I. A egrégia 3ª Seção firmou já entendimento no sentido de que o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência (cf. REsp 190.193/RN, Relator Min. Jorge Scartezini, *in DJ* 07/08/00).

II. Em se tratando de segurado falecido sob a vigência da Lei 9.032/95, não há falar em direito adquirido de menor designado à concessão de benefício de pensão por morte (cf. REsp 256.699/RN, Relator Min. Edson Vidigal, *in DJ* 04/09/00; REsp 263.494/RN, Relator Min. Jorge Scartezini, *in DJ* 18/12/00).

III. Embargos conhecidos e acolhidos.

Na mesma linha têm decidido as Quinta e Sexta Turmas, daquela colenda Corte:

Previdenciário. Dependente designado. Pensão por morte. Óbito posterior à revogação do art. 16, IV, da Lei 8.213/91. Expectativa de direito. Exclusão. Lei de regência.

I. O menor designado como dependente pelo ex-segurado, na forma do art. 16, IV, da Lei 8.213/91, não tem direito a perceber pensão por morte se

a condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Lei 9.032/95, já se encontrando a pessoa do menor designado excluída do rol dos dependentes da Previdência Social.

II. Em regra, os benefícios previdenciários são regidos pelo princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

III. Recurso provido. (REsp 441310/RN, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJ 04/11/02, p. 247).

(....)

Previdenciário. Pensão por morte. Dependente designado. Legislação vigente. Lei 9.032/95.

I. Esta Corte tem firmado jurisprudência no sentido de haver direito adquirido à pensão por parte do dependente designado sob a égide da lei anterior, quando o óbito do segurado instituidor, fato gerador da pensão, ocorrer anteriormente à publicação da Lei 9.032/95, que exclui a pessoa designada do rol de beneficiários da Previdência, hipótese não caracterizada na espécie.

II. Recurso conhecido e provido. (REsp 403626/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, unânime, DJ de 02/09/02, p. 262).

A despeito da orientação jurisprudencial firmada pelo STJ, alinho-me à corrente que defende a tese do direito adquirido do dependente designado, na forma do art. 16, IV, da Lei 8.213/91, à percepção da pensão, cujo direito não mais podia ser elidido pela superveniência da Lei 9.032/95, cuja eficácia retrooperante, no caso, malferiria os arts. 5º, XXXVI, da CF/88, e 6º, §§ 1º e 2º, da LICC.

É que a designação do dependente, na forma da legislação da regência vigente na data do ato, por si só, já configura uma situação concretizada, cujas condições para a percepção do benefício vindicado já se encontravam plenamente realizadas com a inscrição do beneficiário, e o exercício desse direito, já assegurado, dependia apenas da ocorrência da morte da instituidora da pensão.

Essa foi a orientação jurisprudencial da 5ª Turma do STJ no REsp 302.014/RN, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 1º/10/01, em acórdão assim ementado:

Previdenciário. Pensão por morte. Dependente designado anteriormente à Lei 9.032/95. Direito adquirido à recepção do benefício previdenciário de pensão por morte. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

– O ato de designação do dependente, consoante às regras vigentes à época (Lei 8.213/91), embora dependa da condição pré-estabelecida (morte do segurado), deve ser visto como um bem jurídico, incorporado ao patrimônio do titular, e como tal, suscetível de proteção legal.

– A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar o dissídio jurisprudencial apto a ensejar a abertura da via especial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, bem como, juntadas certidões ou cópias integrais dos

julgados paradigmas.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

Ao proferir voto no julgamento acima, o eminente Relator esclareceu o seguinte:

(....) Cinge-se a controvérsia em saber se, com a entrada em vigor da Lei 9.032/95, que revogou a possibilidade de designação de dependente beneficiário da pensão por morte, determinada pelo art. 16, inciso IV, da Lei 8.213/91, houve comprometimento da designação já realizada, em razão do óbito do segurado ter ocorrido em 15/11/96.

O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício. Daí, porque, a pensão é concedida com base na legislação vigente à época da ocorrência do evento “morte” do segurado.

Na hipótese dos autos, o óbito ocorreu em 15/11/96, conforme certidão a fls. 16, portanto já sob a égide da Lei 9.032, de 29/04/95, que pelo seu art. 8º, revogou o inciso IV do art. 16 da Lei. 8.213/91, extinguindo, destarte, a figura do menor designado.

A questão é de extrema controvérsia e tem gerado decisões divergentes no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça.

Reconsiderando minha posição anterior, expressada em precedentes análogos, transcrevo trecho do voto-vista que proferi no Recurso Especial 248.844/RN, de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, onde entendo que o designado menor tem direito adquirido à percepção do benefício:

“Controverte-se, portanto, a respeito de saber se o menor adquiriu ou não a condição de dependente do *de cuius*, no momento em que este o constituiu como seu ‘designado menor’, conforme o disposto no art. 16 da Lei 9.213/91, ou seja, antes da vigência da Lei 9.032/95, que, pelo seu art. 8º, suprimiu a figura do menor designado.

De um lado, argumenta-se que a situação jurídica do menor designado já se encontra perfeitamente realizada, estando sua efetivação a depender apenas da condição do evento morte do segurado.

De outro lado, adotando o princípio *tempus regit actum*, argüi-se que, embora a designação de dependência do menor esteja revestida da devida regularidade legal, a teor do art. 16 da Lei 9.213/91, não há como reconhecer o direito do dependente à pensão, vez que o fato gerador para a concessão da pensão por morte – o óbito do segurado – ocorreu quando já vigoravam as disposições do art. 8º da Lei 9.032/95.

Para estes, a designação do menor cria apenas uma expectativa de direito; para aqueles, tal ato, restando inalterado até o óbito do segurado, assegura o direito adquirido à percepção do benefício.

O entendimento do eminente Ministro Relator do feito, situando-se no campo da primeira interpretação exposta, é no sentido de que as condições

necessárias para a percepção do benefício já estavam satisfeitas antes do evento morte, porquanto o direito adquirido do dependente menor iniciou-se com a sua inscrição como beneficiário do segurado, fato que ocorreu na vigência da Lei 8.213/91. Citando, por precedente, parecer do Ministério Público Federal, aduz que:

‘A morte do segurado é condição para a obtenção do benefício e nada tem a ver com as condições legais necessárias do dependente. O direito à percepção do benefício nasce com sua legal inscrição perante o órgão previdenciário, geralmente operada através de designação feita pelo próprio segurado. Outras vezes esta inscrição se dá por morte.

No caso em exame, o menor foi inscrito como dependente antes da morte do segurado e na vigência da Lei 8.213/91, o que por si só lhe assegura direito adquirido à percepção do benefício, porque representa o começo do exercício subordinado a uma condição pré-estabelecida e que foi inalterada pelo segurado até o seu óbito.

Embora o segurado pudesse alterar a condição do dependente, esse fato não ocorreu antes da sua morte, valendo como condição pré-estabelecida inalterável na vigência da lei antiga.

Destarte, para solucionar a questão, não há que se analisar qual foi a data da morte do segurado, como se fez no venerando acórdão impugnado, e sim a data da designação do beneficiário.’ ” (fls. 2).

(...)

Destarte, no caso que se trata, o ato de designação do dependente menor, consoante as regras vigentes à época – embora dependa da condição pré-estabelecida, qual seja, a morte do segurado – deve ser visto como um bem jurídico incorporado ao patrimônio do titular e, como tal, suscetível de proteção legal.

Destaco, por oportuno, que não tenho nenhuma pretensão de me rebelar contra o entendimento uniformizado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Penso apenas que, por se tratar de matéria constitucional – alegação de violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que garante a intangibilidade do direito adquirido, a última palavra sobre a questão caberá ao Supremo Tribunal Federal, nos precisos termos do art. 102 da Constituição Federal, razão pela qual ousou posicionar-me contrariamente ao entendimento firmado pelo STJ.

A prova dos autos (CTPS – fls. 8v) revela que a suplicante foi indicada e adquiriu o direito à qualidade de dependente da sua tia Maria Beatriz Fortunato, perante o órgão previdenciário, de acordo com a legislação então em vigor.

Nesses termos, a lei nova, que extinguiu a figura de dependente designado da previdência social, não podia lhe alcançar, para desconstituir a sua qualidade de dependente de segurada da previdência social, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que dispõe: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

Não se pode confundir o direito à qualidade de dependente designado de segurado da previdência social com o direito à pensão por morte.

O direito à qualidade de dependente designado de segurado da previdência social do suplicante surgiu com a sua designação formalizada de acordo com a legislação então em vigor.

Por força do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, essa designação não podia ser desconstituída por legislação posterior. Logo, persistiu mesmo após a edição da Lei 9.032/95.

De outra parte, o direito à pensão por morte constitui mera consequência de ser a autora dependente designada da segurada falecida.

Ora, na data do óbito da segurada da previdência social, a suplicante ostentava a qualidade de dependente desta, por força da garantia constitucional supra referida. Logo, ela tem direito ao benefício de pensão, *ex-vi* do art. 74 da Lei 8.213/91, que dispõe: “A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não”

O que a legislação posterior alterou foi a questão relativa à designação de dependente e não a questão relativa ao benefício de pensão. A legislação em vigor na data do óbito da segurada não excluiu o direito dos dependentes desta – designados ou não – ao benefício de pensão.

Nesses termos, penso que a suplicante tem direito ao benefício.

Contudo, a egrégia Primeira Seção desta Corte, no julgamento realizado aos 16/12/03, da Ação Rescisória 2001.01.00.033060-8/DF, de que fui Relator, firmou entendimento majoritário em sentido contrário ao acima exposto.

A citada ação rescisória foi ajuizada por menor impúbere, representado por seus pais, com fundamento no art. 485, V, do CPC, contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando rescindir acórdão da Primeira Turma deste Tribunal, que negou provimento à sua apelação, mantendo a respeitável sentença que julgou improcedente o seu pedido de concessão do benefício de pensão por morte, em razão do falecimento de sua avó, de quem ele era dependente designado, nos termos do art. 16, IV, da Lei 8.213/91.

Anoto que a Primeira Seção, ao renovar o julgamento do citado processo, por maioria, julgou improcedente o pedido rescisório, nos termos do voto divergente do eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, restando vencido, também, o eminente Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que acompanhava o meu entendimento.

Dessa forma, curvando-me à orientação majoritária da Primeira Seção e do egrégio STJ, tenho que a respeitável sentença recorrida não merece ser reformada.

Isso posto, com a ressalva do meu ponto de vista, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2000.01.00.110997-1/PA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves
Apelante: União Federal (Exército)
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Lafaiette José Silva Oliveira
Advogados: Dr. Rômulo Cunha Vieira e outro
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/PA
Publicação: DJ 2 de 11/04/05

Ementa

Administrativo. Servidor público militar. Anulação da incorporação e conseqüente exclusão dos quadros do Exército. Ilegalidade. Doença mental incapacitante. Ausência de prova quanto à sua pré-existência. Laudo pericial e prova testemunhal favoráveis à pretensão do autor. Lei 6.880/80. Arts. 106, II e 108, V. Reforma ex officio do militar. Apelação e remessa oficial desprovidas.

I. A prova pericial produzida nos autos somente pode perder sua força susória se existirem outros elementos de convicção que permitam ao magistrado divergir do auxiliar especializado do juízo.

II. Como o acervo documental, que inclui a oitiva de testemunhas na esfera administrativa, corrobora o entendimento firmado pelo perito judicial, outra postura não poderia ter adotado o julgador que não a de exarar a sentença de mérito tomando como lídimas as conclusões consignadas no laudo pericial.

III. Tendo a União admitido o autor nos quadros do Exército após a realização de exame médico que o considerou apto para a incorporação, cabia a ela, para efetivar o desligamento, comprovar que a incapacidade verificada era pré-existente à sua admissão.

IV. Inexistindo tal prova e concluindo o perito que a alienação mental do autor foi reativa às atividades militares, afigura-se nulo o ato administrativo que simplesmente o excluiu dos quadros do Exército, isto porque os arts. 106, II e 108,

V, do Estatuto dos Militares determinam que ele deve ser reformado *ex officio*.

V. Honorários advocatícios fixados nos termos da sentença recorrida.

VI. Apelação e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

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

2ª Turma do TRF-1ª Região – 28/03/05.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — A União apela contra sentença proferida pelo MM Juízo Federal da 2ª Vara SJ/PA, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, para, *verbis*: “.... determinar a anulação do ato de desligamento do autor com a sua conseqüente reinclusão nos quadros da Organização Militar, para aguardar a reforma, nos termos do art. 106, inciso, II, c/c art. 108, inciso V, todos da Lei 6.880/80....”. Determinou ainda o magistrado *a quo* o reembolso das custas processuais, bem assim a condenação da União no pagamento de verba honorária arbitrada em R\$1.000,00 (cf. fls. 167).

Sustenta a apelante, em síntese, que apenas dois meses após o ingresso do autor nas fileiras do exército, após a realização do estágio básico de combatente de selva, seus superiores detectaram nele uma alteração comportamental, restando demonstrado que a patologia que o acometeu era pré-existente à sua incorporação, não tendo sido outra a conclusão obtida após a inspeção de saúde do autor (fls. 56).

A União iniciou suas razões de mérito transcrevendo excertos dos arts. 139 e 140 do Decreto 57.654/66, que seriam o substrato legal do desligamento efetuado.

Seguiu aduzindo que as conclusões obtidas no laudo pericial produzido nos autos divergem dos pareceres e laudos elaborados pelo Ministério do Exército e que não estando o julgador adstrito à conclusão do laudo pericial elaborado pelo especialista do juízo para formar seu convencimento, deveria ter levado em conta que os outros elementos de prova do processo apontaram para a validade do ato administrativo hostilizado, este que, para ser anulado, exige uma prévia comprovação de sua desconformidade com o ordenamento jurídico.

Pugnou, assim, pelo provimento do apelo, para que seja *confirmado* o ato de anulação da incorporação, exclusão e desligamento do apelado.

Contra-razões a fls. 179/183.

Neste Tribunal, o MPF opinou pelo desprovimento do recurso de apelação (fls. 185/189).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Incensurável a sentença recorrida.

De fato, ainda que o julgador não esteja adstrito ao laudo pericial para a formação de seu convencimento, como afirmou a União em seu apelo, tal descon sideração somente pode ocorrer quando o restante do conjunto probatório produzido nos autos ilidir de forma categórica as conclusões do louvado. Como tal não ocorreu na espécie, andou bem o magistrado *a quo* quando considerou que *a doença mental que acometeu o demandante eclodiu durante o período em que ele estava convocado para o serviço ativo das Forças Armadas*.

Com efeito, o exame clínico realizado pelo perito do juízo permitiu que ele obtivesse as seguintes conclusões (cf. fls. 156):

- Se o examinado não gozasse de perfeita higidez física e mental, jamais teria sido julgado apto para o serviço militar;
- a doença mental que o incapacitou definitivamente para o serviço militar é irreversível;
- as anamneses objetiva e subjetiva realizadas comprovam a reação de causa e efeito entre a doença do examinado e as atividades próprias do serviço militar;
- o examinado necessita de cuidados permanentes de enfermagem e assistência médica especializada, não possuindo condições de gerir sua pessoa, prover meios de subsistência e administrar bens;
- não se trata de um distúrbio congênito, todavia de um processo psicótico reativo, em razão de sua exposição às atividades do Exército (fls. 145).

Corroborava ainda para a prevalência do opinativo do perito o teor de todos os depoimentos testemunhais colhidos na sindicância levada a cabo com vista à aferição da condição de saúde do autor, segundo os quais, *verbis*: “... o Sd. Ev.

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Mark Yshida Brandão (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

Lafayette José Silva de Oliveira apresentava um comportamento calmo, cumpria com todas as suas obrigações, não apresentava nenhuma irregularidade em seu comportamento, no entanto após a realização do EBCS/93 (estágio básico de combatente de selva), foi percebido uma diferença em seu comportamento” (comandante do pelotão no qual o autor servia, fls. 58); “era um bom aluno, nunca tinha dado problemas, e que foi o orador de sua classe” (diretora da escola em que o autor estudava, fls. 60); “.... a partir deste momento cheguei à conclusão, juntamente com o Capitão Vieira e o 1º Tenente Médico Ricardo, que o 2º Batalhão de Infantaria de Selva e a vida militar não é ambiente para o Sd. Ev. Lafayette José Silva de Oliveira, pois quando ele se encontra em outro ambiente fica bem melhor e quando retorna à vida de caserna torna a apresentar o estado psíquico afetado....” (2º Tenente Médico, fls. 65). “.... só poderia afirmar se antes dele entrar no Exército, o Sd. Lafayette, já possuía a patologia se tivesse examinado-o antes de sua incorporação ou ele já ter apresentado alguns destes sintomas antes....”(Marupiara Duarte Guerra, 2º Tenente Médico, fls. 67).

Por outro lado, o parecer psiquiátrico elaborado no Hospital Geral de Belém após a sindicância realizada não atestou a pré-existência da doença (fls. 108/109), vindo esta informação a ser inserida tão- somente no documento de fls. 110, que foi *subscrito por pessoas que não examinaram o autor*.

Inverídica, portanto, a afirmativa constante no apelo de que pareceres e laudos elaborados pelo Ministério do Exército comprovaram a anterioridade da doença.

Ademais, se o autor foi considerado apto para ingressar nos quadros militares por ocasião do exame médico a que se submeteu, avulta ainda mais necessária a obrigação da União de demonstrar de forma categórica e inquestionável a pré-existência da doença que não foi detectada na oportunidade, não podendo ela se valer de meras ilações *ou conclusões desprovidas de qualquer sustentação científica que lhes desse alicerce*.

Assim sendo, resta evidenciada a insubsistência da pretensão da União, visto que não há nos autos qualquer prova apta a refutar a conclusão do perito oficial do juízo, *certo que o único documento trazido aos autos que aponta em sentido diverso, subscrito por quem não procedeu a qualquer exame no autor, foi elaborado pura e simplesmente com o desiderato de excluí-lo dos quadros do Exército*.

Diante do exposto, o enquadramento legal conferido pelo douto magistrado *a quo* ao caso dos autos, qual seja, os arts. 106, II e 108, V, da Lei 6.880/80, revela-se plenamente aplicável à espécie, senão, vejamos:

Art . 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que:

....

II. For julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

....

IV. doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

A sentença recorrida, portanto, deve ser prestigiada em todos os seus termos, inclusive no tocante à fixação da verba honorária, que, *in casu*, remunera com modicidade o trabalho do patrono do autor.

Forte nestes argumentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2001.34.00.015802-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Apelante: Irajá Pimentel
Advogado: Dr. Fernando Antônio Duarte Pimentel
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Luís Wanderley Gazoto
Publicação: DJ 2 de 15/04/05

Ementa

Penal e Processual Penal. Sonegação fiscal. Dedução do Imposto de Renda. Absolvição por falta de provas. Comprovação da causa da dedução. Alteração do fundamento legal da sentença absolutória. Apelação criminal. Morte do apelante. Interesse de agir dos parentes no julgamento do recurso.

I. Não mais existindo relação jurídico-processual, em face da morte do recorrente, que, absolvido de sonegação fiscal por insuficiência de provas, pretendia ser absolvido em face da prova da inexistência do fato (art. 386, VI e I – CPP), não caberia, em regra, falar em conhecimento e julgamento da apelação, regra que se excetua, no caso, à vista do interesse dos sucessores, considerando que o fundamento da absolvição (insuficiência de provas) não impede a cobrança do suposto tributo na área fiscal (art. 66 – CPP), pelo qual responderão na proporção das forças da herança.

II. De outra perspectiva, a lei penal erige como bem jurídico protegido o sentimento de respeito aos mortos, seja tipificando como crimes certas condutas que atentem contra tal bem (arts. 209/212 – CP), seja permitindo que a revisão criminal seja ajuizada por seus sucessores (art. 623 – CPP), circunstâncias que permitem, excepcionalmente, que a apelação seja conhecida e julgada mesmo em face da morte do apelante, existindo interesse jurídico e moral de certos parentes na preservação da sua memória.

III. Não tendo a acusação, como lhe incumbia legalmente (art. 156 – CPP), feito a prova da imputação de sonegação fiscal, e tendo o acusado, por seu turno, juntado provas documentais (recibos e cópia de cheque descontado), não contestadas, das doações que fizera a entidade filantrópica no ano-base, e que ensejaram as deduções na declaração anual de ajuste do IRPF, resta provada a inexistência do fato-crime, que deve prevalecer como fundamento da sentença absolutória, no ponto alterado.

IV. Provimento da apelação.

Acórdão

Decide a Turma preliminarmente, por maioria, admitir o recurso e, no mérito, à unanimidade, dar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 1º/03/05.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de apelação firmada por Irajá Pimentel, Desembargador aposentado do TJDF, que, processado criminalmente pelo suposto cometimento do crime tipificado no art. 1º, IV, da Lei 8.137/90 – teria ele, na declaração anual de ajuste de 1993, ano-base 1992, deduzido, com o emprego de recibo falso de donativo, rendimentos tributáveis no valor de Cr\$ 82.719.280,76, a título de doação à Sociedade Espiritualista Recanto da Paz –, veio a ser absolvido por insuficiência de provas, nos termos da sentença de fls. 208 – 211 (art. 386, VI – CPP).

Sustenta o apelante, preliminarmente, que, mesmo tendo sido absolvido por insuficiência de provas, tem elevado interesse na modificação do fundamento legal da absolvição, para que conste expressamente como fundamento a inexistência do fato que lhe imputara a denúncia, pois somente assim a sentença fará coisa julgada em relação ao executivo fiscal.

No mérito, afirma, analisando a prova documental e oral, que existe prova documental legítima, cristalina, transparente, incontroversa e pré-constituída de que, a toda certeza, realizou doações para a Sociedade Espiritualista Cristã Recanto da Paz, durante o exercício financeiro de 1993, ano-base 1992, que justificaram o abatimento na declaração anual de ajuste. (Cf. peça apelatória de fls. 218/222.)

O apelante veio a falecer dias depois da interposição do recurso, o que motivou o despacho de fls. 238, ainda em primeira instância, determinando o arquivamento dos autos; todavia, em face da manifestação de fls. 241/248, firmada por Fernando Antônio Duarte Pimentel, filho do apelante, dizendo ter interesse, econômico e moral, no processamento e no julgamento do recurso, o juízo de primeiro grau determinou a remessa dos autos a este Tribunal, independentemente de contra-razões, para apreciação da admissibilidade do recurso (fls. 250).

O Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros (fls. 258 – 261), manifesta-se pela não-admissibilidade da apelação, ao fundamento de que, não mais existindo relação jurídico-processual, em face da morte do recorrente, não cabe falar em julgamento da apelação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Admissibilidade – Afirmou o MPF em primeiro grau, na manifestação de fls. 252/254, ao dar pela inadmissibilidade do recurso, que a morte do réu inexoravelmente põe fim ao processo, restando prejudicado o recurso interposto; e, nesta instância, que, não mais existindo relação jurídico-processual, em face da morte do recorrente, não cabe falar em julgamento da apelação.

Mas o problema não se resume a tais considerações. Da parte do recorrente, é óbvio que não mais subsiste interesse no julgamento do recurso, não por questão de extinção da punibilidade (art. 107, I – CP), pois a sentença absolutória irrecorrida fez extinguir a pretensão punitiva do Estado, não mais cabendo falar em punibilidade, nem, por consequência, na sua extinção pela morte do agente.

Diferentemente, o que está em causa é saber se os parentes sucessores do apelante têm legítimo interesse no julgamento do recurso, mesmo em face do seu passamento, resposta que em regra é negativa, mas que, no caso, tenho que deve ser positiva: em primeiro, porque, como acentuara o apelante, tendo o fato repercussão na área fiscal, o julgamento penal por insuficiência de provas não impede

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

o andamento do processo fiscal (art. 66 – CPP), pelo qual responderão os seus herdeiros, na proporção das forças da herança.

Em segundo, porque a lei penal tutela o sentimento de respeito aos mortos, como valor cultural e como patrimônio de honra da família, mesmo não sendo os mortos mais sujeitos de direitos, seja com a tipificação de crimes contra a sua memória (arts. 209/212 – CP), seja permitindo a revisão criminal por iniciativa de certos parentes (art. 623 – CPP), seja ensejando a nomeação de curador no caso de morte do revisionando (art. 631 – CPP).

O legítimo interesse da família – a petição de fls. 242/248 é firmada por um dos filhos do apelante – mais avulta quando questões morais estão envolvidas na discussão, como no caso, onde o apelante falecido, um magistrado aposentado (desembargador do TJDF), teve o seu nome envolvido em sonegação fiscal, sendo de mais vivo interesse da família limpar da sua memória essa acusação, mesmo que ela não tivesse, também, uma dimensão patrimonial. Em face do exposto, admito o recurso.

Mérito – Afirmou a denúncia que o denunciado, “na declaração de ajuste anual de Imposto de Renda oferecida à Receita Federal em 21/06/93 (fls. 14), relativa ao ano-base de 1992, deduziu dos seus rendimentos tributáveis a importância de Cr\$ 82.719.280,76, como doação à Sociedade Espiritualista Cristã Recanto da Paz, utilizando-se de falso recibo de donativo (fls. 64).”

A investigação teve início, não porque o acusado fosse sonegador, e sim porque a entidade, que recebia os donativos, não os registrava na sua contabilidade (fls. 40), e tanto não estava seguro do que afirmava o MPF, que, em alegações finais, mudou o valor do suposto imposto sonegado, afirmando que a dedução, na realidade, fora de Cr\$ 26.000.000,00 (fls. 192).

A sentença, destacando a fragilidade da prova e dando pela absolvição do acusado, disse:

Após a análise atenta dos autos, constato que não foram produzidas provas judiciais suficientes para autorizar decreto condenatório contra o acusado, senão vejamos:

Ao ser inquirida pela autoridade policial federal que investigou os fatos (fls. 77), Raimunda Silvéria Soares Luz disse que as quantias por ela recebidas não correspondiam aos valores constantes dos recibos, mas, apenas, a 10% (dez por cento) da quantia consignada. Quanto ao recibo de fls. 69, atinente ao acusado, atestou sua falsidade, aduzindo que recebeu somente a porcentagem acima mencionada. Esclareceu, ainda, que embora tenha assinado o recibo questionado, quem o preencheu foi sua filha Zaira Souza da Silva, que ocupava a função de tesoureira da instituição.

Em sede policial, Zaira Souza da Silva ratificou as palavras de sua mãe,

aduzindo que, de fato, a entidade que administravam recebeu apenas 10% (dez por cento) do valor constante do recibo apresentado pelo acusado; e que foi ela quem realmente preencheu e entregou à sua mãe o recibo apresentado pelo réu para que o assinasse (fls. 78).

Todavia, Raimunda Silvéria Soares Luz, ao depor em Juízo, deixou de ser incisiva, não trazendo nenhum elemento que incriminasse diretamente o acusado (fls. 179). Limitou-se a fazer declarações genéricas, transferindo a ciência dos fatos a Zaira Souza da Silva. Além disso, disse que não tinha certeza de que as doações correspondiam, de fato, somente a 10% do valor constante nos recibos.

Já a testemunha Zaira Souza da Silva, que poderia esclarecer os fatos, confirmando ou não seu depoimento anterior, não foi localizada, tendo o Ministério Público Federal desistido de sua inquirição judicial.

Por outro lado, a defesa trouxe aos autos elementos que se não desmentem os fatos narrados na exordial acusatória, são aptos a ensejar dúvida quanto a sua real ocorrência. Destaca-se a cópia do cheque 652209, nominal ao Carrefour (fls. 140/141), emitido pela esposa do acusado, cujo valor e data da emissão, correspondem aos dados constantes do recibo parcial de fls. 138, tornando plausível a versão de que doou alimentos à supramencionada instituição beneficente, no valor total dos comprovantes por ele apresentados (interrogatório de fls. 118/119).

Dessa forma, aproveita ao réu o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*). (fls. 210/ 211.)

A prova das alegações incumbe a quem as fizer, estipula o art. 156 do Código de Processo Penal. Cabia ao MPF, portanto, provar eficazmente a grave acusação contra o magistrado, o que não o fez, como destacou a sentença, ao analisar a fragilidade da prova, fragilidade – acrescento – que já nasceu com a acusação, pois a suposta sonegação afirmada pela denúncia, que era de Cr\$ 82.719.280,76 (fls. 3), caiu, nas alegações finais, sem uma explicação plausível, para Cr\$ 26.000.000,00 (fls. 192).

Note-se que o lançamento foi levado a termo sem que o acusado tivesse conhecimento (fls. 121/122), mas, na defesa prévia, apresentou ele os recibos parciais dos donativos que conseguiu resgatar (cf. depoimento de fls. 118/119), nos termos dos documentos de fls. 136/142, que não foram impugnados, material ou ideologicamente, e que, por via de consequência, constituem prova cabal das doações, que, de resto, estão comprovadas pelo documento de fls. 69, onde a presidente da entidade – Raimunda Silveira Soares Luz – atesta o recebimento da quantia de Cr\$ 26.000.000,00.

Em tais condições – falta de prova suficiente pela acusação, já dessorada na sua formulação, pela redução drástica do valor supostamente sonegado, e prova documental válida das doações –, tenho que se impõe a mudança do fundamento

da condenação, pois não se pode dar como existente um fato penal (sonegação fiscal) não provado. O que restou provado foi a doação e não a sonegação.

Conclusão – Em face do exposto, dou provimento à apelação, para, alterando o dispositivo da sentença, fazer constar como fundamento da absolvição “estar provada a inexistência do fato” (art. 386, I – CPP) e não a insuficiência de provas para a condenação (art. 386, VI – idem).

É como voto.

Voto Vogal Preliminar Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Com a devida vênia do eminente Desembargador Relator, considero que a morte do agente é causa personalíssima de extinção da punibilidade e, a exemplo das demais hipóteses elencadas no art. 107 do CP, inadmite o exame de mérito do recurso.

In casu, tenho que os desdobramentos daí decorrentes, seja no campo moral ou cível, se apresentam como questões que deverão estar, irremediavelmente, remetidas para deslinde no campo da jurisdição civil, dada a impossibilidade de composição na relação processual estabelecida no processo-crime.

Assim, não obstante o brilho da sustentação oral levada a efeito e o judicioso voto do Des. Olindo Menezes, não conheço da apelação.

É o voto preliminar.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Vencido na preliminar, como já havia adiantado, no mérito, acompanho o Relator. Primeiro, porque já admitiu o interesse no recurso para a mudança do dispositivo da absolvição. Segundo, em razão da prova não ser insuficiente para a condenação, o que se está demonstrado no voto do Relator. E, se bem entendi, o valor da doação coincide exatamente com cheque nominal emitido a um supermercado, obviamente contemporâneo aos fatos, em que as mercadorias foram compradas e doadas para a instituição de caridade, como declarado pela sua presidente.

Por tais razões, acompanho o eminente Relator, no mérito.

Voto Vogal

Preliminar

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, está cimentado que é cabível a apelação do réu absolvido para alteração do fundamento legal da sentença. Concordo plenamente. É possível, falecido o réu, a família dar prosseguimento ao recurso da apelação que foi interposto ou mesmo apelar? Entendo que sim. E lembro o seguinte: em uma sessão da 2ª Seção fiquei solitariamente vencido, porque entendia que se o réu tinha formulado pedido de revisão e, posteriormente, falecido, não necessitaria de a família requerer o prosseguimento do processo de revisão. Já tinha sido desencadeado o pedido de revisão, e nós teríamos de examinar até o fim, independentemente de a família requerer ou não. Depois disso, mesmo vencido, fui fazer um estudo solitário também e encontrei doutrina e jurisprudência nesse sentido.

A sentença que dá como fundamento não existir prova suficiente para a condenação, que é o inciso VI do art. 386, na verdade, é uma sentença absolutória imprópria, não satisfaz o réu, que está postulando que o fato não existiu. Há necessidade de reforma. E a família tem interesse? A meu ver, tem, porque a própria Constituição no art 5º, inciso XLV, diz: “A pena não passará da pessoa do réu”. Não passará. E, na verdade, sendo uma sentença imprópria, a pena penal restritiva de direito ou privativa de direito, evidentemente, não passa, mas os efeitos dela passam, e a Constituição não quer isso, já que há elementos no processo para demonstrar a inexistência do fato. Essa sentença trará repercussão para a família, não só patrimonialmente, como, acima de tudo, que é o pior, moralmente. Então, a família tem interesse legítimo em dar prosseguimento à apelação que foi interposta ou mesmo interpor apelação para fazer mudar o fundamento legal da sentença. Acho que é indubitoso, a meu ver, *data venia* de Vossa Excelência, o interesse. E Vossa Excelência disse: “mas poderá no campo cível propor uma declaratória”. Poder pode, desde que a família não tivesse em tempo hábil dado prosseguimento à apelação. Como diz o Juiz Olindo, nós teríamos aí uma burocracia judicial, já temos tudo pronto para decidir e vamos dizer à família que a justiça é muito célere, não custa nada, que entre com uma ação cível para ter uma sentença declaratória nesse sentido.

Portanto, *data venia* do Juiz Cândido Ribeiro, acompanho o Relator.

Quarta Turma

Apelação Criminal
2003.34.00.043049-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Apelante: Everardo de Almeida Maciel
Advogados: Dr. Marcos Vinícius Witczak e outros
Apelada: Rosa Maria Ferreira Lima de Oliveira
Advogados: Dr. Sandra Luíza Feltrin e outros
Apelado: Leonardo Leite de Souza
Advogados: Dr. Marina Dias Werneck de Souza e outros

Ementa

Penal. Lei de Imprensa. Lei 5.250. Rejeição da queixa-crime. Preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Pertinência do inconformismo.

I. Rejeição da queixa-crime fundada na inexistência do crime imputado aos apelados que não pode subsistir, por desafiar instrução probatória, que propicie a apuração completa dos fatos e circunstâncias da causa, tendo a denúncia preenchido os requisitos do art. 41 do CPP.

II. Apelação provida.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento à apelação.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 22/02/05.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Cuida-se de apelação interposta por Everardo de Almeida Maciel, contra a decisão que rejeitou a queixa-crime por calúnia e difamação, previstas na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), em razão de matérias veiculadas nas edições dos dias 13 e 20 de setembro de 2003, no Jornal *Folha de São Paulo*.

Entendeu o magistrado que a reportagem foi redigida no exercício regular da profissão de jornalista “com evidente *animus narrandi*, retratando depoimento prestado por servidora pública ao Ministério Público Federal” (fls. 193).

Em seu recurso, sustenta o apelante, em síntese, que:

– Os querelados, “ora um, ora outro, imputaram ao ex-secretário da Receita Federal, falsamente, a prática do crime de prevaricação e, ainda, de conduta ofensiva à sua reputação” (fls. 210);

.... “tais imputações foram pormenorizadamente descritas na queixa-crime, de modo que a justa causa deriva da circunstância de que a peça acusatória descreveu fatos que constituem crime em tese, preenchendo, ademais, os requisitos legais previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.” (fls. 210);

“A querelada agiu com *animus caluniandi* porque tinha pleno conhecimento dos exatos termos do despacho da lavra do recorrente e ainda assim deu-lhe uma conotação que não é verdadeira.” (fls. 211).

– Com relação ao jornalista da *Folha de São Paulo* Leonardo Leite de Souza, sustenta que merece reforma a decisão recorrida, segundo a qual teria o querelado agido com *animus narrandi* a excluir a tipicidade da conduta, considerando que “o elemento subjetivo do tipo é matéria que há de ser aferida no curso da instrução criminal e não no juízo deliberativo de recebimento ou não da queixa-crime, a qual preenche, sem sombras de dúvidas, os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.” (fls. 213).

Ao final, pede que o presente recurso seja provido “para o fim de se determinar o recebimento da queixa-crime e o seu ulterior processamento no Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, como medida da melhor Justiça.” (fls. 217).

Nesta instância, a PRR/1ª Região opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Everardo de Almeida Maciel ofereceu queixa-crime contra Rosa Maria Ferreira Oliveira e Leonardo Leite de Souza, em razão da suposta prática dos crimes de calúnia e de difamação, previstos nos arts. 20 e 21, ambos da Lei 5.250/67, com a majoração prevista no art. 23, II, do mesmo diploma legal.

Esse o teor da aludida peça:

Everardo de Almeida Maciel, brasileiro, casado, ex-secretário da Receita Federal, residente e domiciliado na SQS 316, Bloco F, ap. 201, CEP 70.387-060, nesta capital, vem respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados (procuração anexa), com fundamento art. 40, inciso I, letra c, da Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), combinado com o art. 41 do Código de Processo Penal, ajuizar a presente queixa-crime contra a Sra. Rosa Maria Ferreira Oliveira, brasileira, estado civil desconhecido, auditora-fiscal da Receita Federal, residente e domiciliada nesta capital, a qual

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo e o Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves (convocado). Impedido o Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Bastos (convocado).

poderá ser encontrada no Setor de Autarquias Sul, Quadra 3, Edifício Órgãos Regionais do Ministério da Fazenda, 3º Andar, sala 319, CEP 70.070-900, telefone 412-4341 ou na SQS 402, Bloco “M”, ap. 304, e o Sr. Leonardo Leite de Souza, brasileiro, estado civil desconhecido, Jornalista, o qual poderá ser encontrado no SRTVN, Quadra 701, Edifício Centro Empresarial Norte, Bloco A, 8º andar, sala 828, CEP 70.710-200, telefone 426-6600, pelas seguintes razões de fato e de direito.

I. Da exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias

Em 13 de setembro próximo passado, o jornal Folha de São Paulo fez publicar na página A10 matéria intitulada *Auditora acusa Everardo de favorecer EJ*, assinada pelo jornalista Leonardo Leite de Souza, onde se lê o seguinte:

“A auditora Rosa Maria Ferreira Oliveira afirmou, em depoimento ao Ministério Público Federal na terça-feira passada, ao qual a *Folha* teve acesso, que o ex-secretário prejudicou as investigações sobre Eduardo Jorge.

Ela disse que Everardo ‘determinou’ que fossem fiscalizadas apenas as pessoas físicas de Eduardo Jorge e sua mulher, Lídice Coelho Caldas Pereira, excluindo as empresas ligadas a EJ.

Everardo Maciel e Eduardo Jorge negam. Rosa Maria Oliveira disse que ‘a fiscalização sobre EJ ficou prejudicada porque deixou de incluir as pessoas jurídicas relacionadas a ele, assim como o sigilo bancário do contribuinte EJ, o que foi muito estranho’.

‘A determinação foi do secretário da Receita Federal, doutor Everardo Maciel’, disse ela”.

Na edição do dia 20 de setembro de 2003, nova matéria jornalística foi publicada na *Folha de São Paulo* (p. A11) sobre o assunto referido na anterior, também assinada pelo jornalista ora querelado, com o seguinte teor:

“Auditora da Receita agora reconhece que uma empresa de EJ foi fiscalizada

A auditora da Receita Federal Rosa Maria Oliveira disse à Folha que ainda pairam ‘dúvidas’ sobre as investigações do caso Eduardo Jorge Caldas Pereira. Ela afirmou que não foi feito o devido trabalho de fiscalização em empresas ligadas a EJ.

Em depoimento prestado ao Ministério Público Federal na semana passada, ela disse que recebera determinação vinda do ex-secretário da Receita Everardo Maciel para que somente EJ e sua mulher, Lídice Coelho Caldas Pereira, fossem fiscalizados.

Ela agora reconhece que uma das empresas, a EJP Consultores Associados, foi fiscalizada.

Folha – Em depoimento recente ao Ministério Público, a sra. disse ter recebido ordem de Everardo Maciel para fiscalizar apenas as pessoas físicas de EJ e sua mulher.

Oliveira – Recebemos um memorando da Coordenação de Fiscalização

encaminhando o ofício dos procuradores do Ministério Público. No ofício havia várias denúncias, envolvendo outras pessoas físicas e várias empresas, e a solicitação de procedimento fiscal nessas pessoas físicas e jurídicas. Mas recebemos determinação apenas de fiscalizar EJ e sua mulher, pessoas físicas.

Folha – Essa determinação do ex-secretário veio por escrito?

Oliveira – Sim. O ofício do Ministério Público traz um despacho do Everardo Maciel para a Cofis.

Folha – O que dizia no despacho?

Oliveira – Dizia à Cofis para determinar a abertura de procedimento fiscal em EJ e Lídice.

Folha – Em algum momento vocês entenderam que seria preciso avançar nas investigações?

Oliveira – Sim, esse ofício (do Ministério Público) foi motivo de reuniões entre a gente e a nossa chefe de fiscalização (Elisabeth Pinheiro), que depois determinou que uma dessas empresas citadas no ofício fosse fiscalizada”.

Com vistas a obter explicações a respeito do conteúdo das declarações divulgadas naquele periódico, o querelante interpelou os querelados em juízo, na forma legal, não sendo satisfatórias as explicações fornecidas.

De fato, em sua manifestação a querelada limitou-se a afirmar, em suma, que a autoria intelectual das matérias era do jornalista Leonardo Souza, não tendo concedido entrevista ao jornal *Folha de São Paulo*, relativamente à matéria de 13 de setembro, senão apenas em relação à matéria de 20 de setembro de 2003, quando teria respondido às perguntas que lhe foram feitas pelo querelado de forma objetiva e com caráter informativo, sem emissão de qualquer juízo de valor.

O querelado, a seu turno, explicou-se alegando não existirem delitos que em tese possam ser a ele atribuídos, já que os textos jornalísticos são isentos e de inequívoco interesse público, sendo indiscutível o *animus narrandi*.

Disse que a reportagem de 13 de setembro foi redigida com base no depoimento da querelada prestado ao Ministério Público em 9 de setembro de 2003, ao qual teve acesso, sendo o texto absolutamente fiel ao seu conteúdo, ao passo que a reportagem de 20 de setembro baseou-se em entrevista gravada com a querelada.

À luz da circunstância de que nenhum dos querelantes negou a autoria dos fatos ou o conteúdo das matérias jornalísticas, certa é a prática dos delitos de difamação e calúnia contra o querelante, evidenciados nas circunstâncias seguintes.

Com a evidente intenção de macular a honra do querelante, a querelada insinuou – e o campo das insinuações é mais nocivo do que as afirmações inequívocas – a existência de algum interesse por parte do então secretário da

Receita Federal em obstar ou comprometer o curso das investigações relacionadas ao Sr. Eduardo Jorge Caldas Pereira.

Afirmou a querelada que “a fiscalização sobre EJ ficou prejudicada porque deixou de incluir as pessoas jurídicas relacionadas a ele, assim como o sigilo bancário do contribuinte EJ, o que foi muito estranho”.

Em seguida, a querelada, distorcendo a realidade dos fatos, movida pelo ânimo de difamar e caluniar, asseverou expressamente ter partido do querelante a determinação de que não fossem investigadas outras pessoas físicas e jurídicas além do próprio Sr. Eduardo Jorge Caldas Pereira e sua esposa, Sra. Lídice Caldas Pereira. Essa afirmação consta tanto da matéria publicada na *Folha de São Paulo* no dia 13 de setembro como na entrevista que concedeu ao mesmo jornal divulgada no dia 20 daquele mês.

Ao assim proceder, a querelada malferiu de modo calunioso e difamatório a honra objetiva do querelante.

Já o querelado, jornalista responsável pela matéria do dia 13 de setembro e pela entrevista publicada no dia 20 do mesmo mês, divulgou trechos do depoimento da querelada ao Ministério Público Federal, ao qual teve acesso, contribuindo para a prática da calúnia e da difamação.

Além disso, já no título da reportagem do dia 13 de setembro, o querelado feriu de maneira contundente a honra do querelante ao afirmar que ele estaria sendo acusado pela auditora da Receita Federal de ter favorecido o Sr. Eduardo Jorge Caldas Pereira.

Ainda nas primeiras linhas da matéria, escreveu o jornalista que “a auditora Rosa Maria Ferreira Oliveira afirmou, em depoimento ao Ministério Público Federal na terça-feira passada, ao qual a Folha teve acesso, que o ex-secretário prejudicou as investigações sobre Eduardo Jorge”.

Ocorre que tanto o título da matéria quanto o trecho acima transcrito são conclusões de responsabilidade do jornalista que os redigiu, razão por que agiu também ele no inequívoco propósito de ofender a honra do querelante.

II. *Da tipicidade das condutas*

As condutas acima descritas caracterizam as modalidades delituosas previstas nos arts. 20 e 21, ambos da Lei 5.250/67.

Com efeito, caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime, foi rigorosamente o que fez a querelada, Rosa Maria Ferreira Oliveira, ao afirmar expressamente que o querelante prejudicou as investigações no âmbito da Receita Federal sobre o Sr. Eduardo Jorge, determinando a exclusão da fiscalização de empresas a ele ligadas.

Isso porque, ao assim agir, a querelada imputou ao querelado, falsamente, a prática de prevaricação, cujo tipo penal está previsto no art. 319 do Código Penal, consistente na conduta de deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

De fato, se fosse verdadeira a afirmação da querelada de que o querelante teria mandado investigar somente as pessoas físicas do Sr. Eduardo Jorge e sua mulher, excluindo deliberada e propositadamente as empresas a eles ligadas, com o objetivo de obstar ou dificultar as investigações em benefício daquele contribuinte, teria o querelante cometido o delito de prevaricação.

A difamação está evidenciada na circunstância de que os fatos que a querelada leviana e falaciosamente atribuiu ao querelante, a saber, a ausência de fiscalização devida nas empresas ligadas ao Sr. Eduardo Jorge, comprometem inevitavelmente a sua reputação.

Com relação à conduta do querelado, Leonardo Leite de Souza, é do Supremo Tribunal Federal a lição de que “quando, na matéria jornalística, a declaração atribuída ao querelado é indissociável de fatos cuja divulgação o autor da reportagem assume como revelação sua e sem os quais sequer seria possível entendê-la, a hipótese é de inequívoca co-autoria, quando o princípio da indivisibilidade da ação penal privada não propicia ao ofendido propor a ação penal contra um dos co-autores, omitindo-se quanto ao outro” (Inquérito 1.593-8/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Ora, já se viu que o querelado assumiu como revelação sua o depoimento prestado pela querelada ao Ministério Público, originando a reportagem do dia 13 de setembro, além de ter divulgado entrevista em que a querelada reitera as afirmações ofensivas que fez à honra do querelante. E a conduta de veicular na imprensa expressões caluniosas e difamatórias proferidas por terceira pessoa, sem ao menos tomar a cautela de aferir a sua veracidade, caracteriza os tipos penais acima referidos, razão por que é o querelado co-autor daquelas práticas delituosas.

Ademais, o querelado, ao redigir as matérias jornalísticas, utilizou-se, como demonstrado, de expressões que caracterizam, por si sós, os crimes de difamação e calúnia, razão por que também ele deve responder pela prática dos delitos contra a honra do querelante.

III. Do pedido

Isso posto, pede e espera o querelante, após a regular distribuição, por dependência, da presente queixa-crime ao MM. Juiz da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o seu recebimento, com a conseqüente instauração de processo penal condenatório contra os querelados e, após a sua citação para defesa, sob pena de revelia, nos respectivos endereços declinados nesta inicial, ao final, a procedência do pedido para que sejam os querelados condenados como incursores nas penas previstas nos arts. 20 e 21, ambos da Lei 5.250/67, com a majoração prevista no art. 23, II, do mesmo diploma legal, tendo em vista que os delitos foram praticados contra pessoa, à época dos fatos narrados, servidor público, em razão das suas funções, o que desde logo se requer, por medida de justiça. (fls. 03/09).

Examinando-a, decidiu o magistrado:

Conforme narra a queixa-crime (fls. 4/5), as reportagens pretensamente ensejadoras dos delitos contra a honra se encontram vazadas nos seguintes

termos:

“A auditora Rosa Maria Ferreira Oliveira afirmou, em depoimento ao Ministério Público Federal na terça-feira passada, ao qual a Folha teve acesso, que o ex-secretário prejudicou as investigações sobre Eduardo Jorge.

Ela disse que Everardo ‘determinou’ que fossem fiscalizadas apenas as pessoas físicas de Eduardo Jorge e sua mulher, Lídice Coelho Caldas Pereira, excluindo as empresas ligadas a EJ.

Everardo Maciel e Eduardo Jorge negam. Rosa Maria Oliveira disse que ‘a fiscalização sobre EJ ficou prejudicada porque deixou de incluir as pessoas jurídicas relacionadas a ele, assim como o sigilo bancário do contribuinte EJ, o que foi muito estranho’.

‘A determinação foi do secretário da Receita Federal, doutor Everardo Maciel’, disse ela.”

(reportagem publicada em 13 de setembro de 2004, cf. exemplar anexo à queixa crime)

“Auditora de Receita agora reconhece que uma empresa de EJ foi fiscalizada”

A auditora da Receita Federal Rosa Maria Oliveira disse à Folha que ainda pairam ‘dúvidas’ sobre as investigações do caso Eduardo Jorge Caldas Pereira. Ela afirmou que não foi feito o devido trabalho de fiscalização em empresas ligadas a EJ.

Em depoimento prestado ao Ministério Público Federal na semana passada, ela disse que recebera determinação vinda do ex-secretário da Receita Everardo Maciel para que somente EJ e sua mulher, Lídice Coelho Caldas Pereira, fossem fiscalizadas.

Ela agora reconhece que uma das empresas, a EJP Consultores Associados, foi fiscalizada.

Folha – Em depoimento recente ao Ministério Público, a sra. disse ter recebido ordem de Everardo Maciel para fiscalizar apenas as pessoas físicas de EJ e sua mulher.

Oliveira – Recebemos um memorando da Coordenação de Fiscalização encaminhando o ofício dos procuradores do Ministério Público. No ofício havia várias denúncias, envolvendo outras pessoas físicas e várias empresas, e a solicitação de procedimento fiscal nessas pessoas físicas e jurídicas. Mas recebemos determinação apenas de fiscalizar EJ e sua mulher, pessoas físicas.

Folha – Essa determinação do ex-secretário veio por escrito?

Oliveira – Sim. O ofício do Ministério Público traz um despacho do Everardo Maciel para a Cofis.

Folha – O que dizia no despacho?

Oliveira – Dizia à Cofis para determinar a abertura de procedimento fiscal em EJ e Lídice.

Folha – Em algum momento vocês entenderam que seria preciso avançar nas investigações?

Oliveira – Sim, esse ofício (do Ministério Público) foi motivo de reuniões entre a gente e a nossa chefe de fiscalização (Elizabeth Pinheiro), que depois determinou que uma dessas empresas citadas no ofício fosse fiscalizada.”

(reportagem publicada na edição de 20 de setembro de 2003, cf. exemplar anexo à queixa-crime)

Mera leitura da primeira reportagem (a publicada na edição de 13 de setembro de 2003) é suficiente para se concluir que (a) foi redigida exclusivamente pelo querelado Leonardo Leite de Souza, ausente qualquer participação da querelada Rosa Maria Ferreira Oliveira, e; (b) traduz exercício regular da profissão de jornalista, por isso que o relato ali realizado se deu com evidente *animus narrandi*, retratando depoimento prestado por servidora pública ao Ministério Público Federal.

A segunda reportagem (aquela publicada na edição de 20 de setembro de 2003) em momento algum atribui ao querelante a prática de fato definido como crime (delito de calúnia) ou ofensivo à sua reputação (delito de difamação). Menciona, ao invés, o procedimento mandado adotar pelo querelante diante de comunicação oriunda do Ministério Público Federal. Registre-se que as respostas dadas o foram objetivamente, ausente qualquer emissão de juízo de valor depreciativo das atitudes adotadas pelo querelante.

Patente, por conseguinte, a ausência de justa causa, fato que impõe a rejeição da queixa-crime.

Ex positis, com esteio no art. 44, § 1º, da Lei 5.250, de 09/02/67, rejeito a queixa-crime. (fls. 192/193).

A decisão merece ser reformada.

Com efeito, a verificação da existência do crime imputado aos apelados depende de exame de provas e de detalhada análise das circunstâncias do caso, o que somente pode com segurança aferir-se após a instrução da causa. Além disso não é hipótese de manifesta atipicidade da conduta.

Correto, portanto, o opinativo ministerial, da lavra do eminente Procurador Regional da República, José Alves Paulino, nesses termos:

A queixa-crime deve amparar-se em suporte probatório mínimo, demonstrando a materialidade do crime. A existência desse conjunto somado aos requisitos dos arts. 41 e 43, ambos, do Código de Processo Penal enseja o recebimento da queixa-crime. Por outro lado, com a instrução processual o elemento subjetivo do tipo será aferido, expondo a intenção perpetrada pelos querelados.

Pelo exposto, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso. (fls. 246).

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para, desconstituindo a deci-

são, receber a queixa-crime em relação a Rosa Maria Ferreira Lima de Oliveira e Leonardo Leite de Souza, à vista do disposto no art. 41 do CPP, determinando o regular processamento da causa.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves: — Senhor Presidente, como Juiz de primeira instância e exercendo o ofício em vara criminal, ao longo do tempo, fui chegando à conclusão de que, ao apreciar o recebimento ou não da denúncia, o juiz não deve fazer aquele juízo a que se referiu o ilustre advogado do apelante da tribuna, ou seja, *in dubio pro societate*. Entendo que é necessário que haja o mínimo de substrato fático de que o fato narrado pelo autor da ação penal constitui crime. É uma condição da ação penal e está prevista no art. 43, inciso III, do Código de Processo Penal. Por isso, entendo que é necessário que o juiz analise, ainda que perfunctoriamente – evidentemente não vamos descer à análise do mérito –, se o fato é, ou não, criminoso de acordo com a doutrina e a jurisprudência aplicáveis à espécie.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, julgando também o recebimento de uma queixa, deixou entrever que, quando o Judiciário admite uma ação penal contra alguém, está interferindo no *status dignitatis* dessa pessoa, e isso não pode ser feito simplesmente pelo fato de o autor da ação penal descrever um fato criminoso e atribuí-lo a alguém. É necessário que este fato, descrito como crime, encontre nas provas dos autos de acordo com a doutrina e jurisprudência, a sua correspondente tipificação no Código Penal ou nas leis penais esparsas.

Ademais, no caso, estamos diante de um conflito entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito do apelante à preservação de sua honra e imagem, que está previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição; de outro, o direito à informação, arts. 5º, inciso IV e 220, da mesma Carta.

Nesses casos, entendo que o juiz deve agir com a maior cautela possível. Entendo que, somente quando a informação ou a matéria jornalística apresentada de forma cabal uma levandade ou um abuso do direito de informar, é que se caracteriza fato definido como crime na Lei 5.250/67. Ademais, no tocante à calúnia, prevista no art. 20 da Lei 5.250/67, é necessário que o autor da ação penal impute a alguém fato definido como crime com todos os requisitos para a caracterização do crime imputado. No caso, pelo que vejo da denúncia, entende o apelante que teria sido imputada a ele a prática de prevaricação. No entanto sabemos que, para a caracterização de prevaricação, é necessário que o autor indique expressamente que o denunciado ou o querelado praticou o fato para satisfazer interesse ou senti-

mento pessoal. Isso não está evidente na primeira matéria, do dia 13 de setembro, nem muito menos na segunda, de 20 de setembro de 2003.

De acordo com a informação jornalística: “a auditora Rosa Maria Ferreira Oliveira afirmou, em depoimento ao Ministério Público Federal, na terça-feira passada, ao qual a Folha teve acesso, que o ex-secretário prejudicou as investigações sobre Eduardo Jorge. Ela disse que Everardo determinou que fossem fiscalizadas apenas as pessoas físicas, Eduardo Jorge e sua mulher, Lídice Coelho Caldas Pereira, excluindo as empresas ligadas à EJ. Everardo Maciel e Eduardo Jorge negam. Rosa Maria Oliveira diz que a fiscalização sobre o EJ ficou prejudicada, porque deixou de incluir as pessoas jurídicas relacionadas a ele, assim como o sigilo bancário do contribuinte EJ, o que foi muito estranho. A determinação foi do Secretário da Receita Federal, Dr. Everardo Maciel, disse ela”. Como se vê, nem a auditora nem o jornalista disseram que o apelante Everardo Maciel teria praticado fato para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Afasto, então, a existência de calúnia na primeira reportagem. Na segunda, mais ainda, porque aqui praticamente há um esclarecimento prestado pela auditora no sentido de que uma das empresas, a EJP Construtores Associados, teria sido fiscalizada. E ela repete o que já havia dito: que houve a determinação por escrito do secretário para investigar Eduardo Jorge e sua esposa. Isso é apenas a narrativa de uma fato praticado a alguém que, ao tempo em que o praticou exercia cargo público federal. Não há, também, a imputação de que o Doutor Everardo Maciel teria praticado o fato para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

No que concerne à difamação, também não vejo caracterizada em nenhuma dessas duas reportagens. Isso porque, quando o então Secretário da Receita Federal determinou que fossem fiscalizados o contribuinte Eduardo Jorge Caldas Pereira e sua esposa, o fez certamente por motivos técnicos, e não por um interesse escuso, que nem sequer consta das reportagens. A única imputação contida na reportagem que poderia caracterizar, em tese, a difamação seria a da parte final do terceiro parágrafo da reportagem de treze de setembro, em que, segundo a auditora, a determinação de fiscalizar apenas EJ e sua esposa seria estranha, mas ser estranho não significa que seja escuso. Se ela tivesse prosseguido e dito em que consistiria essa estranheza, aí, sim, poderia ocorrer um crime contra a honra. Ela apenas disse que era estranho. Agora, todos nós sabemos que, ao determinar investigações, a autoridade policial, o Ministério Público, e às vezes até o juiz, utilizando-se do art. 40 do CPP, faz um estudo inicial para definir o foco da investigação. Pode ter parecido estranho à auditora, mas isso não constitui motivo para que se entenda que esse “estranho” represente interesse escuso ou sentimento pessoal que caracterizaria calúnia ou, menos propriamente, difamação.

Por isso, Senhor Presidente, e não podendo deixar de olvidar que as autori-

dades públicas estão sujeitas às críticas de toda a sociedade, entendo que não se caracterizam os crimes imputados aos querelados. Lamento profundamente pedir vênua ao eminente Colega, Professor Desembargador Federal Hilton Queiroz para manter a decisão do ilustre colega Marcus Vinícius Bastos.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Tive as minhas perplexidades neste julgamento, porque são duas decisões divergentes e ambas carregadas de conteúdo, de juridicidade e de argumentos fortes. A minha reflexão paira, primeiramente, sobre os crimes contra a honra, em que a pessoa sente-se ofendida no seu pundonor, na sua honra, que é o valor maior, tanto quanto a vida. Fico a pensar quem sofre mais, se a pessoa que vê o seu nome estampado na imprensa, com uma imputação ou com uma notícia que lhe atribui a omissão no cumprimento do seu dever, ou o desvio de sua vontade para atender ao interesse de um amigo ou de uma pessoa qualquer. Qual ofensa maior? O que mais dói na pessoa ao ver, pela manhã, uma notícia que, perante os seus familiares, perante os seus amigos, põe em dúvida, no mínimo, a sua honestidade profissional? Mesmo que não tenha a direção objetiva da ofensa, sabemos que o jornalista pode escrever pelas meias palavras, nas entrelinhas. O jornalismo é uma das profissões mais importantes da sociedade democrática. Tenho o maior respeito pelo jornalismo, que tive a alegria de exercer nos primórdios da minha vida profissional, ainda quando adolescente. Então, repito, o que dói mais: uma notícia que põe em dúvida a lisura do comportamento de uma pessoa ou o incômodo de responder a um processo? Porque não há quem possa afastar a alegação de que o processo é um dos piores incômodos na vida de uma pessoa. Já dizia Carnelutti que o processo já é um grande castigo para o acusado. Daí a minha perplexidade.

Compreendo as razões do eminente Juiz Federal Leão Aparecido Alves, que, com muita propriedade, com muita acuidade, examinou as palavras que teriam redundado na prática de um delito contra a honra, mas penso se está errado o que coloca o Ministério Público Federal. As afirmações da querelada Rosa Maria Ferreira de Oliveira de que o ex-secretário da Receita prejudicou as investigações sobre o ex-secretário-geral da Presidência da República são expressões ou contém expressões que carregam em si a vontade de macular a respeitabilidade do ex-secretário da Receita Federal, imputando-lhe falsamente a prática do crime de prevaricação, constituindo-se em calúnia, prevista no art. 20 da Lei de Imprensa, uma vez que o apelante não prejudicou as investigações nem ao menos determinou que fossem excluídas as empresas ligadas a Eduardo Jorge e sua mulher. A sua atuação, diz o Procurador, no episódio em comento, foi escrita nos seguintes termos: “À Cofis despacho para (lê) sigilo bancário do contribuinte”. Pa-

rece-me – e não estou antecipando nenhum julgamento, acredito até que possa ter a jornalista agido de boa-fé, querendo apenas noticiar – que as palavras significam uma notícia, segundo a qual uma autoridade deixou de cumprir com o seu dever, isso aí é indubitável para mim, aparentemente, pelo menos. Não posso dizer que isso tenha sido uma palavra carregada de dolo, de má-fé, com o intuito de achincalhar. Não sei. Exatamente por essas dúvidas é que tenho para mim que isso teria que ser melhor examinado; isso estaria a merecer uma apuração mais detalhada, porque a pessoa que se sente ofendida por uma notícia fica duplamente ofendida se o procedimento judicial que ela procurou para resgatar a sua honra se vê frustrado. Tanto tem a sociedade, através do seu promotor e do seu procurador o direito da verdade de um possível crime contra a ela praticado, quanto a pessoa que se sente ferida na sua honra, na sua dignidade. Então, o meu grande receio é dizer: “ora, não, ele não foi ofendido”. Prefiro que haja uma apuração melhor para que não sejamos, assim, sumariamente juízes de um procedimento que não está devidamente apurado nas suas circunstâncias e nos seus detalhes. Tenho para mim que, a despeito de que o processo é um incômodo, faz mal, da mesma sorte que uma autoridade está sujeita às tempestades das notícias na imprensa, também o jornalista está sujeito a essas irresignações contra a sua maneira de escrever.

De sorte que, com todo o respeito pelos jornalistas que fizeram a reportagem – não os quero condenados, não os tenho como culpados, estamos no âmbito de exame de pré-cognição para saber se essa ação merece prosperar ou não – e pedindo mil vênias ao eminente Juiz Federal Leão Aparecido Alves, uma das brilhantes expressões da nossa Justiça Federal e, também, vênia ao não menos eminente e brilhante Juiz Federal Marcus Bastos, vou acompanhar o eminente Relator pelos fundamentos e conclusões do seu ilustre voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2000.38.00.006865-1/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus

Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogados: Dra. Sibeli Maria Pinto e outros

Apelada: Marlene Ferreira da Costa Alvarenga

Advogados: Dra. Ana Regina Mayer Moreira e outro

Publicação: DJ 2 de 28/03/05

Ementa

Comercial e Civil. CEF. Pagamento de cheque nominal, não endossado, a terceiro. Responsabilidade do banco apresentante. Lei 7.357/85. Indenização devida.

I. Segundo o disposto na Lei 7.357/85 (art. 39), o banco apresentante está obrigado a verificar a existência de endosso, em caso de pagamento de cheque nominal a terceiro.

II. Na hipótese em causa, ficou demonstrado o nexo de causalidade entre o comportamento do banco apresentante (CEF) e o prejuízo sofrido pela apelada, uma vez que a referida instituição financeira não observou os ditames da lei de regência, ensejando sua responsabilidade em reparar o dano sofrido pela autora. Precedentes do STJ.

III. Apelação da CEF improvida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 09/03/05.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Cuida-se de ação de procedimento ordinário proposta por Marlene Ferreira da Costa Alvarenga visando à condenação da Caixa Econômica Federal – CEF ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrente de suposto ato ilícito praticado pela referida instituição financeira, que acatou depósito de cheque a favor de terceiro, sem verificar a existência de endosso no título de crédito.

Alega a autora que uma funcionária de sua loja furtou um cheque no montante de R\$ 693,00 (seiscentos e noventa e três reais) e sacou o respectivo valor, mesmo sendo o cheque nominal à requerente e desprovido de endosso.

Sustenta que não poderia a CEF ter acolhido o depósito de cheque cruzado e nominal sem a devida cautela de conferir a existência de endosso, o que acabou lhe rendendo prejuízos.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, sendo reconhecido apenas o prejuízo material sofrido pela autora, razão pela qual a CEF foi condenada a indenizá-la no valor de R\$ 693,00 (seiscentos e noventa e três reais). Os honorários advocatícios foram compensados entre as partes, dada a sucumbência recíproca (fls. 35/40).

A CEF apela da sentença, sustentando, em síntese, que não poderia ser integralmente responsabilizada pelo fato ocorrido, uma vez que a autora negligenciou a guarda do cheque, além de que o banco sacado (Banco Real S/A) não verificou a regularidade do endosso, conforme prevê o art. 39 da Lei do Cheque. Ao final, requer a reforma parcial da sentença, nos aspectos guerreados (fls. 43/46).

Não houve contra-razões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — A Lei 7.357/85, conhecida como a Lei do Cheque, em seu art. 39, assim dispõe a respeito da responsabilidade do banco apresentante quanto à compensação do cheque, *in verbis*:

Art. 39 O sacado que paga cheque “à ordem” é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. *A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque a câmara de compensação.* (grifei).

Na espécie dos autos, a autora sustenta ser da responsabilidade da CEF (banco apresentante) conferir se havia endosso no cheque emitido nominalmente em seu favor, mas que foi pago a terceiro.

De acordo com a legislação acima citada, constata-se, sem maior dificuldade, que incumbe ao banco cobrador/apresentante a verificação da regularidade do endosso, o que não ocorreu na situação em causa.

Nesse ponto, vale transcrever trecho da sentença que, com muita propriedade, enfrentou a questão, nestes termos (fls. 37/38):

Os estabelecimentos bancários, no cumprimento do dever de zelar pelos atos que envolvam o crédito de seus correntistas, devem dispensar toda cautela necessária à preservação da credibilidade, do bom nome, da reputação e da honra de seus clientes. Apesar de estarem dispensados de conferir a autenticidade de assinatura de endossante de cheque nominal, nos termos do art. 39 da Lei 7.357/85 (Lei do Cheque), isso não significa, por si só, que estariam desobrigados de conferir a própria regularidade dos endossos, incluindo a legitimidade do endossante.

....

Somente o endosso da autora no cheque poderia ensejar a transferência de todos os direitos dele resultantes, dentre eles a propriedade da provisão nos limites da criação do título, o de novamente endossar e os de exercer

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e a Exma. Sra. Juíza Gilda Maria Carneiro Sigmaringa (convocada).

os direitos conservatórios e as ações cabíveis. O cheque nominal à autora foi pago a uma terceira pessoa sem que fosse observada tal exigência. Resta configurada, portanto, a responsabilidade objetiva da Caixa, por meio de seu funcionário, exsurgindo, daí, o dever de indenizar.

Nesse exato sentido tem decidido o egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê nas seguintes ementas, *in verbis*:

Agravo regimental. Recurso especial provido. Cheque endossado. Conferência de assinatura. Precedentes da Corte.

....

II. O estabelecimento bancário está obrigado a conferir a regularidade dos endossos e não a autenticidade das assinaturas constantes dos endossos.

....

IV. Agravo regimental desprovido. (Ag 381.311/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 24/09/01, p. 303).

Direito Comercial. Cheque. Endosso viciado. Banco sacado. Dever de conferência. Devolução de cheque. Exercício regular de direito (art. 160-I, CC). Descabimento de indenização. Art. 462, CPC. Aplicação. Precedentes. Recurso provido.

I. Consoante proclamado em precedentes da Turma, o banco cobrador ou apresentante está desobrigado de verificar a autenticidade da assinatura do endosso. Por outro lado, todavia, tal não significa que a instituição financeira estaria dispensada de conferir a regularidade dos endossos, aí incluída a legitimidade do endossante.

II. Igual responsabilidade incumbe ao banco sacado, nos termos do art. 39 da Lei do Cheque.

III. Age em exercício regular de direito (art. 160-I do Código Civil), o banco que se recusa a pagar cheque com irregularidade no endosso, não se podendo imputar à instituição financeira, pela devolução de cheque com esse vício, a prática que culmine em indenização. (....) (REsp 304.192, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 25/06/01, p. 195).

Comercial e Processual. Ação de indenização. Banco apresentante. Responsabilidade. Recebimento de cheque nominal, não endossado, para depósito em conta de terceiro. Denúnciação da lide. Art. 39 da Lei Chéquica.

(....)

II. Consoante a exegese do art. 39 da Lei 7.357/85, o estabelecimento bancário apresentante do cheque à compensação não está dispensado de certificar-se da existência de endosso na cártula antes de proceder ao depósito do título nominal em conta de terceiro. Responsabilidade configurada.

III. Descabe a denúnciação da lide ao sacado, se inexistente direito de regresso a lhe ser demandado.

IV. Agravo no agravo de instrumento a que se nega provimento. (AgRg no Ag 217.057/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 23/10/00, p. 135).

Assim, ficou demonstrada a responsabilidade da CEF no evento danoso, ante a caracterização do nexo de causalidade entre o comportamento da apelante e o prejuízo sofrido pela apelada, uma vez que a referida instituição financeira não observou os ditames da lei de regência (Lei 7.357/85).

Não merece, pois, a meu sentir, reparos o *decisum* recorrido.

Pelo exposto, nego provimento à apelação da CEF.

É o meu voto.

Sexta Turma

Apelação Cível

2003.01.00.041033-5/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelados: Júlia Gomes Lund e outros

Advogados: Dra. Suzana Angélica Paim Figueredo e outros

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 14/12/04

Ementa

Constitucional, Administrativo, Civil e Processual Civil. Responsabilidade objetiva do Estado. Conflito interno denominado Guerrilha do Araguaia. Desaparecimento ou morte de guerrilheiros. Provas e indícios veementes do fato. Reconhecimento da responsabilidade estatal. Sentença mandamental. Cumprimento imediato. Descaracterização, na espécie, de comando sentencial extra ou ultra petita. Quebra dos arquivos da Guerrilha do Araguaia, por determinação judicial. Possibilidade instrumental de cumprimento do julgado, com efetivação imediata da tutela específica.

I. Possibilidade jurídica do pedido dos familiares das vítimas, reconhecida por decisão do TRF-1ª Região. Documentos de valioso conteúdo. Caso de presumível prática do delito de desaparecimento forçado ou involuntário de pessoas que participaram da Guerrilha do Araguaia.

II. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Blake

contra a República da Guatemala e caso Neira Alegria contra o Estado do Peru. Peculiaridades neste processo permitindo admitir, além da prova testemunhal e documental, também a prova circunstancial, fundada em indícios e presunções, pois deles é possível inferir conclusões consistentes sobre os fatos da lide, sendo suficiente a conjunção de indícios relevantes para fundamentar a presunção judicial.

III. Ausência de contradição no pedido dos autores quanto a estarem vivos ou mortos seus familiares, na medida em que a morte das vítimas emerge de conclusão lógica dos fatos apurados, estando respaldada pelas normas dos arts. 10 e 482 do Código Civil anterior e arts. 6º e 38 do Código Civil em vigor, que regulam a presunção de morte e a sucessão definitiva.

IV. Em caso de desaparecimento forçado, não é lícito atribuir o ônus da prova exclusivamente aos familiares da vítima, por constituir, no mínimo, insensatez, na medida em que uma das principais motivações da prática desse ilícito é precisamente a intenção de dissimular as provas, notadamente no período em que verificada a ocorrência da Guerrilha do Araguaia.

V. É fato que os confrontos ocorreram em regiões inóspitas, em meio à floresta, dado relevante que impõe considerar a possibilidade de circunstâncias adversas que poderiam ter impossibilitado às forças militares uma atuação esmerada, dentro dos ditames legais do Estado de Direito, no que tange ao sepultamento e identificação de corpos. Malgrado isso, assiste direito aos familiares das vítimas ter ciência cabal dos pormenores da ocorrência.

VI. Inconsistência de tese segundo a qual, em operações militares envolvendo um contingente de alguns milhares de soldados destinados a combater uma tímida aglomeração de guerrilheiros, tivesse o Estado, em todas as campanhas de cerco e aniquilamento, perdido o controle da situação e ficado incapacitado de proceder de forma regular.

VII. Existência de prova inequívoca de que o Exército aprisionou e interrogou as vítimas, negando informes a respeito do desaparecimento delas, fato a gerar sofrimento e angústia, além de um sentimento de insegurança, frustração e impotência perante a abstenção das autoridades públicas em investigar os fatos.

VIII. O direito a um sepultamento condigno constitui corolário do respeito aos mortos e está consagrado, no plano internacional, nos dispositivos das convenções de Genebra, que integram o ordenamento jurídico do Direito Humanitário.

IX. O Direito Internacional, à época dos confrontos na região do Araguaia, já continha normas relativas ao trato dos mortos em conflito armado, às quais estava obrigado o Estado brasileiro, signatário das quatro convenções de Genebra.

X. A entrega dos restos mortais das vítimas a seus familiares, a fim de que possam ser dignamente sepultados, e o fornecimento das informações sobre a morte, constituem providências capazes de dar cumprimento à obrigação estatal.

XI. Somada à dor da perda, tem-se, nesta demanda, a angústia de conviverem os autores com os efeitos do desaparecimento forçado dos entes queridos, o destino ignorado e a opressão de um silêncio fabricado.

XII. O texto da Carta Política de 1988 retrata a ruptura com o regime autoritário, constituindo-se no marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, já que atribui aos direitos e garantias fundamentais relevância extraordinária. Assim, o valor da dignidade humana, içado ao posto de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III) impõe-se como parâmetro a orientar o trabalho do intérprete do Direito e do aplicador da lei.

XIII. Os múltiplos direitos ofendidos pela prática do desaparecimento forçado, como o direito à vida e à integridade física, não podem ser reparados porque são, por natureza, não restituíveis, razão de ser da ausência de postulação nesse sentido. Entretanto, os autores podem ser contemplados com o direito à verdade dos fatos, aos restos mortais para um sepultamento digno, como medidas necessárias para que se dê o reconhecimento da dignidade inerente à pessoa humana.

XIV. Procedência do pedido. Determinação à ré (União Federal) para cumprimento das exigências de indicação de local dos restos mortais das vítimas, promovendo-lhes sepultamento condigno com informações necessárias à lavratura da certidão de óbito e dados outros referentes à investigação dos fatos, sob pena de multa cominatória diária.

XV. A sentença recorrida não contrariou a norma do art. 460 do CPC, pois não concedera aos autores algo diverso do que lhe fora pedido (*extra petita*), nem condenou a União Federal em quantidade superior ao que se lhe pedira (*ultra petita*), mas ao ordenar “a quebra de sigilo das informações militares, relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia e outras medidas correlatas”, assim o fizera de forma instrumental, para obtenção imediata das informações necessárias ao atendimento do pleito legítimo dos autores, até então sonegadas pelos prepostos da União.

XVI. A *sentença recorrida*, na espécie dos autos, não é de natureza condenatória, nem ressarcitiva, mas de *natureza mandamental*, pois a pretensão dos autores tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, de tolerar e de entrega de coisa pelos agentes administrativos da União promovida, devendo o Poder Judiciário, para a efetivação dessa tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, agir, *de ofício* ou a requerimento, determinando as medidas

necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão e remoção de pessoas e coisas, dentre outras, requisitando-se força policial, se for o caso (CPC, arts. 461, §§ 5º e 6º e 461-A, § 2º, com a redação determinada pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002).

XVII. Apelação e remessa oficial desprovidas, determinando-se audiência de instalação dos trabalhos judiciais de quebra dos arquivos da Guerrilha do Araguaia, para a entrega das informações requisitadas nos comandos da sentença mandamental, que, ora, se confirma, para a integral satisfação do legítimo pleito dos autores e total cumprimento do julgado, convertendo-se o feito, se for o caso, em segredo de justiça, a partir daquele ato.

XVIII. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 06/12/04.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — A sentença proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal relatou a espécie dos autos, nestas letras:

Júlia Gomes Lund, Lulita Silveira e Silva, Maria Leonor Pereira Marques, Ermelinda Mazzaferro Bronca, Antônio Pereira de Santana, Elza Pereira Coqueiro, Alzira Costa Reis, Victoria Lavínia Grabois Olimpio, Rosalvo Cipriano de Souza, Roberto Valadão Almokdice, Edwin Costa, Helena Pereira dos Santos, Julieta Petit da Silva, Aminhthas Rodrigues Pereira, Zeli Eustáquio Fonseca, Acary Vieira de Souza Garlippe, Walter Pinto Ribas, Eloá Cunha Brum, Consueto Ferreira Callado, Luiza Monteiro Teixeira, Elza Conceição Bastos e Cyrene Moroni Barroso, devidamente qualificados nos autos, propuseram a presente ação de rito ordinário em face da União Federal, a fim de compeli-la a indicar a sepultura de seus familiares mortos, para que possam ser lavrados os competentes atestados de óbito, serem trasladados os corpos e fornecido o relatório oficial do Ministério da Guerra, sob pena de arcar a ré com multa diária.

Aduzem que são familiares de cidadãos brasileiros que, no período de 1966 a janeiro de 1975, instalaram-se em área à margem do Rio Araguaia e integraram o movimento armado de caráter político e revolucionário denominado “Guerrilha do Araguaia”.

Prosseguem alegando que seus familiares, integrantes da guerrilha e membros do Partido Comunista do Brasil, foram capturados e/ou mortos quando resistiam à ação das forças militares destinada a sufocar o movimento, o que ocorreu entre 12 de abril de 1972 e janeiro de 1975.

Esclarecem que são desconhecidos os destinos de seus familiares, que se presumem mortos, bem como é ignorada a localização de seus restos mortais.

Sustentam, contudo, que os mortos eram identificados pelo Exército antes de serem enterrados, que mantém arquivados os dados relativos à identificação e sepultamento dos mortos, compilados em um relatório oficial datado de janeiro de 1975, instruído com o nome e a qualificação de todos os guerrilheiros que participaram do movimento.

Os documentos de fls. 23/159 instruem a inicial.

Retificação do valor da causa deferida, tendo em vista tratar-se de ação para a prestação de fato cujo valor é inestimável (fls. 163).

Em contestação apresentada a fls. 169/211 a União argüiu, em preliminares, a impossibilidade jurídica do pedido, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, a inexistência de interesse processual, a impropriedade da via cominatória e a prescrição quinquenal. No mérito, alegou que os autores não demonstraram a presença de seus familiares na região do Araguaia, a participação destes nos confrontos com os órgãos de segurança, a evidência de seus óbitos, nem a existência do relatório oficial cuja apresentação postularam.

Os autores manifestaram-se sobre as preliminares a fls. 213/215, requerendo a produção de provas.

Saneando o feito, o ilustre juiz processante rejeitou as preliminares de prescrição, ilegitimidade passiva *ad causam*, ausência de interesse processual e impropriedade da via eleita, bem como deferiu a produção de prova documental e testemunhal, determinando à ré, independente de sigilo ou segredo militar, que fornecesse a relação de civis mortos ou recolhidos mortos pelos militares, a relação das atividades ali desenvolvidas e o destino dos corpos, bem como todos os documentos, oficiais ou não, relativos às baixas civis, com indicação de autoria e responsabilidade pelos referidos textos (fls. 216/218).

A ré, contudo, limitou-se a anexar aos autos parecer da Consultoria Jurídica do Ministério do Exército (fls. 222/273).

Os autores juntaram farta documentação referente às alegações da exordial (fls. 284/527).

Depoimentos pessoais dos autores Cyrene Moroni Barroso, Julia Gomes Lund, Helena Pereira dos Santos, Alzira da Costa Reis, Consueto Ferreira Callado e Antônio Pereira de Santana (fls. 529/541).

Os autores juntaram mais documentos (fls. 542/554).

Depoimentos das testemunhas José Genoíno Neto, Fernando Antônio Torres Portela, Wladimir Ventura Torres Pomar, Haroldo Borges Rodrigues

de Lima, Aldo da Silva Arantes, Paulo César Fonteles de Lima, Criméia Alice Schmidt de Almeida, Danilo Carneiro, Dower Moraes Cavalcante, Glênio Fernandes de Sá e Elza de Lima Monerat (fls. 565/594).

Memoriais apresentados a fls. 596/603 e 605/630.

Sentença a fls. 634/641, extinguindo o processo sem julgamento do mérito ao fundamento de o pedido ser jurídica e materialmente impossível, não obstante o reconhecimento de seu grande valor histórico.

Os autores interpuseram apelação a fls. 647/654, fundada, entre outros, no dispositivo legal que determina ao juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito quando a lei for omissa (art. 4º LICC).

Contra-razões de apelação a fls. 657/662.

Parecer ministerial a fls. 667/672, opinando pelo provimento do recurso.

Acórdão do egrégio TRF-1ª Região (fls. 678/701), dando provimento à apelação, por unanimidade, para reformar a sentença e determinar o julgamento do mérito da demanda.

O Tribunal, no julgamento, reconheceu o direito “subjetivo público do indivíduo de sepultar e homenagear seus mortos, segundo sua crença religiosa”, bem como entendeu ter a parte direito à prova, dando aplicação à norma do art. 24 da Lei 8.159/91 (que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados), facultando ao Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.

O Tribunal adotou, também, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a saber “Se a pretensão dos autores depende de produção de prova requerida, esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação de justiça” (STJ – 3ª Turma – REsp 5.037/SP, Relator Ministro Cláudio Santos, *DJU* de 24/06/91, p. 1.035 e RSTJ v. 21, p. 416).

A União opôs embargos de declaração ao referido acórdão (fls. 704/710) ao fundamento de omissão e contradição no julgado.

Os embargos foram improvidos (fls. 712/722).

A União interpôs recurso especial (fls. 726/732).

Contra-razões ao recurso especial (fls. 734/741).

Recurso especial inadmitido (fls. 743).

Inconformada, a União interpôs agravo de instrumento em recurso especial (fls. 746). O egrégio Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao agravo, retornando os autos ao Juízo da 1ª Vara (fls. 748).

Decisão de fls. 751 determinou à União que, no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhasse o Relatório da Guerrilha do Araguaia. Contra essa decisão

a União interpôs agravo de instrumento ao qual foi negado seguimento (fls. 1.298).

A União, a fls. 770/780, com documentos de fls. 781/793, sustentou o esvaziamento da pretensão dos autores ante o advento da Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995 e das providências por ela determinadas, requerendo, assim, a improcedência do pedido.

Os autores ressaltaram a recalitrância da ré, que se negou a cumprir mandado judicial determinando a apresentação de prova, pelo que requereram a aplicação da norma do art. 359 do Código de Processo Civil (fls. 797/804).

Decisão assinalando o prazo de 30 (trinta) dias para a ré apresentar o Relatório da Guerrilha, sob pena de serem reputados verdadeiros os fatos aludidos na exordial (fls. 814/817).

A União manifestou-se a fls. 820, com documento a fls. 821, no sentido de inexistir o referido relatório. Foram acostados aos autos, provenientes do Ministério da Justiça, cópias dos documentos em poder da Comissão Especial estabelecida pela Lei 9.140/95, relativos aos procedimentos de reconhecimento das mortes dos familiares dos autores e pagamento de indenizações (fls. 827/1.296).

Instados à manifestação sobre os indicados documentos acostados, os autores aduziram já ter conhecimento de toda a documentação e requereram o julgamento da lide (fls. 1.303/1.304).

O procurador-regional dos Direitos do Cidadão no Distrito Federal solicitou vista dos autos (fls. 1.306), o que foi deferido, devolvendo-os sem nada requerer (fls. 1.309). (Fls. 1.318/1.323).

Em seguida, o Juízo singular, considerando que as preliminares argüidas pela ré já foram analisadas e decididas no curso do processo, estando, assim, acobertadas pelo manto da preclusão, julgou procedente o pedido dos autores, determinando: “1. a *quebra de sigilo* das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia; 2. à ré que, no prazo 120 (cento e vinte) dias, informe a este Juízo onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores, mortos na Guerrilha do Araguaia, bem como para que proceda ao traslado das ossadas, o sepultamento destas em local a ser indicado pelos autores, fornecendo-lhes, ainda, as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito; 3. à ré que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, apresente a este Juízo todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à Guerrilha, incluindo-se, entre outras, aquelas relativas aos enfrentamentos armados com os guerrilheiros, à captura e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos, aos procedimentos de identificação dos guerrilheiros mortos quaisquer que sejam eles, incluindo-se as averiguações dos técnicos/peritos, médicos ou não, que desses procedimentos tenham participado, as informações relativas ao destino dado a esses corpos e todas as in-

formações relativas à transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas. Para o integral cumprimento desta decisão *determino* à ré que, sendo necessário, proceda à rigorosa investigação, no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhado das operações realizadas na Guerrilha do Araguaia, devendo para tanto intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer operações, independentemente dos cargos ocupados à época, informando a este Juízo o resultado dessa investigação. Ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias sem o cumprimento integral desta decisão, *condeno* a ré ao pagamento de multa diária que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Custas em ressarcimento. Verba honorária pela ré, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa. Sentença sujeita ao reexame necessário.” (fls. 1.359/1.360).

A União Federal apresenta a apelação parcial de fls. 1.363/1.381, alegando, em resumo, “sem negar genérica ou especificamente os fatos e provas em que se baseou a sentença apelada”, que as Forças Armadas desempenhou amplo e diversificado papel na vida nacional, devotando respeito ao poder civil e à ordem democrática, na preservação da soberania nacional. Requer, porém, a nulidade parcial da sentença recorrida, por julgamento *ultra e extra petita*, bem assim a inadmissibilidade da multa imposta, sob a condição estipulada na aludida decisão monocrática.

Com as contra-razões de fls. 1.389/1.428, vieram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se a douta Procuradoria-Regional da República pelo provimento parcial da apelação e da remessa oficial, a fim de que a publicidade dos dados relacionados à Guerrilha do Araguaia seja restrita às partes e seus procuradores, mantida a cominação em caso de descumprimento do julgado (fls. 1.439/1.451).

Nos termos da petição de fls. 1.453/1.462, os demandantes pedem o cumprimento imediato da sentença mandamental, no que tange à obrigação de “*traslado das ossadas, o sepultamento destas em local a ser indicado pelos autores, fornecendo-lhes, ainda, as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito*”. E considerando-se que até a presente não foram prestadas as informações, nem disponibilizados os arquivos, somado ao justo receio de que as informações sejam destruídas ou dissipadas de alguma forma, requerem *inaudita altera pars* seja deferida a busca e apreensão de documentos nos arquivos das Forças Armadas Brasileiras, especialmente na Abin e no Ministério do Exército, na forma do art. 461-A, § 2º, do CPC, independente da realização de “*rigorosa investigação, no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhado das operações realizadas na Guerrilha do Araguaia, devendo para tanto intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer das operações, independente de cargos ocupados à época, informando a este Juízo o resultado dessa investigação*”, consoante ditou a sentença sob pena de desobediência, tudo sem prejuízo da apli-

cação da multa já cominada.

Através da decisão de fls. 1.463/1.464, ordenei que o processo voltasse a tramitar com ampla publicidade, afastando o segredo de justiça que fora imposto judicialmente sob condição ainda não implementada nos autos.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — I. A sentença monocrática, da lavra da douta Juíza Federal, Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dra. Solange Salgado, decidiu a espécie dos autos, nestes termos:

Os autores, familiares de cidadãos que participaram do movimento intitulado Guerrilha do Araguaia, aniquilado pelas Forças Armadas no período de abril de 1972 a janeiro de 1975, visam por esta ação à localização da sepultura de seus parentes, o traslado dos corpos e o fornecimento de informações contidas no Relatório Oficial do Ministério da Guerra, datado de 5 de janeiro de 1975.

A pretensão merece prosperar.

De fato, ante as inúmeras provas constantes dos autos acerca da Guerrilha do Araguaia, tem-se que a sua ocorrência é fato incontestável.

Também não cabe negar-lhe a importância histórica. Tempos como aqueles, de repressão política deliberada e violação sistemática de direitos fundamentais, não devem ser esquecidos ou ignorados.

Ao contrário, uma nação não pode tentar tornar-se livre, justa e solidária, pretender construir seus alicerces sobre os pilares da democracia e do respeito à dignidade da pessoa humana, sem antes enfrentar seu passado. É imperioso analisar e tentar compreender os fatos tristes de sua história que não deseja ver repetidos.

De ser considerado, por aceitável, que são louváveis as tentativas de politização e conscientização de uma população que se vê submetida a um regime de supressão de liberdades e direitos fundamentais. Porque só através da consciência crítica e do questionamento é que uma sociedade se torna capaz de interferir e transformar a realidade da opressão.

Recentemente, a imprensa noticiou com detalhes diversos fatos relativos à Guerrilha do Araguaia: depoimentos de sobreviventes, depoimentos de militares que participaram da repressão ao movimento, descoberta de fossas contendo ossadas de supostos integrantes do movimento, identificação de algumas ossadas.

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz João Carlos Costa Mayer Soares (convocado). Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

Todas essas descobertas corroboram as informações trazidas aos autos pelos autores, dão respaldo a suas alegações, confirmam suas inquietações. Vários são os testemunhos da existência da guerrilha e do massacre dos guerrilheiros, não há como ignorar essa realidade.

Desse modo, os autores pretendem ver deferida a possibilidade de dar sepultura digna e conhecida a seus familiares, enterrando-lhes os restos mortais, com todas as implicações culturais e emocionais verificadas neste significativo ato. Pleiteiam também o acesso às informações concernentes ao destino que seus familiares tomaram.

Na verdade, os dois pedidos devem ser analisados como um todo, já que, em muitos casos, a informação prestada pela ré é que possibilitará o acesso dos autores aos restos mortais de seus familiares.

O pleito refere-se aos mortos, mas afeta sobremaneira os familiares vivos, posto que só então, após o desfecho formal e ritualístico dado à existência de seus entes queridos, serão capazes de prosseguir com suas vidas, pois terão resolvida a angústia gerada pelo desconhecimento do destino dos seres amados.

O pleito não se restringe aos estreitos limites de um processo de jurisdição voluntária, cujo objetivo seja a decretação de ausência para os fins da sucessão hereditária e administração dos bens dos ausentes.

Muito menos esgota-se a pretensão no exercício das faculdades instauradas pela Lei de Anistia (Lei 6.683/79), cujo procedimento (art. 6º) objetiva a decretação por sentença da ausência de pessoas envolvidas em atividades políticas, gerando a presunção de morte do desaparecido para os fins de dissolução do casamento e abertura da sucessão definitiva (§ 4º do art. 6º).

Em momento algum foi sustentado pelos autores que o escopo do presente processo é a lavratura do atestado de óbito. É indiscutível que o registro dos óbitos constitui mera conseqüência do descobrimento da verdade e do acesso aos restos mortais.

Com evidência, também o procedimento administrativo instaurado pela Lei 9.140/95 não é capaz de satisfazer a pretensão dos autores, pois cuida-se de postulação muito mais abrangente, que abarca direitos fundamentalíssimos como o direito à verdade, o direito à proteção da família, o direito de prestar aos extintos o culto de tradição, oferecendo-lhes digna morada eterna.

Cuida-se de pleito que encerra elevado valor moral, histórico e cultural.

Todavia, nas palavras da ré (fls. 207), não está “alimentada a pretensão dos autores com a prova por estes trazida aos autos, não demonstram a presença efetiva de seus subversivos familiares na região do Araguaia, a sua participação nas pelepas com os componentes dos órgãos de segurança, a evidência de seus óbitos em confrontos armados em que se tenham envolvidos, a existência escoreita do Relatório Oficial do Ministério do Exército datado de 5 de janeiro de 1975.”

Assim, a contestação da ré, no mérito, apóia-se na alegação de ter sido intentada ação sem um mínimo de subsídio probatório e de estar a pretensão eivada pela ausência de fundamento jurídico; ademais, sustenta não ser devedora de obrigação alguma em relação aos autores e seus familiares.

Da responsabilidade do Estado no desaparecimento forçado de pessoas

Todo o Estado está obrigado a respeitar o direito à vida e à integridade física de seus cidadãos, para falar apenas dos mais fundamentais. Se assim não o fosse, qual seria o propósito da existência do Estado? Existiria ele para o seu próprio regozijo? Deteria ele a faculdade de exterminar sumariamente seus próprios cidadãos, ou aqueles que lhe desagradassem quando bem lhe conviesse?

A figura do Estado é uma abstração, que não contém uma finalidade ou motivação em si mesma. O Estado existe apenas, e tão-somente, para promover o bem estar de seu povo, gerenciar a vida em sociedade, perseguir valores como a igualdade, o desenvolvimento, a justiça e a liberdade.

Como bem preceitua o art. 1º da Constituição Federal, todo o poder emana do povo, do que decorre que não pode ser exercido em detrimento deste.

Mas a Constituição vai além, e consagra a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil.

Também por força da Constituição Federal, impõe-se hoje ao Estado brasileiro reger-se, nas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

No dizer de Jorge Miranda:

“A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concórdância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.”

Portanto, garantir o exercício de direitos fundamentais é sim uma obrigação passível de ser exigida do Estado. No âmbito da Teoria Geral dos Direitos Humanos este é um conceito basilar, que se reveste da maior importância, pois fundamenta toda a existência do amparo protetivo internacional com seus diversos órgãos, mecanismos e instrumentos.

Sob o ângulo do Direito Internacional, é obrigação traduzida no dever que os Estados assumem, quando signatários dos tratados internacionais de direitos humanos, de respeitar e garantir (fazer respeitar) os direitos ali enunciados.

Conforme essa obrigação, todo desprezo aos direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais que possa ser atribuído à ação ou omissão de

qualquer autoridade pública constitui um fato imputável ao Estado e gera sua responsabilidade no plano internacional.

Com efeito, o respeito aos direitos humanos funciona como restrição ao exercício de toda função pública. Porque há atributos invioláveis da pessoa humana que não podem ser legitimamente desconsiderados pelo exercício do Poder Público, esferas individuais que o Estado não pode vulnerar ou nas quais só pode intervir de forma limitada.

Essa obrigação vai além e engloba o dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos para toda pessoa que está sujeita ao Estado, devendo este organizar todo o aparelho governamental de tal forma que seus órgãos sejam capazes de assegurá-los administrativa e judicialmente.

Isso implica dizer que, mesmo que não tenha sido o Estado o causador das violações aos direitos fundamentais, cabe a ele prevenir, investigar e sancionar toda violação aos direitos reconhecidos internacionalmente. Deve, ainda, buscar o estabelecimento do direito transgredido e, se não for possível, a reparação dos danos ocasionados pelas violações aos direitos humanos.

No âmbito do Direito Internacional, verifica-se uma infração aos tratados de proteção de direitos humanos, com a conseqüente responsabilização do Estado, mesmo que não esteja individualmente identificado seu agente. O decisivo é elucidar se uma determinada violação aos direitos consagrados teve lugar com o apoio ou a tolerância do Poder Público, ou se este agiu de modo a não preveni-la ou deixá-la impune.

Torna-se desnecessária, nesse aspecto, a comprovação da responsabilidade do Estado por violações a direitos fundamentais para que estas lhe sejam imputáveis, tendo em vista estar o Estado obrigado a respeitar e a fazer respeitar os direitos humanos.

Em suma, a obrigação de respeitar e fazer respeitar direitos humanos traduz-se no dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações, bem como investigar seriamente (com os meios ao seu alcance) aquelas que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, impor-lhes as sanções pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação.

Se o aparelho estatal agir de modo a que violações de direitos humanos fiquem e não se restabeleça a vítima (na medida do possível) na plenitude de seus direitos, o Estado viola suas obrigações convencionais no plano internacional.

Importa agora analisar a questão sob o prisma do Direito interno.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece:

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

Aqui se consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Com base nessa teoria, para configurar a responsabilidade não é necessária a ocorrência de culpa, basta a constatação do dano e do nexo da causalidade. Cretella Júnior ensina que havendo dano e nexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente.

Idéia correlata é a da teoria do risco administrativo, segundo a qual, “o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como conseqüência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau”.

O Direito brasileiro recepciona ambas as teorias. Assim, basta a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público para ensejar a responsabilidade, que é socializada, repartida entre todos. A esse respeito, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

“Não deve um cidadão sofrer as conseqüências do dano. Se o funcionamento de um serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como conseqüência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva conseqüência conduz a imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo e, pois, em face de um dano, é necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo causado.”

Partindo do pressuposto de que a atividade do Estado deve ser exercida no interesse de toda a coletividade, os danos que dela resultem não podem pesar mais sobre uns e menos sobre outros. Se isso ocorrer, ou seja, se da intervenção do Estado resultar prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos.

Em suma, a existência do nexo da causalidade entre a ação da administração e os danos causados aos particulares é o fundamento da responsabilidade do Estado.

Na teoria da responsabilidade por ato lícito, o fundamento está no princípio da igualdade. Na teoria da responsabilidade por ato ilícito, a responsabilidade decorre do princípio da legalidade. No caso em análise, entendo que os dois tipos de atos foram praticados pelo Estado.

O combate a uma guerrilha armada, que ameaça a paz e a segurança nacionais reveste-se de legalidade, posto que é necessário proteger a sociedade das infrações à ordem jurídica.

Contudo, por mais graves que possam ser certos delitos, e culpáveis os réus que os praticaram, não se pode admitir que o poder seja exercido sem limites. O genocídio dos indesejáveis é crime injustificável; não há estado de emergência, de exceção ou de suspensão de garantias individuais que o legitime. Nenhuma atividade do Estado pode ser exercida fundada no desprezo à dignidade da pessoa humana.

A prisão arbitrária, a prática de tortura, a execução sumária, a ocultação do cadáver, enfim, os atos que tipificam o delito de desaparecimento forçado de pessoas são atos ilícitos e tão lesivos à coletividade quanto o próprio movimento armado.

Todavia, a teoria da responsabilidade comporta causas excludentes que afastam a responsabilidade e causa atenuantes que a minimizam. Verificam-se essas causas quando presentes força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e estado de necessidade.

Os fatos falam por si: o período de tristes lembranças da história nacional, tão bem retratado na literatura nacional, deixam certo o uso da força das armas contra a força das idéias; o arrastão do poder constituído e mantido sem o respeito aos princípios democráticos sobre os cidadãos que ousarem se insurgir contra o governo do medo.

Nesse contexto, aflora hialino que o governo ditador, então instalado em nosso País, não agiu sob qualquer excludente. Patente, portanto, a existência do nexos de causalidade entre a ação das Forças Armadas brasileiras e o desaparecimento ou morte dos familiares dos autores.

Na esteira da avançada doutrina do Direito Internacional dos direitos humanos, entendo presente também o nexos de imputabilidade, pelo que atribuo ao Estado o desaparecimento dos familiares dos autores.

O princípio da responsabilidade do Estado embasa todo o sistema jurídico democrático, e, ao lado de princípios como o da legalidade e o da igualdade, atua como elemento garantidor da inviolabilidade dos direitos fundamentais do indivíduo.

Quanto à responsabilidade objetiva do Estado no presente caso, é importante ressaltar que a violação em questão tem caráter permanente, está a acontecer no presente, razão de estar se aplicando a norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sem retrospectiva histórica.

Ainda que se questione a aplicação da teoria civilista ao presente caso, é imperioso lembrar que não estamos diante de um caso simples de um dano que, causado a particular pelo Estado, deve ser reparado. Estamos, isso sim, diante de gravíssimas violações de direitos humanos.

Mister se faz ressaltar, então, o caráter da violação em questão.

Como salientou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do caso Velásquez Rodrigues contra o Estado de Honduras (sentença de 29 de julho de 1988), o fenômeno dos desaparecimentos forçados constitui uma forma complexa de violação dos direitos humanos, uma das mais graves e cruéis, pois não só produz a privação arbitrária da liberdade, mas acarreta outros delitos conexos já que coloca a vítima em um estado completamente indefeso, subtraindo-a da proteção da lei.

Trata-se de um delito entendido como violação múltipla e contínua de numerosos direitos reconhecidos. O fenômeno do desaparecimento é composto, *inter alia*, pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade e segurança pessoais, do direito a não ser detido ou preso arbitrariamente, a não ser submetido a torturas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ao reconhecimento da personalidade jurídica perante a lei, do direito a um recurso eficaz perante os juízes ou tribunais nacionais, direito a

um juízo independente e imparcial e ao devido processo legal.

Nesse caso, a Corte condenou o Estado de Honduras, considerando que o contexto em que ocorreu o desaparecimento e a circunstância de que sete anos depois continuava sendo ignorado o paradeiro de Velásquez Rodrigues são por si suficientes para concluir que ele havia sido privado da sua vida, tendo sido vítima de autoridades cuja prática sistemática compreendia a execução sem julgamento dos detidos e a ocultação do cadáver para assegurar sua impunidade.

A Corte também entendeu que tudo isso, ligado à falta de investigação do ocorrido, caracterizou uma infração de um dever jurídico, por parte do Estado de Honduras, o dever de garantir a toda pessoa sujeita à sua jurisdição a inviolabilidade da vida e o direito de não tê-la arbitrariamente privada.

Também considerou que o simples fato de uma pessoa submetida a órgão repressivo oficial, que pratica impunemente a tortura e o assassinato (como foram a operação Bandeirantes e o DOI-Codi, e como são, ainda, alguns setores das polícias brasileiras) é ofensivo ao dever dos Estados de proteção do direito à integridade e à vida.

Ressalte-se o fato de que a doutrina e a prática internacionais muitas vezes qualificaram o desaparecimento como um delito complexo contra a humanidade, tendo a Assembléia da OEA afirmado tratar-se de uma afronta à consciência do hemisfério, um procedimento cruel e desumano destinado a elidir a lei, em detrimento de normas que garantem a proteção contra a detenção arbitrária e o direito à segurança e integridade pessoal.

No plano normativo, os preâmbulos tanto da convenção Interamericana e da Declaração das Nações Unidas, ambas sobre desaparecimento forçado de pessoas, advertem que sua prática sistemática configura um crime de lesa-humanidade.

Não é necessário lembrar que toda pessoa tem direito à integridade física, psíquica e moral, não podendo ser submetida a torturas, nem a penas cruéis ou tratamentos desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deverá ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

Em consonância com o mais avançado entendimento das Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, abraço a tese de que o desaparecimento forçado de pessoas constitui-se num crime de violação permanente, que se mantém até o momento em que se desvenda o paradeiro ou o destino da vítima e se esclareçam as circunstâncias em que os fatos ocorreram, uma situação continuada que surte efeitos prolongados no tempo.

O crime de desaparecimento forçado só tem fim quando é revelado o destino ou o paradeiro da pessoa desaparecida e são esclarecidos os fatos. É o que estabelece o art. 17 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado ou Involuntário, de 1992 (Assembléia Geral da ONU) e o art. 3º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994.

Nesse sentido a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Blake contra a República da Guatemala, ocasião em que entendeu que os efeitos dos fatos ocorridos em 1985 prolongaram-se até 1992, quando se descobriu o destino ou paradeiro da vítima (foram encontrados seus restos mortais).

Posta a questão nestes termos, verifica-se a pertinência da pretensão veiculada nesta ação, bem como a responsabilidade da parte ré no reprovável fato de desaparecimento forçado dos familiares dos autores, todos participantes do movimento político denominado “Guerrilha do Araguaia”.

Dos elementos probatórios

Tendo discorrido sobre a responsabilidade do Estado quanto à garantia do pleno exercício dos direitos humanos, cumpre analisar a alegação da ré de inexistência de subsídio probatório.

Questiona-se a comprovação da participação dos familiares dos autores na guerrilha, como também a morte deles, mais ainda a comprovação da existência do relatório oficial contendo nome e qualificação dos civis mortos na ocasião.

Novamente, vislumbro como transparente a comprovação da participação dos familiares dos autores na guerrilha, bem como o desaparecimento seguido de morte.

Há documentos que considero como de valioso conteúdo probatório em favor dos autores.

O Relatório da Caravana dos Familiares dos Mortos e Desaparecidos na Guerrilha do Araguaia, que se encontra a fls. 399/424, contém diversas informações que corroboram suas alegações.

Há fortes indícios de que as forças do governo fizeram um levantamento fotográfico completo de todas as suas atividades no combate à guerrilha (fls. 386), desde as operações nos acampamentos, a vida nas cidades e lugares, até o registro fotográfico dos corpos de guerrilheiros mortos (fotos de fls. 543/554), que, segundo prova testemunhal, destinava-se a abalar moralmente os presos que com eles colaboravam.

Várias pessoas prestaram depoimento à Caravana, muito dos relatos foram gravados. Entre eles: Ides Rodrigues de Brito (cujo irmão fora arbitrariamente preso e torturado), José Ferreira Sobrinho, Dom Alano Maria Roma (Bispo da Diocese de Marabá), Lauro Rodrigues dos Santos (lavrador mutilado por uma granada de mão do Exército – fls. 1.296), Maria Raimundo Veloso, Joaquina Ferreira da Silva, José da Luz Filho, Lindaura Vilarense (cujo filho afirma saber onde estão sepultados guerrilheiros na mata).

Tendo percorrido a região em que se desenvolveu a luta armada, visitando locais como São Domingos das Latas, Vila São José, Metade, Palestina, Brejo Grande, Castanhal da Viúva, as Estradas Operacionais 2 e 3, Aragua-

tins, Araguaína, Xambioá, São Geraldo, Vila Nova, Pau Preto, Ponto Firme, Piçarra, Marcelinense, Boa Vista e Araguaianã e tendo ouvido centenas de pessoas e colhido inúmeros relatos, a caravana diz ter se deparado com um clima de terror apavorante que ainda hoje oprime os moradores da região.

Em diversas ocasiões as investigações da caravana foram frutíferas: um jovem identificou a participação de José Humberto Bronca no movimento, o ex-prefeito da cidade de São Geraldo afirmou ter conhecido os guerrilheiros Paulo e Dina (fls. 415), pessoas do local compareceram à casa do ex-prefeito levando informações, alguns indicaram locais onde estariam enterrados os corpos, a prisão de Dina (fls. 416) foi relatada à caravana. Em Boa Vista do Pará a caravana encontrou Amaro Lins, que prestou importante depoimento, tendo testemunhado a prisão de Áurea Valadão no quartel da 23ª Brigada de Infantaria da Selva, em Marabá, e de Daniel Callado na Base de Operações Anti-Guerrilha do Exército, em Xambioá (fls. 418/419), e visto ambos locomoverem-se normalmente e aparentarem boas condições físicas.

A caravana também colheu indícios do enterro de dois corpos na localidade de Pau Preto (fls. 416). Descobriram-se também os codinomes de muitos integrantes do movimento: Guilherme Lund era conhecido por Luís, Vandick era João, Jana era Cristina.

A caravana terminou com a firme convicção de que muitos guerrilheiros foram capturados com vida, deslocados do ponto de sua prisão e então desapareceram (fls. 402); de que foram presos e torturados não apenas combatentes da guerrilha, mas também numerosos elementos da população que não participavam da guerrilha, tendo desaparecido muitos dos habitantes locais; de que foram violados e sonogados cadáveres, havendo inúmeras indicações de túmulos ocultos nas florestas.

Vale dizer que a caravana realizada entre 25 de outubro e 4 de novembro de 1980 não se constituiu numa iniciativa isolada dos familiares. Ao contrário, contou com o apoio e a participação de setores importantes da sociedade civil, como a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, os movimentos de anistia, setores da Igreja Católica, parlamentares de vários Estados e a imprensa (fls. 420).

Cumprе repetir: estamos diante de casos que consubstanciam a prática do delito de desaparecimento forçado ou involuntário de pessoas que participaram da Guerrilha do Araguaia. Portanto, a natureza dos delitos em si mesma e as circunstâncias em que foram praticados impede a produção de prova dos óbitos nos moldes tradicionais.

Com base nos diversos casos de desaparecimento forçado que teve oportunidade de apreciar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ressalta, em seus arrazoados, que os desaparecimentos implicam, com frequência, a execução dos detidos, secretamente e sem julgamento, seguida da ocultação do cadáver com o objetivo de apagar toda impressão material do crime e de buscar a impunidade daqueles que os cometeram. É um fenômeno diretamente ligado ao encobrimento e à destruição de provas.

Dadas as características desse delito, a Corte tem admitido, além da prova testemunhal ou documental, também a prova circunstancial, fundada em indícios e presunções, quando deles possam ser inferidas conclusões consistentes sobre os fatos.

No julgamento do caso Blake contra a República da Guatemala, a Corte reiterou ser possível que o desaparecimento de um determinado indivíduo seja demonstrado mediante provas documentais indiretas e circunstanciais, somadas às inferências lógicas pertinentes, assim como à sua vinculação a uma prática geral de desaparecimentos.

Essa prova indiciária ou presuntiva resulta de especial importância quando se trata de denúncias sobre o desaparecimento, já que esta forma de repressão caracteriza-se por procurar a supressão de todo elemento que permita comprovar a detenção arbitrária, o paradeiro e o destino das vítimas.

No caso Godínez Cruz contra Honduras, a Corte entendeu não ser necessária uma prova direta que apontasse os causadores do desaparecimento como agentes governamentais, admitindo que bastava uma conjunção de indícios relevantes para fundamentar a presunção judicial.

Esse entendimento aplica-se com perfeição ao caso em tela, pois a presunção da Corte fundou-se no fato de que a vítima era alvo da repressão oficial em Honduras por praticar atividades consideradas ‘perigosas’, houve testemunhos de que esteve detida em mãos de autoridades, deu-se a característica omissão das autoridades no que tange às investigações e prestação de informações e ficou configurada a existência de uma prática estatal (à época) de desaparecimentos forçados.

A semelhança com o presente caso é enorme. Todas as pessoas em questão desapareceram após as investidas estatais visando ao aniquilamento do movimento “subversivo”; há relatos de que muitos foram capturados com vida pelas tropas militares; o Estado tem-se negado reiteradamente a fornecer informações aos familiares ou proceder a sérias investigações sobre o paradeiro das vítimas.

Também constam dos autos cópias de várias cartas que os familiares dos autores enviaram ao longo dos anos em que integraram o movimento revolucionário. Subitamente, as cartas pararam de chegar, cessou-se a comunicação com os familiares que estavam no Araguaia. Somaram-se a isso as diversas informações recebidas sobre o confronto com os militares e o fracasso do movimento guerrilheiro. E o desaparecimento com morte confirmou-se pela continuada ausência que se verificou nos anos posteriores, até os dias de hoje.

Por isso, não há contradição no pedido dos autores quanto a estarem vivos ou mortos seus familiares. A morte é a conclusão lógica dos fatos, e está respaldada pelas normas dos arts. 10 e 482 do Código Civil anterior e arts. 6º e 38 do Código Civil em vigor, que regulam a presunção de morte e a sucessão definitiva, a saber:

Art. 6º – A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-

se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Art. 38 – Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta 80 (oitenta) anos de idade, e que de 5 (cinco) datam as últimas notícias dele.

Como observam os autores (fls. 215), inexistente contradição entre buscar saber o destino de alguém e considerá-lo morto, pois a morte também é destino.

Contudo, repito, há que se ter em mente que a morte aqui é a conclusão lógica que decorre do desaparecimento somado ao fracasso do movimento revolucionário, pois a única coisa que se tem certeza é que o destino dos familiares dos autores é ignorado. O desejo de saber o que lhes aconteceu para assim proporcionar-lhes um desfecho digno é exatamente o que motiva o pedido dos autores.

Ora, é óbvio que os autores prefeririam estar pleiteando a soltura e o reencontro com seus familiares vivos a estar requerendo o sepultamento de suas ossadas.

Portanto, repito, não vislumbro qualquer contradição no pedido da exordial, ao contrário, as incertezas são inerentes ao modo como ocorreram os fatos e decorrem, sobretudo, do não-cumprimento, por parte da ré, das normas a que estava obrigada e relativas aos prisioneiros e aos mortos em combate.

O fato de os autores não terem juntado à inicial prova cabal de que seus familiares estavam mortos não enseja, de forma alguma, o indeferimento do pedido, como tem entendido a jurisprudência internacional nos casos de desaparecimento forçado.

Em casos de desaparecimento forçado, atribuir o ônus da prova exclusivamente aos familiares da vítima é, no mínimo, uma insensatez, levando-se em conta o fato de que uma das principais motivações da prática desse crime é precisamente a intenção de dissimular as provas. Trata-se de um fenômeno diretamente ligado ao encobrimento e destruição de provas.

Com esses fundamentos, tenho por suficiente e consistente o conteúdo probatório dos autos quanto à participação dos familiares dos autores no movimento intitulado Guerrilha do Araguaia, bem como o desaparecimento deles.

Os documentos de identidade entregues ao Deputado Estadual Paulo César de Lima Fonteles e juntados aos autos, já bastante danificados, foram encontrados por um lavrador da região que, ao arar a terra, descobriu-os dentro de uma lata do tipo “leite Ninho”. Eram, ao que tudo indica, de pessoas que teriam atuado naquela região.

Da prova documental e testemunhal restou transparente a existência da prática do Exército de identificar os corpos dos guerrilheiros mortos em combate.

As fotos de fls. 534 e seguintes revelam momentos em que o Exército lida com corpos, embalando-os para, ao que parece, transportá-los. Destaca-se entre elas uma foto (fls. 129) em que jazem quatro corpos, e que, por estarem amarrados, demonstram não serem de membros do Exército.

É imperioso indagar-se das autoridades que reprimiram a guerrilha quem eram tais pessoas e o que foi feito de seus corpos. Em que circunstâncias morreram? Onde estão arquivadas as informações a respeito delas? Tratava-se de guerrilheiros ou de moradores da região?

Não pode o Exército, sob pretexto algum, esquivar-se de prestar tais esclarecimentos, sob pena de confirmar ter atuado na ilegalidade da clandestinidade. Dispositivo legal algum, nem nenhuma situação de risco à segurança nacional, faculta às Forças Armadas o extermínio, a execução sumária, de pessoas de sua própria nação.

É fato que os confrontos ocorreram em regiões inóspitas, em meio à floresta. Tem-se, portanto, que considerar a possibilidade de circunstâncias adversas que poderiam ter impossibilitado às forças militares uma atuação escorreita, dentro dos ditames legais do Estado de Direito, no que tange ao sepultamento e identificação de corpos.

Porém, mesmo a ocorrência de tais circunstâncias deve ser relatada aos familiares das vítimas em pormenores, uma vez que é direito deles saber o que realmente aconteceu.

Contudo, é totalmente improvável que circunstâncias adversas extremas tenham inviabilizado uma lícita atuação militar durante todo o tempo em que se combateu a guerrilha (aproximadamente três anos). Só se admite considerá-las em casos excepcionalíssimos, os quais cabe à ré relatar; a menos que pretenda comprovar ter atuado o tempo todo em clandestinidade tão equânime à dos guerrilheiros, não há como negar a existência (e observância) de regras oficiais no tocante à apresentação de relatórios por parte dos soldados combatentes a seus superiores. Nem tampouco pode a ré alegar terem as forças oficiais descumprido, durante todas as campanhas, as normas quanto ao recolhimento de feridos e sepultamento dos mortos.

É impossível sustentar que em operações militares envolvendo um contingente de alguns milhares de soldados destinados a combater uma tímida, esmirrada aglomeração de guerrilheiros (segundo o próprio comando do movimento, este era formado por três destacamentos contendo 23 indivíduos cada) tivesse o Estado, em todas as campanhas de cerco e aniquilamento (fls. 406), perdido o controle da situação e ficado incapacitado de proceder de forma regular.

Até porque a verdade dos fatos é bem outra. É notório que a guerrilha foi dizimada, como bem atestam declarações de autoridades militares. Mesmo que tantas comprovações não existissem a esse respeito, o desaparecimento dos guerrilheiros em si mesmo atesta o insucesso do movimento.

Infere-se das provas constantes dos autos que guerrilheiros vivos estiveram em poder do Exército, que os aprisionou, interrogou, e agora se recusa

a dizer como ou porque tais pessoas desapareceram.

Provas concludentes em desfavor da ré são os depoimentos, a fls. 154/156, que atestam a captura dos guerrilheiros *Áurea Valadão* e *Daniel Callado* ainda vivos, tendo estes desaparecido após terem sido vistos em cativeiro.

Conclui-se, ainda, do exame dos autos, que corpos de guerrilheiros mortos também estiveram em poder do Exército, como atesta o depoimento de José Genuíno a fls. 567 em relação a Bergson Gurjão Farias; que o Exército os fotografou e mostrou as fotografias aos depoentes quando presos (fls. 557, 584v, 586, 588 e 590).

Inevitável indagar: e o que aconteceu a esses corpos? Corpos sem vida não podem andar, nem desaparecer por conta própria. Muito menos prisioneiros desaparecem no ar. É imperioso, portanto, que se proceda ao esclarecimento das circunstâncias relativas ao desaparecimento dessas pessoas.

É impreterível que a ré responda a muitas outras perguntas: quais as pessoas que foram presas durante o transcorrer da Guerrilha do Araguaia; que destino elas tomaram, para onde foram aqueles presos com vida; qual é a identificação dos guerrilheiros mortos em combate; onde foram enterrados seus corpos?

Da análise dos autos deduz-se também que minuciosa investigação sobre a guerrilha foi levada a cabo pelo Exército, tendo sido elaborado um organograma contendo nomes e retratos dos guerrilheiros, identificando, inclusive, aqueles que já haviam sido mortos.

Com esses fundamentos, testifico a suficiência de prova em relação ao desaparecimento forçado dos familiares dos autores e a responsabilidade da ré no triste episódio.

Ademais, de ser registrado – por oportuno –, o reconhecimento oficial dos fatos que tratam estes autos.

Em 1995 foi aprovado projeto instituindo a Lei 9.140, que estabeleceu um rol de pessoas consideradas mortas (136 pessoas) por terem participado, ou acusadas de participação, em atividades políticas, durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e, por esse motivo, teriam sido detidas por agentes públicos, achando-se desaparecidas.

Em decorrência disso, criou-se a Comissão Especial, vinculada ao Ministério da Justiça, que, entre outras funções, buscava identificar pessoas desaparecidas não-listadas e que tivessem falecido por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas.

Tem-se, na edição dessa lei e no procedimento ali estabelecido, o reconhecimento expresso por parte do Estado da existência de uma política de desaparecimentos forçados destinada a minar dissidentes políticos durante a ditadura militar.

Alguns autores tiveram o desaparecimento de seus familiares reconhecido e receberam indenização.

Todavia, não há que se falar em perda do objeto da presente ação em relação àqueles que foram contemplados pelo procedimento da Lei 9.140/95,

por tratar-se de postulações totalmente diversas.

Aqui se pleiteia o exercício do direito à informação, à verdade, bem como o exercício dos direitos abarcados pelo princípio do respeito à tradição de cultuar os mortos. Lá se buscava apenas o recebimento de uma indenização em face do sofrimento causado aos familiares pela truculência das forças militares do Estado.

Do sofrimento das famílias

Não me permito desconsiderar o sofrimento que acomete as pessoas que perdem um familiar em situação tão desumana. A intensa dor que a morte provoca agrava-se em situações como as vividas pelos autores, que tiveram, simultaneamente, mais de um familiar desaparecido na guerrilha.

Somada à dor da perda tem-se aqui a angústia de conviver com os efeitos do desaparecimento forçado dos entes queridos, o destino ignorado, a opressão de um silêncio fabricado.

A esse respeito, pertinente é o entendimento jurisprudencial internacional, como no caso *Caballero Delgado contra Colômbia*, em que a Corte Interamericana vislumbra, nos casos de desaparecimentos forçados, uma extrapolação das conseqüências do crime, em que se atenta não só contra os desaparecidos, mas também contra seus familiares. Nesse caso, determinou-se o pagamento de justa indenização aos familiares das vítimas e o ressarcimento dos gastos com os procedimentos internos que visaram encontrar os restos mortais.

Temos ainda o caso *Neira Alegria e outros contra o Estado do Peru*, em que se considerou necessário indenizar as famílias pelo sofrimento moral. Ou ainda, como o já citado caso *Velásquez Rodríguez*, no qual foram considerados os efeitos psíquicos ocasionados pela violação dos direitos, tendo-se constatado o sobressalto, a angústia, a depressão e o retraimento dos familiares.

No caso *Blake* reconheceu-se a violação à integridade física e psíquica dos familiares da vítima, entendendo que as circunstâncias do desaparecimento geraram sofrimento e angústia, além de um sentimento de insegurança, frustração e impotência perante a abstenção das autoridades públicas em investigar os fatos.

Além disso, considerou-se que a incineração dos restos mortais do Sr. *Nicholas Blake*, realizada pelos patrulheiros civis por ordem de um integrante do Exército da Guatemala, com a finalidade de destruir todo rastro que pudessem revelar o seu paradeiro, intensificou o sofrimento dos familiares e atentou contra os valores culturais prevaletentes na sociedade da Guatemala, e transmitidos de geração para geração, quanto ao respeito devido aos mortos.

A indefinição quanto ao paradeiro das vítimas, gerada pelo desaparecimento forçado, priva os familiares da proteção do direito. Eles têm sua vida transtornada, atormentada, sua integridade psíquica e moral agredida.

Como sustenta o ilustre Juiz-Presidente da Corte Interamericana, Antônio Augusto Cançado Trindade, no voto proferido no julgamento do caso Blake:

“Aqui reside, a meu ver, a contribuição da sentença da Corte Interamericana para o desenvolvimento do tratamento jurisprudencial do delito de desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que dê precisão à posição dos familiares do desaparecido como titulares dos direitos protegidos pela Convenção Americana. Em uma situação contínua, própria do desaparecimento forçado de pessoas, as vítimas são tanto o desaparecido (vítima principal), como os seus familiares; a indefinição gerada pelo desaparecimento forçado priva a todos da proteção do direito. Não há como negar a condição de vítimas também aos familiares do desaparecido, que têm o cotidiano de suas vidas transformado em um verdadeiro calvário, no qual as lembranças do ser querido misturam-se ao tormento permanente do seu desaparecimento forçado. No meu entender, a forma complexa de violação dos múltiplos direitos humanos que representa o delito de desaparecimento forçado de pessoas tem como consequência a ampliação da noção de vítima de violação dos direitos protegidos.”

Do respeito aos mortos: O direito ao sepultamento

O respeito aos mortos está consagrado, no plano internacional, nos dispositivos das convenções de Genebra, que integram o ordenamento jurídico do Direito Humanitário.

Celebradas em 12 de agosto de 1949, as quatro Convenções foram assinadas pelo Brasil em 8 de dezembro do mesmo ano e aprovadas pelo Decreto Legislativo 35, de 12 de setembro de 1956, publicadas no *Diário Oficial* de 13 de setembro do mesmo ano e promulgadas pelo Decreto 42.121, de 21 de agosto de 1957.

Assim, a I Convenção de Genebra para a Melhoria das Condições dos Feridos e dos Enfermos das Forças Armadas em Campanha reflete em seu texto o cuidado no trato com os mortos, ao estabelecer, no art. 4º, que as disposições da convenção aplicam-se também aos mortos que forem recolhidos.

Esse cuidado também se vê no art. 15, que estabelece para as partes em conflito a obrigação, em qualquer ocasião, mas particularmente após um combate, de procurar os mortos e impedir que estes sejam despojados.

Já o art. 16 estabelece que as partes em conflito deverão registrar, com a maior brevidade possível, todos os elementos que servirem para identificar os feridos, enfermos e mortos da parte adversária caídos em seu poder.

O art. 17 cria para as partes em conflito a *obrigação de providenciar para que os mortos sejam cremados ou enterrados*, se possível, individualmente. Que tal seja precedido de um cuidadoso exame dos corpos, se possí-

vel, por um médico, a fim de constatar a morte, *estabelecer a identidade e permitir a prestação de contas*. Os Estados em combate estão obrigados a organizar um serviço funerário oficial, a fim de permitir eventuais exumações, *assegurar a identificação dos cadáveres seja qual for a localização das sepulturas* e seu eventual regresso ao país de origem.

Vê-se assim, que o Direito Internacional, à época dos confrontos na região do Araguaia, já disponibilizava diversas normas relativas ao trato dos mortos em conflito armado. A essas normas estava obrigado o Estado brasileiro, signatário das quatro Convenções de Genebra.

Não se pode alegar aplicação exclusiva das normas das convenções de Genebra a conflitos armados de caráter internacional, uma vez que o art. 3º, comum a todas elas, destina-se a regular os conflitos armados de caráter não internacional que ocorram em território de uma das nações contratantes.

Esse artigo fixa uma pauta mínima de humanidade a ser observada mesmo nos conflitos de caráter interno e proíbe, expressamente: os atentados à vida e à integridade física, em particular o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios, as ofensas à dignidade das pessoas, as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído.

Mesmo que não tivesse este teor o art. 3º, os princípios gerais de Direito e a analogia bastariam para estender a aplicação das normas das convenções aos conflitos internos. Se em uma situação extrema como a guerra entre duas nações soberanas, os Estados se vêem obrigados a garantir direitos fundamentais dos cidadãos da nação inimiga, porque não o estariam quanto aos direitos inderrogáveis e inalienáveis de seus próprios cidadãos?

No âmbito do Direito interno, os agentes do Estado brasileiro também estavam obrigados a respeitar os mortos. O Código Penal destina um capítulo à tipificação dos crimes contra o respeito aos mortos e estabelece, no art. 209, pena de detenção de um mês a um ano, ou multa, a quem impedir ou perturbar enterro ou cerimônia fúnebre.

Assim como nos demais arts. do Capítulo II do Título V do Código Penal, em especial os arts. 211 e 212 que tipificam a ocultação e o vilipêndio a cadáver, o que se vê tutelado é o sentimento de respeito aos mortos.

Por sua vez, a Lei de Registros Públicos estabelece, no tocante aos óbitos de membros das forças armadas:

“Art. 85. Os óbitos, verificados em campanha, serão registrados em livro próprio, para esse fim designado, nas formações sanitárias e corpos de tropas, pelos oficiais da corporação militar correspondente, autenticado cada assento com a rubrica do respectivo médico chefe, ficando a cargo da unidade que proceder ao sepultamento o registro, nas condições especificadas, dos óbitos que se derem no próprio local de combate.

Art. 86. Os óbitos a que se refere o artigo anterior, serão publicados em boletim da corporação e registrados no registro civil, mediante relações

autenticadas, remetidas ao Ministério da Justiça, contendo os nomes dos mortos, idade, naturalidade, estado civil, designação dos corpos a que pertenciam, lugar da residência ou de mobilização, dia, mês, ano e lugar do falecimento e do sepultamento para, à vista dessas relações, se fizerem os assentamentos de conformidade com o que a respeito está disposto no art. 67.”

O princípio da igualdade de todos perante a lei obriga que se dê a todos os cidadãos o mesmo tratamento. Assim, em combate de caráter não internacional, como foi o da Guerrilha do Araguaia, está o Estado obrigado a proceder de uma só maneira com os mortos membros da força oficial e com os mortos que eram integrantes da guerrilha.

A LRP também disciplina o trato dado aos mortos em prisões e outros estabelecimentos públicos:

“Art. 87. O assentamento de óbito ocorrido em hospital, prisão ou outro qualquer estabelecimento público será feito, em falta de declaração de parentes, segundo a da respectiva administração, observadas as disposições dos arts. 81 a 84; e o relativo a pessoa encontrada acidental ou violentamente morta, segundo a comunicação, *ex officio*, das autoridades policiais, às quais incumbe fazê-la logo que tenham conhecimento do fato.”

Mesmo que disposições normativas referentes aos mortos não existissem, o direito outorgado à família de sepultar seus mortos e chorá-los segundo seu credo religioso é desmembramento do valor maior de devotar respeito aos que feneceram, integrante este dos princípios gerais do Direito.

Considerando o amplo alcance das obrigações do Estado no que tange aos direitos fundamentais, tem-se que é enorme o rol de medidas possíveis de serem tomadas pelo Estado a fim de dar cumprimento à obrigação de respeitar e garantir direitos humanos, que vão variar conforme o direito a que se referem e as circunstâncias de cada caso.

A indenização dos familiares das vítimas representa uma parcela muito pequena dessa obrigação. Há muito mais a ser feito para reparar graves violações de direitos humanos, como demonstram, entre outros, os exemplos da Argentina, do Chile, da África do Sul.

Na Argentina foram criados instrumentos processuais, como a declaração de ausência por desaparecimento forçado, e administrativos, como o Banco Nacional de Dados Genéticos. Já no Chile, além da instauração da Comissão sobre a Verdade e Conciliação, instituiu-se o pagamento de pensões aos familiares das vítimas, bem como de benefícios médicos e educacionais. Na África do Sul, notório foi o trabalho da Comissão de Verdade e Reconciliação que, envolvendo diversos setores da nação africana, determinou a execução das mais variadas obrigações, desde retratações públicas e homenagens póstumas à construção de escolas e pagamento de indenizações, todas medidas de caráter reparatório.

No que concerne especificamente aos desaparecimentos forçados, as famílias dos desaparecidos do Suriname, integrantes da tribo Saramaca, no caso Aloeboetoe (Corte Interamericana) requereram do Estado a adoção de

várias medidas não pecuniárias, tais como: que o presidente do Suriname se desculpasse publicamente pelos assassinatos; que o governo desenterrasse os cadáveres das seis vítimas devolvendo-os às respectivas famílias; que a um parque, praça ou rua fosse dado o nome da tribo Saramaca; que o governo procedesse a criteriosa investigação sobre os assassinatos, punindo os criminosos.

Em outra ocasião, caso Neira Alegria contra o Peru, a Corte Interamericana entendeu que o governo está na obrigação de fazer todo o esforço possível para localizar e identificar os restos das vítimas e entregá-los aos seus familiares. O mesmo ocorreu no caso Castillo Paez, em que a Corte também determinou ao Estado do Peru que entregasse os restos mortais aos familiares das vítimas.

A entrega dos restos mortais das vítimas aos familiares, a fim de que possam ser dignamente sepultados, e o fornecimento das informações sobre a morte devem constar do rol das medidas internas de otimização dos direitos humanos, capazes de dar cumprimento à obrigação estatal.

No que diz respeito ao confronto armado, o Estado brasileiro também violou normas de caráter internacional a que estava obrigado. E são elas as constantes da III Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra.

Esse documento estabelece diversas normas de proteção aos prisioneiros, conceituando como prisioneiros, entre outros, os membros de movimentos de resistência organizados.

Em nenhum momento está a parte vitoriosa autorizada a executar sumariamente os inimigos capturados. Ao contrário, todo o documento destina-se a proclamar o direito que os prisioneiros de guerra têm de serem tratados com humanidade, proibindo e considerando como *infração grave* à convenção todo ato ou omissão ilícita *pela parte vitoriosa* que tenha como conseqüência a morte, ou ponha em grave perigo a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder.

Entre outros, aplicam-se as proteções ao direito à integridade física, o direito ao respeito à pessoa humana, o direito à honra, o direito à proteção contra atos de violência ou de intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública, bem como são proibidas quaisquer outras medidas de represália contra os prisioneiros de guerra.

Não é o fato de o movimento ter caráter de contestação da estrutura vigente que autoriza seus oponentes/combatentes a cometerem atrocidades. Por isso, estão amparados pelos direitos de guerra movimentos populares como o da Guerrilha do Araguaia.

Mesmo que o Estado queira esquivar-se do cumprimento de normas internacionais a que estava obrigado à época dos confrontos, não pode fazê-lo em relação ao ordenamento interno vigente. As normas existentes à época já preconizavam garantias para as pessoas detidas e acusadas.

Do acesso às informações militares

Uma das conseqüências do processo de democratização da nação brasileira foi o fato de que as liberdades e direitos fundamentais assumiram posição de primazia em relação aos direitos do Estado.

Entre diversas outras garantias fundamentais, a Constituição Federal proclama o direito de todo cidadão a receber dos órgãos públicos informações que sejam de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Essas informações deverão ser prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A parte inicial desse dispositivo, art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, tem aplicação imediata ao caso em exame, uma vez que os autores também pleiteiam o acesso às informações mantidas pela ré sobre seus familiares.

Cumprе ressaltar que a hipótese dos autos não se enquadra na ressalva do referido dispositivo, pois não há que se falar em risco algum à segurança da sociedade e do Estado decorridos trinta anos dos primeiros confrontos.

Há, sim, que se falar em risco à construção de um Estado democrático garantidor dos direitos e liberdades fundamentais de seus cidadãos na recusa da ré em fornecer tais informações.

Até porque, não revelar as circunstâncias em que se deram os desaparecimentos, detalhando os fatos e suas motivações a fim de que possam ser descobertos os paradeiros das vítimas ou encontrados seus restos mortais, é fazer durar a ausência que tortura os familiares; corresponde a auxiliar aqueles que cometeram os delitos, fazendo perfeitos os seus crimes.

Por ocasião do julgamento do caso Castillo Paez contra o Peru, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que, na hipótese de que dificuldades de ordem interna impedissem identificar os indivíduos responsáveis pelos delitos do desaparecimento forçado, subsiste o direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi o seu destino e, conforme o caso, onde se encontram seus restos.

Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu ter o Peru infringido o direito à verdade e à informação, devido ao desinteresse do Estado em esclarecer os fatos apurados neste caso.

O direito de resgatar a verdade dos fatos ultrapassa as pessoas dos familiares e alcança toda a sociedade, a qual não interessa que tais barbáries sejam reproduzidas.

Ademais, tenho por concludentes as últimas provas acostadas aos autos quanto à existência de informações militares detalhadas sobre os fatos em análise, das quais infere-se o seguinte:

1. Se ao Ministro da Marinha é possível relatar, porque consta dos arquivos do Ministério, que Gilberto Olímpio Maria e Guilherme Gomes Lund foram mortos em 25 de dezembro de 1973 é porque forças militares tiveram acesso aos seus corpos (fls. 832), tanto que seus familiares receberam inden-

zação a título reparatório por força da Lei 9.140/95 (fls. 782);

2. Se pode relatar que Hélio Luiz Magalhães Navarro foi preso gravemente ferido e morto em 14 de março de 1974, conclui-se que seu óbito ocorreu quando em poder das forças militares (fls. 832);

3. Se pode informar que Idalísio Soares Aranha Filho foi morto por ter resistido ferozmente é porque existem informações a respeito desse confronto e das circunstâncias em que se deu sua morte (fls. 832).

Ademais, tenho plena convicção de que o insucesso dos trabalhos conduzidos pela Comissão Especial do Ministério da Justiça, em que pese seus esforços, posto que conseguiram descobrir apenas duas ossadas passíveis de pertencerem a guerrilheiros (fls. 848), deveu-se à ausência de informações precisas, mantidas sob sigilo pelas forças armadas, que entendo capazes de conduzir à localização dos corpos.

À época do ajuizamento da presente ação, o cenário político brasileiro era de instabilidade, tendente ao término da ditadura militar e ao início do processo de democratização. Felizmente, hoje, mais de vinte anos depois, embora haja instabilidade política, econômica e social no cenário nacional, o ataque às garantias e liberdades individuais não permeia deliberadamente as políticas públicas.

Ao contrário, o respeito à dignidade da pessoa humana assumiu lugar de destaque no discurso político nacional.

O texto da Carta Política de 1988 retrata a ruptura com o regime autoritário, constituindo-se no marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, já que atribui aos direitos e garantias fundamentais relevância extraordinária.

O valor da dignidade humana, içado ao posto de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III) impõe-se como parâmetro a orientar o trabalho do intérprete do Direito, bem como expande-se para além do universo constitucional e influencia todo o ordenamento jurídico pátrio.

Ilustra essa evolução a adoção do Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovado pelo Ministério da Justiça em conjunto com diversas organizações da sociedade civil. O programa pautou-se pelas diretrizes da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993.

Esse programa destina-se a proteger a existência humana com medidas de combate ao arbítrio e à impunidade, estancando a banalização da morte, a violência contra os cidadãos (inclusive a decorrente da máquina do Estado) e a prática do extermínio.

Na esteira dessa evolução social, cultural, política, faz-se imperioso o deferimento do presente pleito, uma vez que os autores e seus familiares foram vítimas de gravíssimas violações de direitos humanos, todas abarcadas pela prática do delito complexo do desaparecimento forçado de pessoas: foram vítimas de extermínio sumário, não tiveram acesso a nenhuma das

garantias asseguradas aos acusados e, ao que tudo indica, tiveram seus restos mortais violados, profanados e ocultados.

A hedionda prática do desaparecimento forçado de pessoas é consequência do desenfreado arbítrio de um Estado autoritário e voraz no ataque à dignidade da pessoa humana. Um modelo de Estado em que a sociedade brasileira luta fervorosamente para não ver reproduzido, e cujo repúdio incumbe a todos os cidadãos, mormente aos aplicadores do Direito.

Os múltiplos direitos ofendidos pela prática do desaparecimento forçado (o direito à vida, à integridade física etc) não podem ser reparados. São, por natureza, não restituíveis.

Mas podem ser contemplados o direito à verdade dos fatos, aos restos mortais para um sepultamento digno, medidas necessárias para que se dê o reconhecimento da dignidade inerente à pessoa humana.

Contemplação que se faz urgente, não apenas em honra àqueles que se foram e consideração aos familiares presentes, mas também como um legado para as gerações que virão, posto que estas têm direito a uma memória integral capaz de auxiliá-las a não cometerem os mesmos enganos.

Ante o caráter essencialmente vivo e mutante da dinâmica social, não pode o aplicador do direito quedar-se surdo às exigências que lhe são feitas, sob pena de dar à lei uma finalidade que não lhe é própria, engessando, imobilizando as manifestações da própria vida. É necessário dar à lei uma aplicação humana e socialmente útil.

O deferimento do presente pedido é medida que reputo atender aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum consubstanciadas na persecução da justiça e da equidade; faz aplicar ao caso concreto o princípio de respeito à dignidade da pessoa humana que informa as normas positivas de caráter constitucional; tem em conta as profundas transformações por que passou a sociedade brasileira nas últimas décadas.

Cabe ao intérprete do Direito promover a aproximação entre o sistema interamericano de proteção de direitos humanos e a prática institucional brasileira, numa tentativa de minimizar o abismo existente entre eles.

Nesse sentido é que foi firmado, aos 12 de junho de 2000, o Termo de Cooperação Técnica entre o Superior Tribunal de Justiça e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a adesão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 28 de novembro de 2000, cujo objetivo é o de desenvolver ações no campo dos Direitos Humanos.

Em particular, merece menção a letra *h* da Cláusula Primeira do Termo, que estabelece como objeto do acordo “promover a difusão de documentos, decisões e jurisprudência da CIDH no âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário”.

Lembrando que todos os casos citados no presente arrazoado foram submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela própria comissão, a alusão a eles como fundamento jurisprudencial/doutrinal da decisão em

tela reveste-se da maior pertinência, bem como atinge os fins colimados no referido acordo.

Tendo em vista as inúmeras provas carreadas aos autos, bem como os antecedentes jurisprudenciais internacionais e o respaldo doutrinário, tenho por possível, materialmente exequível e pertinente o pedido dos autores.

Com esses fundamentos, testifico que os familiares dos autores foram mortos e “desapareceram” pela ação dos prepostos da ré na região do Araguaia, bem como que a ré detém as informações necessárias ao estabelecimento da verdade quanto ao desaparecimento dessas pessoas, mais ainda, ser capaz de indicar os diversos locais em que se encontram seus restos mortais.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para determinar:

1. a quebra de sigilo das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia;

2. à ré que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, informe a este Juízo onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores, mortos na Guerrilha do Araguaia, bem como para que proceda ao traslado das ossadas, o sepultamento destas em local a ser indicado pelos autores, fornecendo-lhes, ainda, as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito;

3. à ré que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, apresente a este Juízo todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à guerrilha, incluindo-se, entre outras, aquelas relativas aos enfrentamentos armados com os guerrilheiros, à captura e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos, aos procedimentos de identificação dos guerrilheiros mortos quaisquer que sejam eles, incluindo-se as averiguações dos técnicos/peritos, médicos ou não, que desses procedimentos tenham participado, as informações relativas ao destino dado a esses corpos e todas as informações relativas à transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas.

Para o integral cumprimento desta decisão determino à ré que, sendo necessário, proceda à rigorosa investigação, no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhado das operações realizadas na Guerrilha do Araguaia, devendo para tanto intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer operações, independentemente dos cargos ocupados à época, informando a este Juízo o resultado dessa investigação.

Ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias sem o cumprimento integral desta decisão, condeno a ré ao pagamento de multa diária que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Custas em ressarcimento.

Verba honorária pela ré, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Sentença sujeita ao reexame necessário. (fls. 1.323/1.360)

II

Na peça inicial desta demanda, os autores formulam, com base nos arts. 287 e 632 do CPC, seu pedido imediato, nestes termos:

Pretendem os autores, por via da presente ação, seja a ré compelida a lhes indicar a sepultura de seus parentes, de modo que possam ser lavrados os competentes atestados de óbito e serem trasladados os corpos e fornecido o Relatório Oficial do Ministério da Guerra, datado de 5 de janeiro de 1975, sob pena de arcar a ré com multa diária de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros). (fls. 11).

E, na dimensão deste pedido, afirmam que “*também, seria confortador conhecer as circunstâncias em que as mortes se operaram, para que não seja fragmentada a história de suas vidas*” (fls. 20).

Justificam suas pretensões, dizendo que “*mais torturante do que uma certeza triste é a dúvida duradoura, que a cada dia renova a dor e a agiganta. E essa dor ganha relevo e cor, quando os que são por ela atormentados se sentem impotentes para desfiar o cipoal de incertezas que os aflige*” (fls. 20).

Assim, “*pretendem os destinos de filhos e irmãos, que, notoriamente, participaram da guerrilha de Xambioá é dar-lhes sepultura digna e conhecida*” (fls. 20).

Por último, afirmam que “*é sabido existir Relatório Oficial que, datado de janeiro de 1975, consta como marco final do movimento guerrilheiro e que, por certo, tem a instruí-lo o nome e a qualificação de todos que do movimento participaram, do lado adversário*” (fls. 20).

E, por isso, “*justo é pedir a localização dos corpos, para que sejam trasladados e endereçados à sepultura próxima dos parentes vivos, em uma atitude de respeito aos vivos, a quem assiste o direito de velar seus mortos*” (fls. 20).

Este é o pedido dos autores, na sua dimensão fática, histórica, moral, psico-sentimental, cívica, cultural e religiosa, perfeitamente cabível nas comportas de uma ordem jurídica, que se presta à construção de um Estado Democrático de Direito e de Justiça.

Nesta dimensão, o pleito dos autores fora autorizado por acórdão unânime da colenda Primeira Turma deste egrégio Tribunal, já com trânsito em julgado, e assim redigido:

Constitucional e Processual Civil. Possibilidade jurídica do pedido dos familiares de pedir informação sobre local de sepultamento de seus parentes falecidos. Aplicação do costume na ausência de lei escrita (art. 4 da LICC). Direito subjetivo público do indivíduo sepultar e homenagear seus mortos, segundo sua crença religiosa. Direito da parte à prova. Documento sigiloso.

I. Embora não exista lei expressa que obrigue a quem quer que seja revelar o local de sepultura de pessoas falecidas, o juízo deve, na omissão da lei escrita, julgar o caso conforme analogia, o costume e os princípios gerais do Direito. (art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil).

II. Toda pessoa tem o direito subjetivo público de crer – crença religiosa – ou de pensar – convicção política. A Constituição Federal, no art. 5º, VIII, assegura que ninguém será privado de direitos por motivos religiosos, filosóficos ou políticos, podendo crer e pensar no que quiser, ao mesmo tempo que garante a manifestação pública da fé e convicções.

III. É imemorial o costume religioso dos povos de prantear e sepultar seus mortos.

IV. Por toda a parte o sentimento religioso e o respeito aos mortos são valores éticos-sociais que se assemelham. A homenagem e o respeito que se dedica aos mortos tem um fundo religioso; e uma manifestação de religiosidade. O Estado deve proteger esse sentimento de piedade e reverência que os mortos suscitam.

V. Os autores não podem ser privados do direito natural de sepultarem e cultuarem seus mortos em razão da ideologia política que esses professavam, quando vivos.

VI. “Se a pretensão dos autores depende de produção da prova requerida, esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação de justiça.” (STJ – 3ª Turma – REsp – DJU 24/06/91).

VII. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte (art. 24 da Lei 8.159, de 08/01/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados).

VIII. Apelação provida. Sentença reformada. (AC 89.01.06733-1/DF, 1ª Turma. TRF-1ª Região, julgado em 17/08/93, Rel. Juíza Selene Almeida).

Na lucidez de seu douto voto, a ilustre Juíza Relatora manifestou-se nesta fala:

Creio que o simples reconhecimento de que o Direito positivo é contrário ao Direito natural não basta de *per si* para o abolir. Exista a lei escrita ou não, os autores têm o direito de saberem onde estão seus mortos e dar-lhes uma sepultura cristã. Há uma lei que se sobrepõe ao Direito dos homens, que é o respeito aos mortos, quaisquer que seja sua nacionalidade, raça, credo político e religioso. No caso, não interessa saber qual a ideologia política dos mortos ou se era uma mentira o que acreditavam. Todas as ideologias que surgiram no decorrer dos tempos nasceram sob o signo da transitoriedade. Só a liberdade é o único valor imperecível da História. Merecem respeito porque morreram pelo que acreditavam e ninguém morre por causa de uma mentira, sabendo que era uma mentira.

Mas não é necessário se recorrer ao Direito natural para a solução da controvérsia. Basta que se atente ao que dispõe nosso Direito legislado.

Os autores não estão invocando a tutela jurisdicional, formulando pedido não admitido no Direito objetivo.

O texto legal que sustenta juridicamente *res in iudicium deducta* é a norma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

O direito dos autores de saberem onde estão seus mortos e lhes dar sepultura tem fundamento em antiqüíssimo costume da história da civilização ocidental, como aponta a inicial:

A literatura clássica pagã mostra que os gentios e cristãos se afinavam no proclamar o direito dos mortos à sepultura adequada e conhecida.

Creonte baixara édito, negando a Polínice o direito à sepultura, proibindo aos cidadãos que encerrassem seu corpo em um túmulo e sobre este derramassem suas lágrimas.

Isto porque Polínice, que era tebano, lutara contra Creonte, que governava Tebas, morrendo nesta pugna.

Antígone enfrenta o édito e o desrespeita, dando túmulo ao irmão, e diante de Creonte enfrenta destemerosa sua ira e apresenta as razões de seu ato, e na sua justificativa estão contidos, na opinião dos mais abalizados intérpretes, os mais belos versos que Sófocles produziu:

‘Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal direito entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que por isso me venham a punir os deuses! Que vou morrer, eu bem sei, é inevitável; e morreria mesmo sem a tua proclamação. E, se morrer antes do meu tempo, isso será, para mim, uma vantagem, devo dizê-lo! Quem vive, como eu, no meio de tão lutuosas desgraças, que perde com a morte? Assim, a sorte que me reservas é um mal que não se deve levar em conta; muito mais grave que não se deve levar em conta; muito mais grave teria sido admitir que o filho da minha mãe jazesse sem sepultura; tudo o mais me é indiferente!

Se te parece que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de loucura!?’.

No lapidar, poético e filosófico trecho, Sófocles antevê que o justo e o legal nem sempre se fraternizam. (fls. 685/686).

Observo, contudo, e guardando o devido respeito à autoridade da coisa julgada, na espécie dos autos, que o belo discurso de Sófocles, na Grécia antiga,

amparava-se, apenas, no Direito natural. Ocorre que a presente demanda encontra abrigo não só nas regras fundamentais do Direito natural, mas, desde o seu ajuizamento, *há mais de 22 anos atrás* (02/02/82 – fls. 2) já existiam normas, *no Direito positivo brasileiro* (Lei 5.869, de 11/01/73, que instituiu o Código de Processo Civil em vigor), determinando que “*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*” (CPC, art. 339), *competindo à parte, comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado, submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária e praticar o ato que lhe for determinado* (CPC, art. 340, incisos I, II e III), *podendo o juiz ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder* (CPC, art. 355), *não admitindo a recusa, se o requerido tiver obrigação legal de exhibir* (CPC, art. 358, I).

E, ainda, estabelece a mesma lei processual civil que *compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito, informar ao juiz os fatos e circunstâncias, de que tenha conhecimento e exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder* (CPC, art. 341, incisos I e II).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, que alcançou em tramitação este processo, estabeleceu a garantia fundamental de que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas, no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*” (CF, art. 5º, inciso XXXIII).

A Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências, além de reafirmar a garantia constitucional do direito de todas a informações, em referência (art. 4º), determina, ainda, que “*poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte*” (art. 24, *caput*), estabelecendo que “*nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo*” (art. 24, parágrafo único), “*ficando sujeito à responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da legislação em vigor, aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente ou considerado como de interesse público e social*” (art. 25).

Pelo visto, *legem habemus*.

A pretensão dos autores, aqui, tem amparo não só nos preceitos sagrados do Direito natural, mas, também, nos comandos cogentes do Direito positivo interno e internacional, pois a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações

internacionais, dentre outros princípios, pelo que determina a prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II).

Em lúcido parecer da lavra do Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, a douta Procuradoria Regional da República, manifestou-se, nestes termos:

(....)

Apela a União a fls. 1.363/1.381. Sustenta que “...em sua parte conclusiva, a sentença impôs obrigações que não correspondem a pretensões dos autores e, por isso, não foram objeto do pedido na ação”, fls. 1.368.

É que, segundo afirma a apelante, “... não consta do pedido inicial a quebra de sigilo das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia; nem, muito menos, a exigência de todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à Guerrilha”, fls. 1.369. Alega, em acréscimo, que “... igualmente não pediram os autores a rigorosa investigação”, “no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhamento das operações realizadas na Guerrilha do Araguaia”, fls. 1.369.

Por esse fundamento, requer “...seja a presente sentença declarada nula, na parte em que o seu dispositivo trata de matéria estranha ao pedido, caracterizando julgamento *ultra e extra petita*”, fls. 1.372. No mérito, aduz que o Estado reconheceu o direito dos familiares de desaparecidos em movimento político ao editar as Leis 6.683/79 e 9.140/95, nas quais “... assumiu que ocorreram excessos e procurou, de forma legal, conciliar e pacificar interesses antagônicos”, fls. 1.380.

Contudo, não obstante a legitimidade da pretensão da parte autora, pondera a União que “incerta (....) é a possibilidade da localização e do encontro de todos os restos mortais dos familiares dos autores” (fls. 1.378), devido à adversidade do meio em que ocorreram os combates armados. Ressalta, inclusive, que diversos guerrilheiros faleceram de fome ou doença, sem qualquer responsabilidade do Estado, fato que dificultaria ainda mais a correta identificação dos corpos.

Conclui, assim, que “... há que ser considerada a hipótese em que, a despeito de todas as diligências determinadas pela sentença, a obrigação nela imposta à apelante – obrigação esta de fazer e de obter determinados resultados – venha a se revelar inviável quanto ao integral resultado pretendido. Isso, em relação a algum, a alguns, ou à significativa parcela dos familiares dos autores da ação”, fls. 1.378.

Dessa forma, como “...tal obrigação se resolveria em termos de impossibilidade da prestação do fato objeto da condenação, não podendo subsistir, diante disso, sequer em tese, a sanção de multa pecuniária infligida à apelante pela sentença apelada”, fls. 1.378/1.379.

Assevera, sob esse aspecto que “... tendo sido a sanção vinculada ao cumprimento integral da sentença no prazo de cento e vinte dias, certo é que não se mostra razoável o estabelecimento dessa condição temporal tão exí-

gua, tendo em vista o decurso de mais de 30 anos desde a morte ou do desaparecimento das pessoas em causa, bem como as circunstâncias em que isso ocorreu”, fls. 1.380.

Postula, enfim, que “... o presente recurso seja conhecido e provido, para o efeito de ser anulada em parte a respeitável decisão recorrida, em face dos julgamentos *extra* e *ultra petita*, bem como da inadmissibilidade da multa sob a condição nela estipulada”, fls. 1.381.

Em contra-razões juntadas a fls. 1.389/1.428, pugna a parte apelada pelo não-conhecimento do recurso, “... por falta de interesse da apelante em recorrer, em face do reconhecimento expresso da legitimidade do pedido dos apelados e a incontroversa veracidade dos fatos que resultaram a demanda’ (fls. 1.390/1.391) e, quanto ao mérito, requer a manutenção da respeitável sentença *a quo*”.

....

A respeitável sentença, contudo, não se limitou, como bem ponderou a União em seu apelo, aos termos do pedido formulado pelos autores, razão por que foi proferida *extra petita*. Basta conferir o dispositivo de fls. 1.359/60, onde se observa, desde o item 1, que as informações tornadas públicas pela respeitável sentença estendem-se “... a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia”.

Do mesmo modo, no item 3 do respeitável julgado, entendeu o MM. juiz de obrigar a União a apresentar “... todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à guerrilha, incluindo-se, entre outras, aquelas relativas aos enfrentamentos armados com os guerrilheiros, à captura e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos quaisquer que sejam eles, incluindo-se as averiguações dos técnicos/peritos, médicos ou não, que desses procedimentos tenham participado, as informações relativas ao destino dado a esses corpos e todas as informações relativas à transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas”.

Ora, é evidente que o objetivo da respeitável sentença foi propiciar aos familiares reais instrumentos para o alcance de seu desiderato, isto é, localizar os despojos de seus entes queridos. Nesse sentido, é também evidente que restringir o acesso exclusivamente aos dados de cada um dos guerrilheiros poderia desaguar na vala comum de sucessivas negativas e evasivas por parte da autoridade estatal o que, pelo que se depreende dos autos, foi no passado postura adotada pelos órgãos de repressão.

Daí o círculo maior de abrangência deferido pela respeitável sentença, o que possibilitará a cada um dos autores acesso a todos os dados relacionados à guerrilha e, dentre eles, àqueles diretamente vinculados ao seu interesse. Tenho, por conseguinte, que a questão não está posta em termos de restringir o dispositivo da respeitável sentença de modo a permitir que os autores tenham acesso apenas aos dados de seus familiares, mas que mesmo na hipótese de acesso irrestrito, tal se dê pela pessoa de cada um dos autores e seus procura-

dores, resguardado o sigilo das informações como um todo.

Razão parcial assiste à União, por conseguinte, pois o que promove a respeitável sentença é a *publicidade* de todos os documentos relacionados à Guerrilha do Araguaia, pedido que, a par de não constar da inicial, é matéria estranha aos autos e não foi suscitada por qualquer das partes durante o processamento do feito.

A União, em seu apelo, não se insurge contra o pedido dos autores no que tange às informações relacionadas aos familiares de cada um deles; insurge-se contra a total publicidade dos dados. Inviável, entretanto, limitar o acesso aos dados apenas aos documentos de cada um dos desaparecidos políticos porque, como dissemos anteriormente, poderíamos desaguar em sucessivas evasivas da autoridade militar, vale dizer, nenhum documento seria encontrado em relação a qualquer dos desaparecidos relacionados nesta ação.

É compreensível que parcelas das Forças Armadas resistam, ainda hoje, na vigência da vida democrática, a confessar e expor excessos cometidos no passado, mas o revolvimento desses fatos é imposição legal, nos termos de diversos diplomas legislativos, dentre eles as Leis 8.159/91 e 9.140/95. O mesmo não se pode exigir dos guerrilheiros que, na perspectiva jurídica, intentaram ação à margem do Estado, isto é, no campo da ilicitude, mesmo que tais ilícitos tenham sido anistiados a bem da redemocratização do País.

Ora, a conduta do cidadão à margem da lei não defere ao Estado direito à igualdade na ilegalidade. O fato de guerrilheiros terem empreendido ação ofensiva aos quadros das Forças Armadas, obtendo inúmeras baixas, não defere aos órgãos de repressão adotar conduta à margem da lei pela singela razão de que o fato da ilegalidade deve ser combatido pelo Estado nos contornos da ordem jurídica constitucional e legal.

Ademais, quanto aos parentes dos autores é ainda mais evidente que não se exigiria dos mortos qualquer tipo de satisfação ou explicação, tampouco lhes poderia ser imposta qualquer punição, pela singela razão de que os mortos não estão sujeitos a direitos ou obrigações. É neste nível que se distingue o julgamento da conduta de ambas as partes: a do guerrilheiro, em sua perspectiva corporal, no âmbito da clandestinidade e da ilegalidade; a do Estado, em sua perspectiva imaterial, no âmbito da ordem constitucional e legal.

Observe-se, a título ilustrativo, que não apenas porque a conduta do detento está sujeita à disciplina das prisões, a rebelião no cárcere defere ao Estado poder sobre a vida ou a incolumidade corporal do insurreto, do que decorre direito a indenização que há muito é reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio e pela jurisprudência. Não se trata aqui, por conseguinte, de estabelecer, após a extinção dos conflitos e da própria ditadura militar, o julgamento unilateral dos vencidos, mesmo porque não houve vencedores nesse funesto episódio e a redemocratização do País foi aspiração nacional que partiu também da caserna.

Daí, o correto deferimento do pleito formulado pelos autores, no senti-

do de terem acesso aos dados estatais relacionados à Guerrilha do Araguaia, o que se cinge ao direito de petição, constitucionalmente assegurado, como bem salientou a respeitável sentença. Ademais, somente o acesso amplo aos dados, mas restrito à pessoa de cada um dos autores, poderá viabilizar a coleta de elementos concretos relacionados a cada um dos desaparecidos, mediante o conhecimento amplo dos eventos e operações militares realizadas durante da Guerrilha sem, contudo, promover a quebra de sigilo, que não foi objeto do pedido inicial e, como dissemos acima, não foi objeto de discussão neste autos.

Por fim, as providências recomendadas pela respeitável sentença a fls. 1.360, isto é, “...proceda a rigorosa investigação, no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhado das operações realizadas na Guerrilha do Araguaia, devendo para tanto intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer das operações, independente dos cargos ocupados à época, informando a este Juízo o resultado dessa investigação”, que caracterizam deferimento *ultra petita*.

A União há de reconhecer que essa providência nada mais é do que decorrência natural da obrigação de indicar a localização dos despojos dos guerrilheiros, resultado que dificilmente será atendido sem ampla e rigorosa investigação de todos os fatos relacionados ao evento. Do contrário, dificilmente a ordem contida na respeitável sentença teria qualquer resultado prático, caso não obrigasse a autoridade estatal a, de imediato, empreender reais esforços para a elucidação do caso. De outra forma, passado o furor causado pela intervenção do Poder Judiciário, tudo voltaria ao campo das evasivas e impossibilidade materiais que, pelo que consta dos autos, tem sido a tônica das investigações até o presente, *data venia*.

Não se trata, portanto, de deferimento *ultra petita*, porque a União não terá outra forma de cumprir a respeitável sentença se não com a instauração de ampla investigação dos fatos, nos moldes estabelecidos pelo MM. Juiz. A imposição de multa, no caso, é decorrência natural da norma específica criada pela sentença que, caso não fosse provida de sanção, não seria hábil a moldar o comportamento da Administração. É também congruente com as demais obrigações impostas, isto é, (1) possibilitar o acesso aos dados em poder do Estado e (2) indicar a localização dos corpos, quando tal fato já for do conhecimento das autoridades.

É nesse sentido que parece acenar, voluntariamente, a União a fls. 1.385 e seguintes, para juntar após a prolação da sentença cópia do Decreto 4.850, de 2 de outubro de 2004, onde determina providências que têm por objeto exatamente a investigação aqui preconizada, embora seu art. 7º fixe prazo mais razoável para a conclusão dos trabalhos. Temos que, por derradeiro, a irresignação da União ficou restrita à multa imposta em caso de descumprimento do prazo de sessenta dias fixados pela respeitável sentença.

Em conclusão, acertada é a solução adotada pela respeitável sentença quando busca o amplo acesso a todos os dados relacionados ao evento histó-

rico, como forma de viabilizar a localização dos despojos dos desaparecidos políticos, cujos parentes constam do pólo ativo desta ação. Correta, também, ao cominar multa para o imediato cumprimento dessa obrigação de fazer.

Equívocou-se, entretanto, *data venia*, ao pretender que esses dados fossem liberados de qualquer tipo de sigilo, vale dizer, tornados ostensivamente públicos, bem como remetidos para a sede do douto Juízo. São dados que, em poder da Administração, devem ser de franco acesso aos autores, para que se viabilize, minimamente, o exercício do direito primário consistente em localizar e sepultar os despojos de seus entes queridos.

Não procedem, por outro lado, *data venia*, as ponderações da União acerca da eventual impossibilidade de localização de qualquer documento ou vestígio dos desaparecidos reclamados nesta ação, o que conduziria à imposição de multa sem qualquer razoabilidade ou proporcionalidade. Ora, o juízo de razoabilidade será exercitado pelo próprio órgão judicante que, caso a caso, ponderará se age a autoridade estatal com a lisura, vigor e transparência que o tema exige. Por outro lado a imposição da obrigação sem qualquer cominação seria o mesmo que traçar um risco sobre a água, *data venia*.

Excelentíssimos Senhores Desembargadores: — a memória da nação não pertence ao Estado; uma sociedade democrática detém direito e poder sobre sua História. Não é justo que documentos oficiais que comprovam ilícitos praticados durante o regime de *exceção* sigam sob *absoluto* sigilo e proteção daqueles que outorgaram a si o título de fiéis guardiões dos atos da ditadura militar, missão esdrúxula que não faz justiça sequer à conduta das Forças Armadas nos tempos atuais.

A publicidade *ostensiva* desses documentos não foi, entretanto, como afirmamos repetidas vezes acima, objeto desta lide; seu deferimento constitui sentença *extra petita*. Daí o provimento parcial do apelo da União. Distinta, entretanto, a questão da imposição de multa em caso de não-conclusão de ampla investigação, preconizada pela respeitável decisão recorrida, que não foi pedida pelos autores, mas é decorrência lógica do comando sentencial, o que afasta sua natureza *ultra petita*. Em síntese, portanto, deve ser mantido o julgamento de total procedência da ação, subtraindo-se da respeitável sentença apenas a parte do dispositivo que excede os termos do pedido formulado na inicial, vale dizer, quebra do sigilo de todas as informações relacionadas à Guerrilha do Araguaia.

De qualquer forma, devem persistir as cominações em relação às demais obrigações fixadas pela respeitável sentença, isto é, (1) indicar a localização dos despojos do guerrilheiros e (2) franquear amplo acesso aos seus familiares de todos os documentos relacionados ao evento.

Por todo o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo provimento parcial do apelo e da remessa, para que a publicidade dos dados relacionados à Guerrilha do Araguaia seja restrita às partes e seus procuradores, mantida a cominação em caso de descumprimento, nos termos postos acima” (fls. 1.443/1.451).

III

A União Federal, em seu recurso de apelação parcial, afirma, categoricamente, que, “*sem negar genérica ou especificamente os fatos e provas em que se baseou a sentença apelada, o recurso busca garantir que sejam estabelecidas pelo egrégio Tribunal Regional Federal, em segunda instância, as pretensões dos autores em seus exatos limites, como expostos na petição inicial da ação que intentaram contra a União*” (fls. 1.367).

Com razão, pois, a douta Procuradoria Regional da República, quando diz que “a União, em sem apelo, não se insurge contra o pedido dos autores, no que tange às informações relacionadas aos familiares de cada um deles; insurge-se contra a total publicidade dos dados. Inviável, entretanto, limitar o acesso aos dados apenas aos documentos de cada um dos desaparecidos políticos porque, como dissemos anteriormente, poderíamos desaguar em sucessivas evasivas da autoridade militar, vale dizer, nenhum documento seria encontrado em relação a qualquer dos desaparecidos nesta ação” (fls. 1.444/1.445).

A apontada evasiva das autoridades responsáveis por estas informações indispensáveis ao atendimento do pleito legítimo dos autores e, assim reconhecido e confessado pela própria União Federal, recorrente, já se materializou, nestes autos, como uma situação ilegal, imoral e abusiva.

Observe-se que a decisão saneadora e irrecorrida de fls. 216/218 destes autos, da lavra do então Juiz Federal, processante, na época (24/09/82), Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, determinou, com força e eficácia de tutela mandamental, “*a requisição oficial, por interesse da Justiça, com prazo de 20 dias, independentemente de sigilo ou segredo militar, no caso inaplicável ao processo civil, da relação dos civis mortos ou recolhidos mortos pelos militares da ré, na região mencionada, e por efeito das atividades desenvolvidas e o destino dos corpos, bem como todos os documentos oficiais ou não, relativos às baixas civis, com indicação da autoridade e responsabilidade pelos referidos textos*”.

A requisição judicial instrumentalizou-se, através do ofício mandamental de fls. 220 destes autos, sem, contudo, lograr efeitos positivos.

No voto condutor do acórdão de fls. 678/701 destes autos, a Juíza Relatora observou que “O jornalista Fernando Antônio Torres Portela (fls. 569-571), autor das reportagens publicadas pelo *Jornal da Tarde* relatou seus contatos com oficiais do Exército que haviam tomado parte nas lutas do Araguaia, recebendo deles “um reconhecimento tácito da veracidade das informações contidas no livro de sua autoria *Guerras de Guerrilhas no Brasil*, e em especial do General Hugo Abreu, um dos comandantes militares que debelaram o conflito.

Tal testemunha também obteve a informação “de que os guerrilheiros mortos eram decapitados para efeito de identificação subsequente” e “que não havia condição para os guerrilheiros enterrarem os seus mortos”.

Importante e significativo testemunho foi dado pelo Advogado Paulo Sérgio Fonteles de Lima, que, como observador da Ordem dos Advogados do Brasil, acompanhou a caravana dos familiares à região do Araguaia em outubro de 1980.

Foi a ele que foram destinadas as cédulas de identidade constantes dos autos, as quais foram encontradas no interior de uma lata que estava enterrada nas terras do lavrador Zico Ferreira.

Por ser advogado de notória fama nesta região, ao depois da caravana, sempre que lá voltava para o desempenho de suas atividades profissionais, a testemunha Paulo Fonteles recebia depoimentos de moradores da região sobre o destino dado aos guerrilheiros:

Que José da Luz declarou também ter visto a guerrilheira de nome Fátima morta, sendo enterrada a 100 metros de um local chamado “oito barracas”, sendo que, a mesma era conduzida por membros do Exército.

....

... Que Adélia declarou que Jorge fora enterrado por militares.

....

... Que também foi ouvida ali outra pessoa de nome Joaquina Ferreira a qual disse ter visto um guerrilheiro identificado como Juca que se sabia tratar-se de João Carlos Haas Sobrinho, o qual fora visto morto na delegacia de Xambioá, e esfaqueado e amarrado de cipós, sendo sepultado no cemitério daquela cidade.

Finalmente, merecem destaque as informações prestadas pela testemunha Elza de Lima Monerat (fls. 591/593), que tinha, na qualidade de dirigente do Partido Comunista do Brasil a incumbência de introduzir na área conflagrada novos adeptos da guerrilha, dentre os quais alguns dos familiares dos autores nesta ação.

Ademais, seu depoimento é de valia em decorrência de também ter sido presa na reunião da Lapa, em São Paulo, em dezembro de 1976, onde o PCdoB discutia o movimento guerrilheiro.

Igualmente, ela reconhece como verdadeiros os documentos “Relatório Arroyo, o de Pedro Pmar e, principalmente, a lista constante a fls. 157/159 onde estão inscritos os nomes verdadeiros dos familiares dos autores, sua origem, profissão e codinomes.” (fls. 693/694)

No voto vogal do eminente Juiz Catão Alves, Sua Excelência destacou a

importância do Relatório da Guerrilha do Araguaia, para a solução da lide, nestes autos, afirmando que “talvez a peça mais importante nesse processo seja realmente esse relatório, onde, quiçá, tenhamos até relação de nomes, ou por apelidos, ou por nomes de guerra, ou até mesmo por alguns outros traços de identificação. Esse relatório é que irá demonstrar se o Exército enterrou algum guerrilheiro ou não enterrou nenhum” (fls. 697).

Através do provimento mandamental de fls. 751 destes autos, com data de 19/10/98, o ilustre Juiz Federal Substituto, Dr. Jaime da Costa Castro, ordenou a intimação da União, para, “no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhar o Relatório da Guerrilha do Araguaia, no que tange à relação dos nomes dos parentes dos autores, na conformidade do venerando acórdão de fls. 700”, sem obter resultado positivo.

Nos termos da decisão mandamental de fls. 814/817, a ilustre Juíza Federal Substituta, Dra. Rosimeyre Gonçalves de Carvalho assinalou o prazo de 30 (trinta) dias à ré, para apresentar o relatório, sob pena de serem reputados verdadeiros os fatos, nos termos do art. 359 do CPC. Observou, ainda, que, a fls. 218, já havia sido requisitado o multimencionado relatório, mas a autoridade (fls. 222) não atendeu à ordem, alegando que os subsídios já estavam em poder da Procuradoria-Geral da República. Assim, o extinto Ministério do Exército não negou a existência do relatório, como faz a AGU.

Em resposta negativa, o representante judicial da União informou, através da petição de fls.820, que não existe o relatório do Araguaia.

Razão, pois, assiste ao nobre representante da Procuradoria Regional da República, quando afirma que “é evidente que o objetivo da respeitável sentença foi propiciar aos familiares reais instrumentos para o alcance de seu desiderato, isto é, localizar os despojos de seus entes queridos. Nesse sentido, é também evidente que restringir o acesso exclusivamente aos dados de cada um dos guerrilheiros poderia desaguar na vala comum de sucessivas negativas e evasivas por parte da autoridade estatal o que, pelo que se depreende dos autos, foi no passado postura adotada pelos órgãos de repressão.

Daí o círculo maior de abrangência deferido pela respeitável sentença, o que possibilitará a cada um dos autores acesso a todos os dados relacionados à guerrilha e, dentre eles, àqueles diretamente vinculados ao seu interesse. Tenho, por conseguinte, que a questão não está posta em termos de restringir o dispositivo da respeitável sentença de modo a permitir que os autores tenham acesso apenas aos dados de seus familiares, mas que mesmo na hipótese de acesso irrestrito, tal se dê pela pessoa de cada um dos autores e seus procuradores, resguardado o sigilo das informações como um todo” (fls. 1.444).

Diante deste contexto processual, em que se registram as inúmeras evasivas das autoridades responsáveis pelas informações judicialmente requisitadas, ao longo do processo, sem nenhum sucesso, até a presente data, não considero a determinação da sentença mandamental, ora, recorrida, no sentido de ordenar “*a quebra de sigilo das informações militares, relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia*”, como sendo *extra* ou *ultra petita*.

A douta juíza singular não contrariou a norma do art. 460 do CPC, proferindo sentença, a favor dos autores, de natureza diversa da pedida (*extra petita*), como a que condenasse, aqui, a União Federal, na justa indenização por danos morais devida aos autores, pela perda irreparável de seus entes queridos, por supostos atos de tortura e sonegação das informações imprescindíveis ao conhecimento das “circunstâncias em que essas mortes se operaram, para que não seja fragmentada a história de sua vidas”, considerando-se que o delito de tortura é hediondo e a imprescritibilidade deve ser a regra, quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática (Recurso Especial 379.414-PR – Rel. Ministro José Delgado – Primeira Turma – STJ – julgado em 26/11/02).

Nem, também, condenou a União Federal em quantidade superior ao que se lhe pedira (*ultra petita*) ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A sentença recorrida, na espécie dos autos, não é condenatória, nem ressarcitória, mas, sim, *de natureza mandamental*, pois a pretensão dos autores tem por objeto o cumprimento de obrigações de fazer, de tolerar e de entrega de coisa pelos agentes administrativos da União promovida, a exigir do Poder Judiciário a concessão de uma tutela específica dessas obrigações e, procedente o pedido, como assim o fora, determinará o juízo as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Os autores pediram o obtiveram, na sentença recorrida, que, no mérito, restou irrecorrida, a tutela mandamental e específica, no sentido de compelir a União Federal, ao *cumprimento da obrigação de fazer a indicação da sepultura de seus parentes, de modo que possam ser lavrados os competentes atestados de óbito e serem trasladados os corpos (obrigação de tolerar) fazendo a entrega do Relatório Oficial do Ministério da Guerra, datado de 5 de janeiro de 1975 (obrigação de entregar coisa certa), sob pena de multa coercitiva, a fim de que possam “conhecer as circunstâncias em que as mortes se operaram, para que não seja fragmentada a história de suas vidas”*.

E, de lege lata, *para a efetivação dessa tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisa, desfazimento de obras e*

impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (CPC, art. 461, §§ 5º e 6º, com redação determinada pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002).

Em alentada entrevista sobre “As Reformas do Código de Processo Civil”, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmou, com inegável acerto, que um dos pontos relevantes da Lei 10.444/02 refere-se aos arts. 461 e 461-A do CPC, *com a extinção do processo autônomo de execução, concernente às obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa.* (In *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 7, ano 15, julho/2003, p. 13).

Na visão doutrinária de Eduardo Talamini, Ovídio Baptista, Kazuo Watanaabe, Guilherme Marinoni e Rogério Aguiar Munhoz Soares, dentre outros, seguindo as pegadas de Andrea Proto Pisani (*Sulla Tutela giurisdizionale differenziata, in Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXIV, 4, p.536), “a distinção entre sentenças condenatórias, mandamentais e executivas requer verifique-se a via pela qual se dará a efetivação da tutela, e essa definição integra o conteúdo do provimento judicial cuja eficácia é realizada. A sentença condenatória conduz ao emprego de mecanismos subrogatórios em processo subsequente; a executiva determina a imediata atuação desses meios subrogatórios, independentemente de novo processo; a mandamental dirige ordem ao demandado, sob pena de adoção de medidas coercitivas” (*in Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3º, do CPC – Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, p. 141; *apud Tutela Jurisdicional Diferenciada – Tutelas de Urgência e Medidas Liminares em Geral – Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2000, p.192*).

No Brasil, o primeiro jurista a tratar da tutela mandamental foi Pontes de Miranda, na afirmação de que “na sentença mandamental, o juiz não constitui: ‘manda’. Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *judicati*. Nas ações executivas de títulos não judiciais, essa mediatidade desaparece, de modo que o ato prima; ainda que se tenha de levar em conta o elemento condenatório, a ação é executiva. Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo –; mas a solução final é ato da parte (solver

o débito). Ou o juiz forçando” (F.C. Pontes de Miranda. *Tratado das ações*. São Paulo, RT, 1970, v. 1, p. 211).

A dimensão da tutela jurisdicional, aqui, prevista, com natureza mandamental, antecipatória ou final, ilumina-se nos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, nos enfoques, a seguir transcritos:

A Reforma pretendeu armar o juiz de poderes muito intensos, destinados a combater a resistência do obrigado em todos esses casos. Transpondo para o Código de Processo Civil o que consta no de Defesa do Consumidor (art. 84), o legislador dispensou inclusive o processo de execução das sentenças que condenem a uma ação ou abstenção. Mitigou sensivelmente a regra de que a competência se exaure com a publicação da sentença de mérito (art. 463), para incumbir o juiz, no processo de conhecimento mesmo, a desencadear todas as medidas necessárias a induzir o demandado a cumprir. Compete-lhe, com vista a esse objetivo, impor *astreintes* ainda que não pedidas na demanda inicial (art. 461, § 4º), além de determinar a remoção ou busca e apreensão de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento (até mesmo material e forçado) de atividades nocivas, etc. inclusive o emprego de *força policial* é expressamente autorizado – sabido que a coerção racional e proporcionada não é incompatível com as garantias liberais do Estado de Direito. Enfim, são imensos os poderes que o juiz deve exercer com o objetivo de motivar o obrigado a cumprir a própria obrigação que causara a condenação ou a produzir o *resultado equivalente* que venha a ser determinado. Bem exercidos, esses poderes serão capazes de produzir resultados melhores que os do processo de execução, e mais rapidamente.

A conversão da obrigação em perdas-e-danos, que em si é portadora de uma meia-justiça, só se admite quando impossível a realização do resultado pretendido ou se o preferir o próprio credor (art. 461, § 1º). À facilidade com que no passado se convertiam em pecúnia as obrigações específicas vem reagindo a doutrina do passado e do presente, residindo no novo art. 461 uma eficiente resposta a esses anseios. Atende-se também à recomendação de que, ‘na medida do que praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’ (Chiovenda).

No quadro geral da reforma e do estado da doutrina que a inspirou, essas novas disposições caracterizam-se como medidas destinadas a afastar óbices relacionados com o quarto dos *pontos sensíveis* enunciados acima, a saber, com a problemática da *utilidade das decisões*. Inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes. Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e dos seus comandos (C.R. Dinamarco. *Tutela jurisdicional. Ensaio (trabalho avulso), inédito*. São Paulo. p. 11/12).

Ora, descumpridos todos os provimentos judiciais, de natureza mandamental, nos prazos estabelecidos, *desde setembro de 1982* (cf. decisão mandamental de fls. 216/218), a ordem da sentença recorrida, no sentido de “*quebra de sigilo das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia*” e outras determinações, ali, contidas, afiguram-se instrumentais ao cumprimento da tutela específica, que a sentença referida outorgara aos autores, no sentido de compelir a União Federal a fazer a indicação das sepulturas de seus parentes mortos, na Guerrilha do Araguaia, possibilitando-lhes o traslado de suas ossadas e o sepultamento desta em local a ser indicado pelos mesmos autores, a fim de que possam lavrar os competentes atestados de óbitos, fornecendo-lhes, também, o Relatório Oficial do Ministério da Guerra, datado de 5 de janeiro de 1975, sob pena de multa pecuniária, para que possam conhecer as circunstâncias em que as mortes se operaram, visando à não-fragmentação da história de suas vidas.

O comando mandamental da sentença, parcialmente impugnada pela União recorrente, enquadra-se, perfeitamente, nas *comportas legais das medidas necessárias* que possa o juiz adotar, *de ofício*, para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (CPC, art. 461, § 5º).

Não há, pois, que se cogitar, aqui, de sentença *extra* ou *ultra petita*, mas, sim, de *uma sentença mandamental*, que precisa ser cumprida, com as novas técnicas da processualística vigente.

Apesar de todos os comandos emergentes da aludida sentença, *prolatada em 20 de junho de 2003*, estabelecerem o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, a contar de sua intimação, para o seu integral cumprimento (posto que a *sentença mandamental deve ser cumprida, de imediato*, a exemplo daquela concessiva de mandado de segurança, *por ordem judicial, de ofício*), até a presente data, a União Federal não lhe dera o devido cumprimento, não obstante reconheça a legitimidade da pretensão dos autores, albergada nos comandos da referida sentença.

Nem mesmo a Comissão Interministerial, constituída pelo Decreto Presidencial 4.850, de 2 de outubro de 2003, na linha determinante da sentença referida, sob a coordenação do sr. ministro da Justiça, com a finalidade de obter informações que levem à localização dos restos mortais de participantes da Guerrilha do Araguaia, para que se proceda à sua identificação, traslado e sepultamento, bem como à lavratura das respectivas certidões de óbito, noticiara, nestes autos, através de qualquer meio oficial de divulgação, os resultados da conclusão de seus trabalhos, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, ali, estabelecido.

O conceituado Jornal *Correio Braziliense* noticiou, em sua edição do dia 22 de novembro deste ano, que o grupo especial, criado para localizar os corpos de mortos na Guerrilha do Araguaia não conseguiu nenhuma informação relevante,

por falta de empenho e de nenhuma ajuda das Forças Armadas.

No entanto, o mesmo Jornal, *Correio Braziliense*, nas edições dos dias 17 e 26 de novembro do corrente ano, anunciara que o Sr. Ministro da Justiça, Dr. Márcio Thomaz Bastos, afirmou que o governo “com certeza” vai abrir os arquivos da ditadura militar, mas isso tem que ser feito dentro de um processo que não cause traumas e sustos.

O governo federal admite, assim, publicamente, através da imprensa escrita, não contestada, a existência dos arquivos da ditadura.

O governo do Brasil precisa mirar-se no exemplo magnífico do governo do Chile, que rompeu a “caixa preta” dos arquivos da ditadura do General Augusto Pinochet (1973 a 1990) e, num gesto corajoso e cívico-democrático, entregou, solenemente, ao Presidente Ricardo Lagos, um relatório com documentos e testemunhos de presos e vítimas de torturas, durante o regime militar, naquele país.

Ninguém ignora o papel relevante das Forças Armadas, no Brasil, que desempenham ações importantes na manutenção da ordem, no cumprimento das leis e da preservação da soberania e da segurança nacional.

Se é certo que as nossas Forças Armadas, no contexto histórico do Estado Democrático de Direito, apresentam-se, na renovação de seus membros, feitos de pessoas honradas, sempre mais prestigiadas e valorizadas, no concerto das instituições nacionais, cumprindo, com respeito e devoção, sua relevante função constitucional e convivendo em plena harmonia com os Poderes da República e da sociedade civil, nos espaços que lhe são próprios e ainda partilham dos anseios e esforços de todos pela construção de uma sociedade solidária, justa e livre, em ambiente de segurança e paz, não se há de admitir que a dignidade e a honradez destas mesmas Forças Armadas, cuja história se fez e ainda se faz de feitos grandiosos e gloriosos, cedam espaço a qualquer ato de corporativismo da desonra e covardia de quem ainda pretenda manter, nos arquivos da vergonha histórica, a trágica memória dos abusos, crimes e atentados aos direitos humanos, nos tempos abomináveis do regime de exceção, que nos faz rememorar, com grave tristeza, os versos melancólicos do poeta da liberdade, Antônio de Castro Alves, nestas sentidas letras:

Existe um povo que a bandeira empresta
P’ra cobrir tanta infâmia e cobardia...
E deixa-a transformar-se nessa festa
Em manto impuro de bacante fria!...
Meu Deus! Meu Deus! Mas que bandeira é esta,
Que imprudente na gávea tripudia?

Silêncio. Musa... chora, e chora tanto
Que o pavilhão se lave no teu pranto!...
Auriverde pendão de minha terra,
Que a brisa do Brasil beija e balança,
Estandarte que a luz do sol encerra
As promessas divinas da esperança...
Tu que, da liberdade após a guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!...

Com inteiros razão, pois, a douta Procuradoria-Regional da República, na afirmação de que “não é justo que documentos oficiais que comprovam ilícitos praticados durante o regime de *exceção* sigam sob *absoluto* sigilo e proteção daqueles que outorgaram a si o título de fiéis guardiões dos atos da ditadura militar, missão esdrúxula que não faz justiça sequer à conduta das Forças Armadas nos tempos atuais” (fls. 1.450).

Chegou a hora, afinal, de cobrar-se a plena eficácia do discurso político deste governo, no regime democrático, de que “*a esperança já venceu o medo*”!

IV

Com estas considerações, *nego provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, mantendo, assim, a sentença monocrática em todos os seus termos e plena eficácia mandamental.*

Considerando o teor do pedido formulado pelos autores recorridos, a fls. 1.453/1.462 destes autos, no sentido de se determinar o cumprimento imediato da sentença mandamental, no que tange aos preceitos anteriores e necessários à obrigação de “traslado das ossadas, o sepultamento desta em local a ser indicado pelos autores, fornecendo-lhes, ainda, as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito, e, ainda, que seja deferida a busca e apreensão de documentos nos arquivos das Forças Armadas brasileiras, especialmente na Abin e no Ministério do Exército, na forma do art. 461-A e respectivo § 2º do CPC, independentemente da realização de “rigorosa investigação, no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhado das operações realizadas na Guerrilha do Araguaia, devendo, para tanto, intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer das operações, independente de cargos ocupados à época, informando a este Juízo o resultado dessa investigação”, consoante ditou a sentença, sob pena

de desobediência, tudo sem prejuízo da aplicação da multa já cominada”, considerando o justo receio dos autores requerentes de que as informações solicitadas sejam destruídas ou dissipadas de alguma forma, tendo em vista que até a presente data não foram prestadas essas informações, nem disponibilizados os arquivos requisitados, judicialmente.

Considerando as acertadas justificativas dos autores, para o dimensionamento de sua pretensão mandamental, através de memorial escrito, de que a determinação de ter acesso a todas *“as informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia”* e às *“informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à guerrilha, incluindo-se entre outras, aquelas relativas aos enfrentamentos armados com os guerrilheiros, à captura e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos, aos procedimentos de identificação dos guerrilheiros mortos quaisquer que sejam eles, incluindo-se as averiguações dos técnicos/peritos, médicos ou não, que desses procedimentos tenham participado, as informações relativas à transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas”*, conforme registrado na sentença, condiz perfeitamente com o pedido para *“conhecer as circunstâncias em que as mortes se operaram”*, máxime quando tais registros continuam sendo ocultados e sonogados. Bem assim, que a decisão de determinar à apelante que informe *“onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores, mortos na Guerrilha do Araguaia, bem como para que proceda ao traslado das ossadas, o sepultamento destas em local a ser indicado pelos autores, fornecendo-lhes, ainda as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito”* é, sem qualquer exorbitância, adequada ao pleito de conhecer *“os destinos de filhos e irmãos, que, notoriamente, participaram da guerrilha de Xambioá e dar-lhe sepultura digna e conhecida”* e *“pedir a localização dos corpos, para que sejam trasladados e endereçados à sepultura próxima dos parentes vivos”*.

Considerando, ainda, que, nos termos do art. 24, *caput*, e respectivo parágrafo único, da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991, *“poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte”*, não se admitindo que *“nenhuma norma de organização administrativa seja interpretada de modo a, por qualquer forma, possa restringir o disposto neste artigo, ficando sujeito à responsabilidade penal, civil, e administrativa, na forma da legislação em vigor, aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente ou considerado como de interesse público e social”* (art. 25);

Considerando, finalmente, os sólidos fundamentos da sentença monocrática, que, ora confirmo, integralmente, e as disposições dos arts. 461, §§ 5º e 6º e 461-

A, § 2º, do CPC, que autorizam o juiz, *de ofício* ou a requerimento, *determinar todas as medidas necessárias à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente*, como no caso sob apreciação, *determino* que se oficie, *com urgência*, ao sr. ministro da Defesa, para que *designa dia, hora e local, até o dia 15 de dezembro do ano em curso*, a fim de realizar-se audiência solene, com os membros integrantes deste juízo colegiado da Sexta Turma deste egrégio Tribunal, restringindo-se, contudo, essa audiência, às demais presenças dos srs. ministros da Defesa e da Justiça, dos srs. comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, do sr. diretor-geral da Abin, do sr. secretário especial dos Direitos Humanos, do sr. procurador-geral da República, do sr. presidente do Conselho Federal da OAB, do sr. advogado-geral da União, dos srs. advogados da partes e do ilustre representante do Ministério Público Federal, que atua neste processo, que, após a averiguação, ora, solicitada, deverão ser cientificados, a fim de *proceder-se à instalação dos trabalhos judiciais de quebra dos arquivos da Guerrilha do Araguaia, convertendo-se, se for o caso, o feito, em segredo de justiça*, a partir daquele ato, consistente na entrega das informações requisitadas nos comandos da sentença mandamental, que, ora, se confirma, para a integral satisfação do legítimo pleito dos autores e total cumprimento do julgado, sob pena de busca e apreensão dos aludidos documentos, sem prejuízo da multa coercitiva, já estabelecida na sentença e apuração da responsabilidade criminal de quem resista às determinações mandamentais do julgado.

Este é meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz João Carlos Costa Mayer Soares: — Senhor Presidente, após o voto, diria antológico, de Vossa Excelência e da sentença da lavra da não menos competente Juíza Federal Solange Salgado, não teria muito a dizer ou a acrescentar. Gostaria apenas de examinar pontualmente o argumento processual apresentado pela União, que, como já bem dito e esclarecido, se refere apenas à decisão ter sido *extra e ultra petita*.

Como Vossa Excelência apontou, não me parece que a União tenha razão neste argumento. O que observo de tudo o que foi dito aqui hoje é que, na verdade, não tendo a União argumentos para refutar o mérito, ela passou então a se valer do que chamamos de procedimentos processuais, a famosa chicana jurídica. Não que ela esteja assim agindo, mas é um recurso legítimo, previsto em lei, que, no entanto, tem a sua procedência ou improcedência na qualidade dos seus argumentos e estão sempre sujeitos ao crivo do exame por nós do Poder Judiciário. Então, ater-me-ei apenas ao argumento processual porque não vejo nenhum tipo de respaldo quanto, como já disse, ao mérito daquilo que foi muito bem posto a todas as pessoas agora presentes e constantes dos autos.

Não me parece que haja uma violação ao princípio da congruência entre o pedido e o que foi decidido. Valho-me como argumento central exatamente em um item que consta do próprio recurso da União, que me permito discriminar, consta a fls. 15 do recurso da União: “A atividade do juiz no processo deve buscar fazer valer o direito material”. Ora, tenta-se fazer valer esse direito material desde 1982. Qual não foi outra a postura do juiz que não se cercar do que ele entendeu necessário para possibilitar que esse direito material, por meio dessas medidas que são indicadas na sentença, possa se chegar àquilo que efetivamente os autores da ação buscam e pretendem? A necessidade dessas medidas também está, no meu entender, claramente exteriorizada no recurso da própria União.

Primeiramente, volto à sentença, cuja transcrição também faz parte do recurso. Na sentença a juíza monocrática muito bem diz: “Os autores pretendem ver deferida a possibilidade de dar sepultura digna e conhecida a seus familiares, enterrando-lhes os restos mortais com todas as implicações culturais e emocionais, verificada neste significativo ato. Pleiteiam também o acesso a informações concernentes ao destino que seus familiares tomaram”. E continua saltando agora alguns itens: “O pleito não se restringe aos estreitos limites de um processo de jurisdição voluntária, cujo objetivo seja a decretação de ausência para os fins da sucessão hereditária e administração dos bens dos ausentes (...) (e continua) (...) muito menos se esgota a pretensão no exercício das faculdades instauradas na Lei de Anistia, Lei 6.683/79, cujo procedimento, art. 6º, objetiva a decretação por sentença da ausência de pessoas envolvidas em atividades políticas, gerando presunção de morte do desaparecido para fins de solução do casamento e abertura da sucessão legítima, § 4º do art. 6º”. E ela continua ainda tecendo outras considerações.

A União, nas suas razões de recurso, especificamente no item 3, faz referência à Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995, diz ela: “Teve como objetivo principal a reconciliação e a pacificação nacional na linha que tiver início com a Lei de Anistia, Lei 6.683/79. Assim reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão da participação em atividades políticas no referido período (...) (diz ainda) (...) além disso, previu o pagamento de indenizações e criou uma Comissão Especial (diria de notáveis) integrada pelos familiares das pessoas desaparecidas, membros da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, membros do Ministério Público Federal e integrantes das Forças Armadas, cujas atribuições foram estabelecidas no seu art. 4º (e ela transcreve) Item 1 – Proceder ao reconhecimento das pessoas: a) desaparecidas, não relacionadas no anexo 1 desta lei; b) que, por terem participado ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de dezembro de 1979, tenham falecido por causas não naturais, independentes,

policiais ou assemelhadas”, Item 2 – (chamo atenção novamente) Envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no exercício, no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados”. Ela continua tecendo várias considerações e chega à conclusão de que nem mesmo essa Comissão de notáveis teve a capacidade institucional de obter aquilo que se pretende com o presente processo. Diz ela ainda: “Ressaltando essa atribuição da Comissão Especial de envidar esforços para a localização dos corpos das pessoas desaparecidas, no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados – vide inciso II do art. 4º da Lei 9.140/95 (...) (Continua) (...) por outro lado, também é certo que, por força da mesma lei, a Comissão Especial poderá ‘solicitar os documentos de qualquer órgão público, a realização de perícias e a colaboração de testemunhas, art. 9º, incisos I, II e III’”. Ora, o juiz da causa nada mais fez do que determinar providências semelhantes, só que agora, com o respaldo institucional do Poder Judiciário. Num Estado Democrático de Direito, incumbe a indeclinável missão de prestar jurisdição e solucionar os conflitos, especialmente quando estivermos diante de um conflito entre o cidadão e o próprio Estado. Bem, diz ela mais ainda: “É certo que a Comissão Especial, com base nas informações colhidas, realizou missões das quais participaram peritos argentinos de renome internacional, designados por organismos de defesa dos direitos humanos e representantes de familiares de desaparecidos, cujos resultados encontram-se no presente processo”.

Ora, apesar de todos esses esforços, não se chegou a um termo, a uma conclusão final. O Estado não conseguiu, sem o acesso ao Poder Judiciário, encontrar uma solução para esta importante parte da história da República Federativa do Brasil. Então, como já disse, o que estamos aqui a fazer hoje nada mais é do que buscar fazer valer o direito material e é nesse sentido que entendo que a sentença não é *extra* nem muito menos *ultra petita*. Ela só está assegurando aquela solução que ela está dando ao caso concreto. E essa mesma postura adotada na sentença é a postura que ora o Relator apresenta, submete a este Órgão Colegiado. As medidas que ele entende necessárias agora fazer valer, fazer cumprir aquilo que no momento está sendo decidido aqui.

Seguindo a mesma linha de argumento, estaríamos a dizer também que estaremos decidindo *ultra* ou *extra petita*, pois que também estamos a prever certos mecanismos que possibilitem o cumprimento daquilo que vier a ser decidido aqui, conforme proposta até então apresentada pelo Relator.

Parafraseando a União mais uma vez, digo que a única maneira de, por meio da jurisdição, pacificar com justiça essa etapa importante da nossa história nacional, passando a limpo este importante momento da nossa história, é tornar possível a identificação e o sepultamento digno e cristão daqueles que participaram do

movimento intitulado “Guerrilha do Araguaia”.

No que se refere ao último ponto, o da multa, a obrigação de fazer contra o Estado, esta tem natureza mandamental, pois ao Estado incumbe o dever de fazer cumprir as decisões judiciais, é o óbvio do óbvio. O Estado não se pode furtar ao cumprimento da lei, entabulando restrições próprias do particular, pois a ele cabe dar o exemplo do respeito às competências dos demais poderes constituídos e à ordem democrática.

Então, encerro minha participação, acompanhando o Relator em todas as suas proposições, confirmando a sentença na sua integralidade.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente: Recebi memoriais de ambas as partes e, da leitura que fiz, trouxe algumas anotações, relacionadas também com o aspecto processual, já que o mérito propriamente não é discutido no recurso da União.

Observo, em primeiro lugar, que os autores, aqui apelados, formularam pedido certo e determinado, *verbis*:

Pretendem os autores, por via da presente ação, seja a ré compelida a lhes indicar a sepultura de seus parentes, de modo que possam ser lavrados os competentes atestados de óbito e serem trasladados os corpos e fornecido o Relatório Oficial do Ministério da Guerra datado de 5 de janeiro de 1975, sob pena de arcar a ré com multa diária de Cr\$100.000,00 (cem mil cruzeiros).

Tal pedido pode ser desdobrado em três, a saber: 1) compelir a ré a indicar as sepulturas dos parentes dos autores; 2) traslado dos corpos; 3) fornecimento do Relatório Oficial do Ministério da Guerra, datado de 5 de janeiro de 1975.

E a ilustre juíza sentenciante assim entendeu o pedido, ao resumir o pleito dos autores:

Os autores, familiares de cidadãos que participaram do movimento intitulado Guerrilha do Araguaia, aniquilado pelas Forças Armadas no período de abril de 1972 a janeiro de 1975, visam por esta ação a localização da sepultura de seus parentes, o traslado dos corpos e o fornecimento de informações contidas no Relatório oficial do Ministério da Guerra datado de 5 de janeiro de 1975 (fls. 1.323).

Contudo, ao julgar procedente o pedido, determinou, *verbis*:

1. a *quebra de sigilo* das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia;
2. à *ré* que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, informe a este Juízo

onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores, mortos na Guerrilha do Araguaia, bem como para que proceda ao traslado das ossadas, o sepultamento destas em local a ser indicado pelos autores, fornecendo-lhes, ainda, as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito;

3. à ré que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, apresente a este Juízo todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à Guerrilha, incluindo-se, entre outras, aquelas relativas aos enfrentamentos armados com os guerrilheiros, à captura e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos, aos procedimentos de identificação dos guerrilheiros mortos quaisquer que sejam eles, incluindo-se as averiguações dos técnicos/peritos, médicos ou não, que desses procedimentos tenham participado, as informações relativas ao destino dado a esses corpos e todas as informações relativas à transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas”.

Decidiu, ainda, a sentença:

Para o integral cumprimento desta decisão *determino* à ré que, sendo necessário, proceda à rigorosa investigação, no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhado das operações realizadas na Guerrilha do Araguaia, devendo para tanto intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer das operações, independente dos cargos ocupados à época, informando a este Juízo o resultado dessa investigação.

Daí o recurso de apelação da União, mediante o qual, “sem negar genérica ou especificamente os fatos e provas em que se baseou a sentença apelada, busca garantir que sejam estabelecidas pelo egrégio Tribunal Regional Federal, em segunda instância, as pretensões dos autores em seus exatos limites, como expostas na petição inicial da ação que intentaram contra a União”.

Sustenta a apelante a nulidade parcial da sentença, por incorrer em julgamento *ultra et extra petita*, com violação dos arts. 128, 459 e 460, todos do Código de Processo Civil.

Com efeito, consoante disposto no art. 128 do CPC, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

O art. 459, por sua vez, estabelece que “o juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”, enquanto que o art. 460 dispõe que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Tais dispositivos fixam o princípio da congruência, exposto pelo ilustre Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira na obra *Nulidade da Sentença e o Princípio*

da *Congruência*, nestes termos:

O enunciado do princípio da congruência, que se perfaz pelos aforismos “sentença conforme o libelo” e “vedação de julgamento *citra, ultra* ou *extra petita*”, é o seguinte: o julgador deve debruçar-se exatamente sobre o pedido das partes.

Além disso, tem-se que esse princípio requer também a correlação da sentença com a demanda. Extraindo-se o elemento subjetivo (as partes), que para este estudo não interessa, pode-se dizer que, por força do princípio da congruência, o juiz não pode deixar de analisar a parte objetiva da demanda, ou melhor, o pedido e a causa de pedir.

Por conseqüência, além de não ser lícito ao magistrado conceder bem maior ou estranho ao pedido, não lhe cabe omitir-se quanto às questões fáticas suscitadas no momento apropriado nem omitir-se de decidir com base na causa de pedir ou no pedido deduzidos. Aliás, por extensão, o princípio da congruência vai mais além, ao se exigir esgotamento judicial de todas as questões, processuais e de mérito, ou melhor, a plenitude.

O juiz, afirma com propriedade Piero Calamandrei, para atender ao princípio da correspondência entre a petição e o pronunciamento, precisa manter-se nos limites do tema proposto pelas partes, ou seja, precisa considerar somente os fatos alegados por elas e, também, limitar-se a conceder ou denegar com base na providência pedida, sendo-lhe vedado indagar de officio se, eventualmente, seria mais apropriada uma decisão diferente, pois *ne eat iudez ultra petita partium* (p. 67/68).

Na hipótese, embora restrita ao tema proposto, a sentença concedeu mais do que pedido, sendo, pois, *ultra petita*. Penso, contudo, não ser caso de nulidade, mas de adequação da sentença ao pedido da parte.

É que, segundo a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, “o reconhecimento do julgamento *ultra petita* não implica a anulação da sentença; seu efeito é o de eliminar o excesso da condenação”. (REsp 84.847/SP, Rel. Min Ari Pargendler – DJ de 20/09/99, p. 60).

Insurge-se a apelante, também, contra a imposição de multa para o caso de não-cumprimento do julgado no prazo estabelecido na sentença. Depois de referir-se a diversas tentativas infrutíferas quanto à localização de restos mortais de guerrilheiros, assinala:

Incerta, assim, é a possibilidade da localização e do encontro de todos os restos mortais dos familiares dos autores.

Por essa razão, há que ser considerada a hipótese em que, a despeito de todas as diligências determinadas pela sentença, a obrigação nela imposta à apelante – obrigação esta de fazer e de obter determinados resultados – venha a se revelar inviável quanto ao integral resultado pretendido. Isso, em relação a algum, a alguns, ou a significativa parcela dos familiares dos autores da ação.

Sendo assim, tal obrigação se resolveria em termos de impossibilidade da prestação do fato objeto da condenação, não podendo subsistir, diante disso, sequer em tese, a sanção de multa pecuniária infligida à apelante pela sentença apelada.

Tal sanção, em circunstâncias tais, afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Efetivamente, é fato público que buscas recentes nos locais indicados por ex-guerrilheiros ou ex-militares que participaram da repressão ao movimento guerrilheiro resultaram frustradas na expectativa de localizar os corpos daqueles que pereceram em combate.

Assim sendo, não se mostra desarrazoado o receio da apelante de que não possa dar integral cumprimento ao comando sentencial, no prazo que lhe fora determinado, não se afigurando, por isso, admissível a imposição de pesada sanção pecuniária.

Pelo exposto, dou provimento parcial à remessa oficial, para reduzir a condenação aos termos do pedido, ou seja, o contido no número 2 do dispositivo da sentença, assim como dou parcial provimento à apelação, para afastar a multa aplicada.

É o meu voto.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Indago de Vossa Excelência se concorda com as medidas que esta relatoria propõe em busca de dar cumprimento a esta sentença mandamental e procedendo a uma audiência de instalação dos trabalhos judiciais, para o cumprimento da sentença.

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, essas providências são incompatíveis com a conclusão do meu voto, portanto, com elas não posso concordar.

Sétima Turma

Agravo de Instrumento

2004.01.00.035700-7/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Agravante: Conselho Federal de Enfermagem – Cofen
Procuradores: Dr. Alexandre Reinol da Silva e outros
Agravado: Conselho Federal de Medicina – CFM
Procuradores: Dra. Giselle Crosara Lettieri Gracindo e outros
Publicação: DJ 2 de 15/04/05

Ementa

Processo Civil. Agravo regimental interposto de decisão que deferiu o efeito suspensivo: impossibilidade (§ 1º do art. 293 do RITRF-1ª Região). Agravo de instrumento. Suspensão, em antecipação de tutela, dos arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Resolução 271/02 do Cofen. Ausência de verossimilhança. Decisão antecipatória de tutela suspensa. Aplicação da Súmula 626 do STF.

I. Conforme preceitua o art. 293, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, não cabe agravo regimental de decisão que aprecia pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento.

II. Tendo sido formulado pedido de suspensão de decisão antecipatória de tutela, pedido esse que veio a ser deferido por decisão da Presidência desta Corte, é de aplicar-se, por similitude de situações, a Súmula 626 do STF, segundo a qual “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

III. Ademais, a existência de decisão da Corte Especial deste Tribunal em sentido contrário à tese sustentada na inicial da ação anulatória dos dispositivos regulamentares questionados afasta a verossimilhança exigida pelo art. 273 do CPC para a antecipação de tutela pleiteada e deferida.

IV. Por outro lado, a prescrição de medicamentos e a realização de diagnósticos, por enfermeiros, no âmbito dos programas de saúde pública, não se mostram ilegais, eis que a primeira é prevista no art. 11, II, *c*, da Lei 7.498/86, enquanto que a aptidão para diagnosticar integra a formação profissional do enfermeiro, consoante dispõe o art. 5º, inciso VIII, da Resolução CNE/CES 03/01, do Conselho Nacional de Educação, que fixa o currículo do curso de Enfermagem.

V. Agravo regimental de que não se conhece.

VI. Agravo de instrumento provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental e dar provimento ao agravo de instrumento.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 14/12/04.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Federal de Enfermagem – Cofen da decisão proferida pela MM. Juíza Federal Substituta da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dra. Anamaria Reys Resende, que, nos autos de ação ordinária de anulação de ato administrativo, deferiu a antecipação de tutela para suspender os efeitos dos arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Resolução Cofen 271/02.

Afirma, inicialmente, que foi impetrado, pelo Sindicato dos Médicos do Estado do Rio Grande do Sul, perante a 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Mandado de Segurança 2002.34.00.036024-8, com o mesmo objeto da ação ordinária em que proferida a decisão aqui agravada, qual seja, a suspensão dos efeitos dos arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Resolução Cofen 271/02, na qual houve deferimento de liminar, que ensejou a interposição de suspensão de segurança (SS 2003.01.00.002410-0/DF). Deferido monocraticamente o pedido, restou o mesmo, posteriormente, mantido no julgamento do agravo regimental oposto.

Alega que não deve prevalecer o entendimento da prolatora da decisão agravada, segundo o qual a Resolução Cofen 271/02 teria extrapolado sua competência legal, baseada na Lei 7.498/86, eis que inexistente legislação que disponha sobre o exercício profissional da Medicina, tendo a resolução em comento apenas aglutinado legislação esparsa, nada criando no mundo jurídico, conforme demonstrado no quadro sinóptico visto a fls. 13/16.

Assevera a inexistência de perigo de dano irreparável a ensejar a liminar, uma vez que a resolução data de julho de 2002, tendo o próprio agravado contra ela se insurgido somente em novembro de 2003, ou seja, mais de um ano após sua publicação, quando foram suspensos os efeitos da liminar exarada no bojo do mandado de segurança já noticiado, contrariando a Súmula 626 do STF, que dispõe que a suspensão de segurança vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão de segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo STF, desde que o objeto da liminar coincida total ou parcialmente com o da impetração. No mesmo sentido o art. 4º, § 9º, da Lei 8.437/92, acrescido pela MP 2.180-35/01.

Ressalta estar configurada a presença do *periculum in mora* inverso, eis que a Enfermagem representa, atualmente, mais de 80% (oitenta por cento) do efetivo que atua nos programas de assistência de saúde pública implementados até a presente data e que a manutenção da liminar ocasionará a paralisação dos mesmos, e a interrupção dos serviços oferecidos à população, tanto mais que alguns desses

programas de saúde existem em nosso País há mais de quinze anos, e o agravado não comprovou quaisquer prejuízos à população deles advindos, razão pela qual requer a reforma da decisão agravada.

Pela decisão de fls. 526/527 concedi a antecipação da pretensão recursal.

O Conselho Federal de Medicina opôs agravo regimental (fls. 538/551) e contraminuta (fls. 553/564), sustentando, em síntese, a ilegalidade da resolução, eis que autoriza que “profissionais enfermeiros *praticuem atos médicos realizando diagnósticos clínicos e nosológicos sem a devida habilitação legal*, causando, assim, danos irreversíveis à saúde da população” (fls. 548, grifado).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Busca a agravante a reforma da decisão que, em ação ordinária de anulação de ato administrativo, deferiu a antecipação de tutela para suspender os efeitos dos arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Resolução Cofen 271/02.

Quanto ao agravo regimental oposto, o § 1º do art. 293 do Regimento Interno desta Corte Regional assim dispõe:

A parte que se considerar prejudicada por decisão do presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de relator poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

§ 1º Da decisão que confere ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumento ou que defere ou indefere liminar em mandado de segurança não cabe agravo regimental.

Logo, incabível é o citado recurso para impugnar decisões que apreciam pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, por expressa vedação regimental, razão pela qual dele não conheço.

No que tange ao mérito do agravo de instrumento, os dispositivos regulamentares legais questionados têm a seguinte redação:

Art. 3º – O enfermeiro, quando no exercício da atividade capitulada no art. 1º, tem autonomia na escolha dos medicamentos e respectiva posologia, respondendo integralmente pelos atos praticados.

Art. 4º – Para assegurar o pleno exercício profissional, garantindo ao cliente/paciente, uma atenção isenta de risco, prudente e segura, na conduta

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Luciano Tolentino Amaral.

prescricional/terapêutica, o enfermeiro pode solicitar exames de rotina e complementares, conforme disposto na Resolução Cofen 195/97.

Art. 5º – O enfermeiro pode receber o cliente/paciente, nos limites previstos do art. 2º, para efetuar a consulta de Enfermagem, com o objetivo de conhecer/intervir sobre os problemas/situações de saúde/doença.

Art. 6º – Em detrimento desta consulta, o enfermeiro poderá diagnosticar e solucionar os problemas de saúde detectados, integrando as ações de Enfermagem, às ações multiprofissionais.

Para analisar-se o alcance de tais dispositivos, merecem ser transcritos, também, os arts. 1º e 2º, que são neles referidos, os quais têm o seguinte teor:

Art. 1º – É ação da Enfermagem, quando praticada pelo enfermeiro, como integrante da equipe de saúde, a prescrição de medicamentos.

Art. 2º – Os limites legais, para a prática desta ação, são os programas de saúde pública e rotinas que tenham sido aprovadas em instituições de saúde, pública ou privada.

Conforme afirmado quando da apreciação do pedido de antecipação da pretensão recursal, a matéria em comento já foi objeto de exame neste egrégio Tribunal, o qual, por meio de sua Corte Especial, denegou Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 2003.01.00.002410-0/DF, tendo o acórdão recebido ementa do seguinte teor:

Agravo regimental. Suspensão de segurança. Liminar em mandado de segurança coletivo. Resolução Cofen 271/02. Suspensão dos arts. 2º, 3º, 4º e 6º. Atuação dos profissionais enfermeiros nos programas de saúde pública. Grave lesão à saúde e à ordem públicas. Deferimento do pedido.

I. A liminar deferida pelo juízo de origem em mandado de segurança coletivo, suspendendo a execução dos arts. 2º, 3º, 4º e 6º da Resolução Cofen 271/02, não merece prosperar porque não há, no caso, atuação exacerbada, global e indiscriminada do profissional de Enfermagem no diagnóstico de doença ou enfermidade ou na aplicação ou posologia de medicamentos.

II. O art. 2º limita a atuação do profissional aos programas de saúde pública, de cunho social, necessidade e abrangência indiscutíveis, e as rotinas às aprovadas em instituições de saúde, públicas ou privadas, participando de ambos profissionais da Medicina;

III. O art. 3º, por sua vez, limita a impugnada autonomia do enfermeiro à escolha de medicamentos e respectivas posologias porque somente a permite ao profissional que integra equipe de saúde, inexistindo ação isolada, desacompanhada ou não fiscalizada.

IV. O art. 4º autoriza o enfermeiro a solicitar exames de rotina e complementares para garantir ao cliente/paciente uma atenção isenta de risco, prudente e segura na conduta prescricional/terapêutica, demonstrando um cuidado a mais, não imprudência.

V. O art. 6º faculta ao enfermeiro diagnosticar e solucionar os problemas de saúde detectados, enquanto e somente quando atuar nos programas nas instituições de saúde, apenas em atendimento a rotinas predeterminadas e aprovadas com a finalidade de integração multiprofissional.

VI. A Resolução do Conselho Nacional de Educação CNE/CES 03/01, mencionada expressamente na Resolução Cofen 271/02, prevê, na formação do profissional enfermeiro, a capacidade de diagnosticar e solucionar problemas de saúde, intervir no processo de saúde-doença, com a finalidade de proteger e reabilitar a saúde, na perspectiva da integralidade da assistência e integração da enfermagem às ações multiprofissionais.

VII. A liminar suspensa acarreta lesão à ordem administrativa porque causa impacto na execução e no funcionamento dos programas de saúde dos governos federal, estadual e municipal e, conseqüentemente, à saúde pública, colocando em risco a saúde e até a vida da população, uma vez que a sustação do desenvolvimento desses programas, sem que somente médicos consigam desincumbir-se desse trabalho, deixando pacientes sem a mais comezinha assistência médica, poderia provocar colapso no sistema de saúde.

VIII. Agravo regimental denegado.

IX. Decisão confirmada. (AGSS 2003.01.00. 002410-0/DF, Rel. Des. Federal Catão Alves, Corte Especial, DJ de 22/04/04, p. 2).

No caso, participei do julgamento acima citado, oportunidade em que acompanhei a maioria, não tendo razões para modificar meu entendimento, inclusive porque não deve o juiz, em voto ou em decisão monocrática, decidir de modo contrário ao entendimento adotado pela Corte Especial, órgão a quem cabe dirimir as controvérsias entre os órgãos fracionários da Corte. Nesse contexto, é de ter-se por afastado o requisito de verossimilhança exigido pelo art. 273 do CPC, para a antecipação de tutela pleiteada e deferida na instância *a quo*.

Ademais, verifica-se, em consulta ao sistema informatizado de movimentação processual deste Tribunal, que o Conselho agravante ajuizou, também, pedido de suspensão dos efeitos da antecipação deferida na decisão aqui agravada (SS 2004.01.00.035690-0), pedido esse que foi deferido com fundamento na decisão retromencionada, proferida pela Corte Especial, razão pela qual deve prevalecer o disposto na Súmula 626 do Excelso STF, segundo a qual “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”. Dada a similitude de situações, é de aplicar-se dita súmula também à suspensão de medida antecipatória de tutela, hipótese ocorrente *in casu*.

Dispensáveis, por essas razões, maiores considerações sobre o mérito da decisão agravada, cabe, entretanto, ressaltar que:

a) a atuação do enfermeiro, na prescrição de medicamentos, está limitada à sua participação em programas de saúde pública, de interesse das camadas mais carentes da população, executados em locais onde, não raro, ocorre a falta de profissionais médicos;

b) tais programas são estruturados com a participação de médicos, que, inclusive, estabelecem quais os medicamentos a serem prescritos pelos enfermeiros, como se depreende da alínea *c* do inciso II do art. 11 da Lei 7.498/86, reguladora da profissão do enfermeiro, e que assim dispõe:

Art. 11 – O enfermeiro exerce todas as atividades de Enfermagem cabendo-lhe:

(....)

II – como integrante da equipe de saúde:

(....)

c) prescrição de medicamentos estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde;

c) a Resolução CNE/CES 03/01, do Conselho Nacional de Educação, prevê, no seu art. 5º, VIII, que:

Art. 5º A formação do enfermeiro tem por objetivo dotar o profissional dos conhecimentos requeridos para o exercício das seguintes competências e habilidades específicas:

(....)

VIII – ser capaz de diagnosticar e solucionar problemas de saúde, de comunicar-se, de tomar decisões, de intervir no processo de trabalho, de trabalhar em equipe e de enfrentar situações em constante mudança;

Nessas condições, não há como entender que o diagnóstico e a prescrição de medicamentos sejam atividades estranhas à formação profissional do enfermeiro.

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental, e dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des.Federal Luciano Tolentino Amaral: — Também, nos dois, acompanho não conhecendo do agravo regimental. Acompanho o Relator também não conhecendo do agravo regimental por incabível na espécie. Acompanho o Relator, provendo o agravo de instrumento, mas por outra fundamentação, com a devida vênia. Tenho por não aplicável, com a força apontada pelo Relator, a questão da Súmula 626 do STF e, porquanto, no meu entender, a previsão se limita ao

processo em que foi proferida a decisão suspensa.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Posso dar um esclarecimento de fato?

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Pois não.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Neste processo também houve suspensão. A decisão está suspensa também. Agora, está pendente de agravo regimental, está suspensa pela decisão. A súmula diz que é a suspensão e não o agravo.

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — O fato de ter se dado a suspensão da segurança ou da liminar em um outro processo não significa que a decisão neste processo tenha que ser suspensa por essa mesma razão.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Relatei o fato anterior, que já foi julgado na Corte Especial, que houve suspensão e tal. Estou dizendo que também neste processo, que é de outra vara, a agravante entrou com pedido de suspensão, que não era suspensão de segurança, e aqui é suspensão de antecipação de tutela, e foi deferida, então, não é em outro processo, neste processo foi suspensa.

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Entendi, estou apenas fazendo a minha fundamentação em que invoco primeiro esse fundamento. O segundo fundamento é que ainda que nesse processo tenha sido suspensa a segurança, sem dúvida a suspensão da liminar, ou no caso aqui da antecipação da tutela, está suspensa, mas essa decisão, no meu entender, não vincula o colegiado em sede judicial. A decisão pode e deve ser apreciada em sede de agravo de instrumento, seja ainda que em sentido conflitante com a suspensão da segurança – é o nome do procedimento, suspensão da segurança – pela presidência da Corte. Por quê? A suspensão de segurança tem por enfoque critérios outros diferentes daqueles que embasam ou informam a apreciação da decisão sob o prisma jurisdicional. Então, ainda que a Corte aqui aprecie, suponhamos, mantendo a antecipação de tutela, ela estará suspensa por outra razão. Quero apenas distinguir que o fato de a antecipação de tutela ter sido suspensa não vincula o julgamento do colegiado para cassar antecipação de tutela. Uma coisa é suspensão dos efeitos da tutela, outra é a cassação do ato, que é o que no momento está em cogitação, se esse ato judicial deve ser confirmado ou deve ser cassado. Suspenso ele está até o final da decisão, mas se ele vai ser cassado ou não é o que está sob apreciação. Por isso, não acompanho, tenho entendimento diferente do exposto pelo Relator nesse particular, mas eu acompanho e, efetivamente, dou provimento ao agravo para cassar ou desconstituir antecipação de tutela sob o prisma da ausência de verossimilhança, qual seja, se já existe alguma decisão ou precedente em sentido contrário à decisão ora impugnada é assente para mim, e tenho proferido votos nesse sentido, de que não se pode falar em verossimilhança. Então, não havendo verossimilhança, não há porque se conceder antecipação de tutela. Não só por isso, mas, ainda

que não houvesse precedentes em sentido contrário por ser a questão polêmica, também considero que é um ato administrativo no sentido genérico, é uma resolução de um órgão que regula atividade profissional e como ato administrativo goza da presunção de constitucionalidade ou de legalidade. Aqui, no caso, é de legalidade, até que demonstrada, e gozando a presunção de legalidade, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder, o ato não pode ser suspenso em exame perfunctório de mera derivação em caráter temporário. Isso causa transtorno à Administração, até porque, no particular, o Relator salientou muito bem o exame da matéria de fundo, só que prefiro ficar no exame da questão processual, porque por um momento cuidamos de antecipação de tutela para que não se corra o risco de prejulgamento da matéria de fundo quando do julgamento da apelação.

Apenas por esses outros fundamentos adicionais e com os esclarecimentos prestados, acompanho o Relator.

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança 2003.35.00.007997-7/GO

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Cia. Thermas do Rio Quente
Advogado: Dr. Jorge Augusto Jungmann
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/GO
Publicação: DJ 2 de 1º/04/05

Ementa

Constitucional. Tributário. Pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo. Depósito prévio do valor integral da multa. Possibilidade. Precedentes.

I. Não ofende a Constituição o fato de o art. 636, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho exigir o depósito prévio da multa como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo. Precedente do STF: AI 440362 AgR/RJ, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 24/10/03, p. 20.

II. Apelação não conhecida. Remessa oficial provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer da apelação da União e, por maioria, vencida a Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, dar provimento à remessa oficial.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 10/12/04.

Desembargador Federal *Leomar Amorim*, Relator.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cia. Thermas do Rio Quente, contra ato do delegado regional do Trabalho em Goiás, objetivando ver reconhecido seu direito à interposição de recurso administrativo sem a necessidade de depósito prévio.

Na sentença, o MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido e concedeu a segurança ratificando a liminar, ao entendimento da inconstitucionalidade da exigência.

Houve remessa.

Em suas razões de apelação, a Fazenda Nacional sustenta a legalidade da exigência do depósito prévio para a interposição do recurso voluntário administrativo, eis que previsto na legislação pertinente.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto, tendo sido reconhecido que o depósito prévio previsto pelo art. 636 da CLT, não afronta o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988.

As contra-razões foram apresentadas (fls. 116/119).

Nesta instância, opina o Ministério Público pelo provimento do apelo e da remessa.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Preliminarmente, analiso a tempestividade do recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

O benefício do prazo dilatado para recorrer relativamente à Fazenda Pública está previsto no art. 188 do CPC, o qual dispõe que *computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público*.

Cumpre-me definir, no entanto, o termo inicial de contagem deste prazo: se da ciência da sentença *a quo* pela autoridade impetrada ou da remessa dos autos, no presente caso, à Procuradoria da Fazenda Nacional.

Considero que, tratando-se de mandado de segurança, o prazo para interposição de recurso começa a fluir da intimação pessoal da autoridade impetrada e não a partir da remessa dos autos ao representante judicial da pessoa jurídica a que está vinculada, tendo em vista que deve ser observado o tratamento isonômico entre as partes.

Com efeito, caso se proceda à contagem do prazo para interposição de recurso pela Fazenda Nacional a partir da data de remessa dos autos à respectiva Procuradoria, conferir-se-ia duplo benefício e dilatária ainda mais a previsão contida no art. 188 do CPC, uma vez que a Fazenda já goza de prazo especial para recorrer.

Acrescento, inclusive, que, além de não existir qualquer previsão legal nesse sentido, considerar como termo inicial a remessa dos autos à Procuradoria é deixar em aberto, de certa forma, a contagem do prazo recursal, podendo ultrapassar, em muito, o prazo em dobro já estabelecido em lei, homenageando a inércia e dilatando indeterminadamente prazo preempório.

Destaco, por oportuno, que tal entendimento vem sendo aplicado nesta Corte, conforme julgado assim ementado:

Constitucional. Administrativo. Exigência de depósito prévio para a interposição de recurso administrativo. Intempestividade. Não-conhecimento.

I. Não se conhece de apelação interposta 10 (dez) meses após a intimação da autoridade apontada como coatora, por não ter cumprido um dos requisitos de admissibilidade, qual seja a tempestividade.

II. Em sede de ação mandamental, afigura-se válida a intimação feita diretamente à autoridade coatora, não se fazendo necessário intimar pessoalmente o procurador da Fazenda Nacional, para que se inicie a contagem do prazo recursal. Aplicação do art. 11 da Lei 1.533/51. Precedente desta 4ª Turma.

III. Apelação não conhecida. (TRF/1ª Região. AMS 1999.38.00.024003-9/MG. Rel. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes. DJ de 15/05/03).

Ademais, entendo que a secretaria do juízo pode, mas não tem a obrigação legal de remeter os autos para a Procuradoria da Fazenda Nacional, uma vez que a iniciativa e responsabilidade de retirada dos autos é exclusivamente deste órgão.

Neste sentido, trago à colação julgado, cuja ementa ora transcrevo:

Processual Civil. Comarca do interior. Intimação do procurador da Fazenda Pública (INSS). Art. 25 da Lei 6.830/80. Art. 6º da Lei 9.028/95. Art. 2º da MP 2.180-35/01 (MP originária 1.798/99). Art. 237, II, do CPC. Intimação via postal. Possibilidade. Precedentes.

I. A regra cogente expressa pelo art. 25 da Lei 6.830/80, não permite interpretação que desvirtue o seu comando da obrigatoriedade da intimação da Fazenda Pública ser feita pessoalmente ao seu representante legal.

II. Por intimação pessoal há de se compreender a comunicação do ato processual que é procedida via mandado ou com a entrega dos autos, de modo direto, em cartório, à pessoa com capacidade processual para recebê-la. Mas isso não significa a obrigatoriedade da remessa dos autos, via postal, para que se dê por intimado o representante da Fazenda Pública.

III. A Medida Provisória 2.180-35, de 24/08/01 (MP originária 1.798/99), dispõe em seu art. 2º que: “o art. 6º da Lei 9.028, de 12 de abril de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º: § 2º – As intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil”.

IV. Hodiernamente, há legislação, em plena vigência, que esbarra a pretensão de que a intimação, no caso de ser realizada fora da sede do juízo, seja feita pessoalmente. É clara a lei ao afirmar que as intimações realizadas nas comarcas do interior serão feitas, necessariamente, por carta registrada, com aviso de recebimento.

V. (...)

VI. (...)

VII. Recurso não provido. (STJ; REsp 509622/MG; 1ª Turma; Relator Ministro José Delgado; DJ de 08/09/03)

Considerando que, nos termos do art. 188 do Código de Processo Civil, a Fazenda tem prazo em dobro para recorrer, a data última para a interposição do presente recurso seria 20/11/03 (quinta-feira), não 04/02/04, conforme chancela acostada a fls. 103.

Isto porque, tendo o ofício dirigido à autoridade impetrada sido recebido em 21/10/03 (fls. 100), constitui esta data o termo *a quo* de contagem do prazo para interposição da apelação.

Ante o exposto, não conheço da apelação da União.

Ultrapassada tal preliminar pela Turma, passo à análise do *meritum causae*, por força da remessa necessária.

De fato já se encontra consolidada na jurisprudência majoritária, a postura de que não configuraria ofensa às garantias insculpidas na Carta Política de 1988

a exigência de depósito prévio para acesso às vias recursais administrativas.

Entretanto, em meu entender, afigura-se desarrazoado tal posicionamento e sem qualquer fundamentação plausível que possa garantir a sua manutenção.

Preceitua o art. 5º da Constituição Federal, *verbis*:

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Entendo estarem presentes nesta transcrição os dispositivos constitucionais que garantem a qualquer cidadão o acesso às vias administrativas do Poder Público e ao Judiciário, independentemente do recolhimento de taxas, consagrando os princípios dos quais não podemos nos afastar: do contraditório, da ampla defesa e da inafastabilidade da jurisdição.

Nessa esteira de entendimento, trago à colação julgado desta egrégia Corte esposando o entendimento inaugurado pelo Exmo. Des. Federal Antônio de Souza Prudente, conforme a ementa que passo a transcrever:

Constitucional e Processual Civil. Recurso administrativo. Exigência de depósito prévio. Inconstitucionalidade.

I. A exigência de depósito prévio, como pressuposto de qualquer recurso (administrativo ou judicial) afigura-se incompatível com as garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV)

e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV) que possibilitam o livre acesso à justiça (CF, art. 5º, inciso XXXIV, alínea a).

II. Orientação da Suprema Corte de Justiça sobre a matéria que, com a devida vênia, não se adota na espécie.

III. Apelação provida, para conceder a segurança impetrada. (AMS 2000.39.00.005282-7, Rel. Des. Federal Souza Prudente, DJ 21/05/02).

Admitir que seja exigido o depósito prévio como requisito de admissibilidade de recurso administrativo seria consagrar o absurdo de negar ao cidadão menos abastado e que eventualmente não disponha de receita para adiantar o valor da multa, a possibilidade de defesa perante lesão ou ameaça a direito, rompendo assim, além dos outros anteriormente mencionados, o princípio da isonomia.

Faço destaque ao brilhante parecer exarado pela ilustre representante do Ministério Público Federal, Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira, nos autos da AMS 2001.40.00.0005045-5/PI, da qual extraio as seguintes passagens:

A exigência de garantia de instância é restrição ao exercício de recurso, não se achando acobertada pelo sistema jurídico vigente no País.

(....)

Não se pode considerar seja tal condição norma a dar efetividade a direitos porquanto, ainda que não haja hierarquia nos princípios constitucionais, o devido processo legal sob o aspecto adjetivo, também, é pedra de toque do sistema jurídico adotado pela Constituição de 1988. Desconhecê-lo implica não resguardar direitos, mas admitir possam esses ser cumpridos de acordo com as circunstâncias.

Ainda em seu parecer, chama atenção para a recente mudança de entendimento dos tribunais acerca dessa matéria, colacionando diversos julgados desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, entre eles um em especial, que aqui transcrevo:

Administrativo. Processual. Recurso administrativo. Seu condicionamento ao recolhimento de multa. Prazo para requerer mandado de segurança.

I. Nosso ordenamento jurídico não admite que se subordine a interposição de recurso administrativo ao recolhimento prévio de taxa ou multa.

II. Enquanto a Administração condicionar o recebimento do apelo ao recolhimento de multa, não corre o prazo recursal.

III. Nesta circunscrição, não é lícito exigir que o paciente da multa interponha o recurso, para depois formular o pedido de mandado de segurança. Ele pode pedir o amparo constitucional dentro dos cento e vinte dias invocados no art. 18 da Lei 1.533/51.

IV. Recurso a que se dá provimento. (ROMS 240/SP. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

DJ 1º/06/92)

Por isso, advirto àqueles que rendem obediência ao entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a constitucionalidade do depósito prévio como requisito para ingresso recursal nas vias administrativas, que a nova composição daquela Suprema Corte poderá a qualquer tempo reverter seu posicionamento quanto à matéria, tão logo seja aventada novamente.

A título de ilustração, transcrevo trecho do voto vista proferido pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 389.383-SP, em 02/10/03, desprovendo o recurso, *verbis*:

...o pleito administrativo está inserido no gênero “direito de petição” e este, a teor do inciso XXXIV, é assegurado independentemente do pagamento de taxas. Aqui se tem algo que pode inviabilizar até mesmo o direito de defesa, compelindo o interessado a prática incongruente, ou seja, de depositar, ainda que parcialmente, o que tem como indevido. Cumpre ter presente, também, o efeito suspensivo do recurso a alcançar o todo cobrado, não cabendo, ante o fenômeno da suspensão, exigir, embora sob a nomenclatura de depósito, o recolhimento de percentagem do tributo ou da multa.

Ora, assim como na hipótese na qual em jogo se faz a liberdade do cidadão, não consigo curvar-me, em face da força dos ditames de minha consciência, ao precedente do Plenário, razão pela qual conheço deste recurso extraordinário e o desprovejo.

Já na seara da legislação infraconstitucional, o STJ tem dado mostras de que a exigência torna-se ilegal ao negar vigência ao disposto no art. 151, inciso III, do CTN, segundo o qual o recurso suspende a exigibilidade do crédito tributário, porque assim determina a norma geral, não podendo a lei ordinária vir a exigi-lo, mesmo com a roupagem de depósito, o que extraio do acórdão da Primeira Turma daquela Corte, com voto da lavra do Min. Garcia Viera, AGREsp 422.814/RJ, *verbis*:

Tributário. Recurso administrativo. Suspensão de crédito tributário (art. 151, III, do CTN). Depósito prévio de 30% para dar seguimento ao recurso (art. 126, § 1º, da Lei 8.213/91, introduzida pela Lei 9.528/97 e alterado pelo art. 10 da Lei 9.639/98. Ilegalidade.

I. A exigência de prova de depósito prévio de 30% imposta a pessoa jurídica, para dar seguimento a recurso interposto em processo tributário administrativo, nos termos do art. 10 da Lei 9639/98, é incompatível com o disposto no art. 151, III, do CTN.

II. Recurso improvido.

Desse modo, filio-me à corrente supracitada para, com a devida vênia dos pares e das instâncias superiores, não conhecer da apelação da União e negar provimento à remessa oficial, para manter a sentença de primeiro grau, de forma

a tornar inexigível à luz do ordenamento jurídico pátrio, o depósito prévio para o ingresso recursal nas vias administrativas.

Com essas considerações, não conheço do recurso de apelação e nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

Voto Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Conquanto tenha, em tempos pretéritos, entendido que a exigência de depósito prévio, como condição para a admissibilidade de recurso administrativo, constituía ofensa ao postulado do devido processo, após pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, chancelando-lhe a constitucionalidade, voltei a refletir sobre a matéria.

E cheguei à conclusão que, de fato, a exigência não vulnera o princípio do devido processo legal. É que, no sistema brasileiro de direito, de unidade de jurisdição, somente o Judiciário tem mandato constitucional para interpretar, de modo definitivo, a lei. É dizer, somente a sentença, de forma definitiva, ao aplicar o direito ao caso concreto, faz coisa julgada material.

Assim, não há razão para assegurar-se a exaustão da via administrativa, posto que o particular, se sucumbente, poderá pedir a revisão da questão na via judicial. É que a coisa julgada administrativa, que alguma doutrina refere, trata-se, na verdade, de preclusão administrativa, de modo que o interessado, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, poderá sempre levar a sua causa ao exame do Judiciário.

Noutra perspectiva, se o postulado do duplo grau sequer é assegurado na Constituição Federal de forma explícita para processo judicial, onde as garantias instrumentais são mais reforçadas, *a fortiori* no processo administrativo em que a decisão não produz a *res iudicata*.

De toda a maneira, o Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida acerca da legitimidade do depósito prévio, como requisito para apreciação de recurso administrativo. Confira-se *verbis*:

Depósito para recorrer administrativamente

– Em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso

ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição. *Por isso mesmo, também o Plenário deste Tribunal, ao indeferir a liminar requerida nas ADIMC's 1.922 e 1.976, se valeu desse entendimento para negar a relevância da fundamentação da inconstitucionalidade, com base nesses dois incisos constitucionais acima referidos, da exigência, para recorrer administrativamente, do depósito do valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão recorrida. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.*

– Por outro lado, sendo esse depósito requisito de admissibilidade de recurso administrativo e não pagamento de taxa para o exercício do direito de petição, inexistente infringência ao art. 5º, XXXIV, *a*, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 357311/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, DJ de 21/02/03, p. 44) (grifo ausente do original)

No mesmo sentido: RE 368441/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, DJ de 23/05/03, p. 39.

A jurisprudência do STJ tem seguido o mesmo entendimento:

Tributário. Agravo regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Depósito prévio de 30% para a interposição de recurso administrativo. Cabimento.

I. *A exigência do depósito prévio vem sendo entendida como constitucional, o que infirma a pretensão do requerente de se abster da obrigação legal. Observe-se que a Constituição Federal não erigiu o duplo grau de jurisdição administrativa como garantia constitucional.*

II. *O recurso administrativo não se confunde com o direito de petição, revestindo-se de caráter especial ante a imprevisão legal do instituto na esfera administrativa.*

III. *Agravo regimental improvido. (AROMS 16277/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 09/12/03, p. 210).*

Nesta Corte, colhe-se o seguinte aresto:

Administrativo. Mandado de segurança. Recurso administrativo. Depósito prévio. Constitucionalidade. Medida Provisória 1.976/66. Lei 10.522/02 (art. 32, § 3º). Garantia. Dilação probatória. Impossibilidade.

I. *A exigência do depósito de 30% (trinta por cento) do valor do débito tributário em discussão, como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo, consoante a mais recente orientação do Supremo Tribunal Federal, não ofende o princípio do devido processo legal, em face da inexistência de dispositivo constitucional que garanta o duplo grau de jurisdição administrativo.*

II. *A discussão sobre a substituição de depósito em dinheiro por outro bem, exigindo dilação probatória, em face da necessidade de demonstração*

de que referido bem integra o patrimônio da recorrente, não se comporta no âmbito estrito do mandado de segurança. (AMS 2000.33.00.030049-1/BA, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Quarta Turma do TRF 1ª Região, *DJ* de 03/10/03, p. 172) (grifo ausente do original)

No mesmo sentido: *AG 2002.01.00.040819-1/MA*, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel, Quinta Turma do TRF-1ª Região, *DJ* de 07/04/03, p. 215; *AG 2001.01.00.001987-6/DF*, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Terceira Turma do TRF-1ª Região, *DJ* de 21/09/00, p. 38.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Breviário

Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na *internet*.

Ação de improbidade administrativa. Falta de notificação prévia.

É obrigatória, na ação de improbidade administrativa, a notificação prévia do demandado, para manifestação por escrito, somente advindo a citação para a contestação se a defesa inicial for afastada pelo juiz, em decisão fundamentada (Lei 8.429/92 – art. 17, §§ 7º e 8º). A inobservância da providência torna nulo o processo, por inobservância ao devido processo legal, que não é disponível pelo juiz, justificando a ação rescisória por violação de literal disposição de lei (art. 485 – V – do CPC).

AR 2002.01.00.041032-8/MG

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes – 2ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 05/04/05

Concurso público para agente de Polícia Federal. Investigação social.

Não há que se confundir presunção de inocência com requisitos de boa conduta, para o ingresso no cargo de agente de Polícia Federal. Não se confundem primariedade e bons antecedentes no âmbito do Direito Penal, com conduta social.

AMS 2002.34.00.039562-3/DF

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/04/05

Exceção de impedimento. Atuação na esfera administrativa. Estagiário. Não-ocorrência de impedimento do juiz.

Uma vez que o atual juiz de Direito atuou junto à Delegacia Regional do Trabalho, apenas quando estagiário de empresa têxtil, daí não se extrai impedimento para apreciar e julgar os processos em que for parte a referida empresa.

ExI 2004.38.02.001251-0/MG

Rel.: Des. Federal Carlos Fernando Mathias – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 1º/04/05

Faixa de domínio de rodovia federal. Ocupação por terceiro. Ação de reintegração de posse. Cabimento.

É cabível a ação de reintegração de posse relativamente a faixa de domínio de rodovia federal ocupada por terceiro, tendo em vista que, declarada de utilidade pública para fins de desapropriação e afetação rodoviária, passa a constituir-se bem de uso comum do povo (CC/16, art. 66, I), cujo domínio foi transferido à autarquia federal então responsável pelas rodovias federais (DNER).

AC 1999.41.00.003158-0/RO

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/04/05

IPI. Creditamento do valor do tributo pago na aquisição de produtos para revenda. Descabimento.

De acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal, a empresa contribuinte tem direito ao creditamento do IPI, na saída tributada de seus produtos, na hipótese de aquisição de matérias-primas, insumos e produtos intermediários beneficiados por regime jurídico de exoneração tributária (regime de isenção ou regime de alíquota zero).

Não faz jus, contudo, a tal creditamento a empresa, mesmo quando for atacadista, equiparada a contribuinte do IPI pelo art. 12 da Lei 9.779/99, com relação ao IPI pago na aquisição de produtos acabados, para posterior revenda, ainda que proibida de destacar, na nota fiscal de venda, o valor do tributo incidente sobre os bens vendidos.

Ag 2004.01.00.047295-1/DF

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 1º/04/05

Pensão por morte. Servidora pública. Filho inválido. Doença incurável. Dependência econômica comprovada.

Constatada invalidez do autor por perícia médica, na data do óbito da instituidora da pensão, é devida a pensão temporária ao dependente.

REO 2001.34.00.013056-6/DF

Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian – 2ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 07/04/05

Medida provisória versando sobre normas de processo. Impossibilidade. Emenda Constitucional 32.

A nova disciplina das medidas provisórias, introduzida pela Emenda Constitucional 32, além de impor limites materiais, estabelece diversas normas procedimentais no que concerne à sua conversão em lei e ao seu período de vigência. As medidas editadas anteriormente à emenda não se submetem às novas normas procedimentais nem ao novo limite de eficácia; continuam a vigorar até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. No entanto, não subsistem as medidas em franco antagonismo à nova sistemática constitucional.

AC 2000.34.00.043917-3/DF

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 1º/04/05

Responsabilidade civil do Estado. Alegação de que a entrada em vigor da Lei 6.802/80, que declarou feriado nacional o dia 12 de outubro para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, implica a existência de dano moral.

Inexistência de impossibilidade jurídica absoluta do pedido (CPC, art. 267, VI), uma vez que esta somente se caracteriza quando há, no ordenamento jurídico, norma que proíba, expressamente, a pretensão do autor, e, no caso, a pretensão resume-se na obtenção de indenização por dano moral em virtude de ato legislativo (Lei 6.802/80, art. 1º) que o autor reputa inconstitucional, sendo certo que a Constituição Federal admite o pedido de indenização por dano moral (art. 5º, X) e a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros em virtude da atuação, inclusive legislativa, de seus agentes (art. 37, § 6º).

AC 2000.34.00.028546-4/DF

Rel.: Juiz Leão Aparecido Alves (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 11/04/05

SFH. Pretensão de quitação do saldo devedor. Sinistro sofrido por terceiro.

É improcedente a pretensão de quitação do saldo devedor de financiamento em virtude de sinistro sofrido por quem não é parte no contrato de financiamento e no de seguro a ele acessório.

AC 1998.38.03.001191-0/MG

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ 2* de 27/04/05

Transação. Embargos à execução. Extinção da execução.

Orientação jurisprudencial assente nesta Corte sobre não prejudicar, a transação firmada pela parte sem a participação do advogado, o crédito deste aos honorários de sucumbência, resultantes do título judicial, por constituir direito autônomo do mesmo.

AC 2001.38.02.000397-6/MG

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves – 2ª Turma

Publicação: *DJ 2* de 11/04/05

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

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

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 Degração/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